

I trattamenti del sottoprodotto e la “normale pratica industriale”

Pasquale Giampietro

SOMMARIO:

1. Ragioni di una rilettura.

2. Il sottoprodotto secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione: l'art. 184bis come norma di favore, speciale e in deroga.

2.1. Rilievi critici relativi ad una dottrina favorevole alla giurisprudenza rassegnata.

3. La presa di posizione di Cass. pen. n. 17453/2012.

3.1. Note preliminari: novità e complementarietà della nozione di sottoprodotto. Contestualità delle condizioni.

3.2. I trattamenti non consentiti: “la separazione” come deroga all’obbligo di “utilizzo diretto” della sostanza.

3.3. Quando il trattamento rientra nella “normale pratica industriale”.

4. Nostra opinione sull’utilizzo diretto, senza ulteriore trattamento: la separazione, la cernita, la triturazione, la miscelazione, ecc.

4.1. I criteri-guida della Commissione CE sui “trattamenti” del sottoprodotto - in favore degli Stati e degli operatori - per “facilitare la comprensione e l’applicazione della direttiva rifiuti”.

4.2. Conclusioni sulla portata della Comunicazione 2007.

4.3. Conferme giurisprudenziali di diritto interno: i trattamenti ammessi sul sottoprodotto.

4.4. Recenti provvedimenti del Governo: il materiale da scavo.

5. Le ragioni di una scelta fra indirizzi prevalenti e indirizzi minoritari della giurisprudenza italiana.

6. Le nuove – e coerenti - linee guida della Commissione U.E. del giugno 2012 (*“Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste”*).

7. I trattamenti “rientranti nella n. p. i.” come quelli operati dall’impresa sulla “materia prima”: inaccettabilità dei limiti posti dalla sentenza n 17453/2012.

7.1. Interventi sulla materia prima e inammissibilità dei “trattamenti minimali”: confutazione dell’assunto.

8. I trattamenti ammessi: sulla “materia prima” o sul “prodotto industriale”?

8.1. L’oggetto dei trattamenti: il pensiero della Cassazione e della Commissione CE.

8.2. Nostra opinione sul materiale oggetto di trattamento rientrante nella normale pratica industriale.

1. Ragioni di una rilettura.

Nell'accingermi a redigere la presente nota, mi sono chiesto perché mai tornare su questo tema – dei trattamenti sui “sottoprodotti” rientranti nella normale pratica industriale (in prosieguo, anche: *n. p. i.*), ex lett. c), comma 1, dell'art. 184-bis, del T.U. Ambientale¹ - ormai “abusato” e su cui, come è stato osservato, sono scorsi già i consueti... “fiumi di inchiostro”².

Tanto più che:

- la normativa, comunitaria e nazionale, *si è ormai consolidata*, quanto meno a partire dall'art. 5, della direttiva 2008/98 CE, come trasposto, con qualche infedeltà, dall'art. 184-bis, del T.U. Ambientale³;

- la dottrina ha espresso, dialetticamente e da tempo risalente, *le soluzioni più articolate*⁴;

¹ Per un primo esame dell'art. 5, della direttiva 2008/98CE, trasposto nell'art. 184-bis cit., mi sia consentito richiamare **P. Giampietro**, *Quando un residuo produttivo va qualificato sottoprodotto (e non rifiuto)*, in *Lexambiente.it*, a cura di **L. Ramacci**, pubblicato l'8 novembre 2010. Sono tornato sull'argomento ne *Il nuovo statuto delle terre e rocce da scavo*, sempre in *Lexambiente.it* del 21 novembre 2012 (v. par. 3, sui trattamenti ammessi) ed ivi citazione di giurisprudenza e dottrina anteriore e coeva.

² Per riprendere una espressione di **A. Muratori**, *Sottoprodotto: la Suprema Corte in difesa del sistema tolemaico? (nota a Cass. n. 17453/2012)*, in *Ambiente&Sviluppo*, n.7/2012, pag. 605 e ss. Merita segnalare che i più aggiornati e approfonditi contributi sul tema sono stati, da ultimo, occasionati dalla sentenza della **S.C. 17. 4 -10.5.2012, n. 17453** cit. che ha sollecitato molti commentatori, in posizione prevalentemente critica (v. oltre, nn. 44 e 59), con qualche importante adesione, fra cui, v. **V. Paone** *Sottoprodotti: una parola chiara della Cassazione*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 11/2012, pag. 911, il quale assume un atteggiamento favorevole e di *endorcement* in favore della decisione, ispirata da un atteggiamento che guarda “... maggiormente alla prevenzione dei danni derivanti da forme illegali di smaltimento dei rifiuti in ossequio ai principi comunitari di precauzione e azione preventiva” (principi irrinunciabili, mi permetto di aggiungere, ma che sono stati elaborati, in sede comunitaria, *per la gestione dei rifiuti* e non per l'utilizzo dei sottoprodotti, per i quali vale *il canone opposto*, come si dirà, dello sviluppo e della espansione di una categoria giuridica *apparentemente nuova* ma in realtà già presente nella realtà del mercato e nel mondo del diritto, anche se formalmente individuata con grave ritardo. Questo tardivo riconoscimento mira, soprattutto, a rinforzare l'**effetto preventivo** di riduzione della formazione del rifiuto, ex art. 179 T.U.A., secondo la “**gerarchia**” di cui al comma 1, che “*stabilisce un ordine di priorità di ciò che costituisce la migliore opzione ambientale*”. Dello stesso **Autore**, v. *I sottoprodotti e la normale pratica industriale: una questione spinosa (nota a Cass. n. 16727/2011)*, in *Ambiente&Sviluppo* n. 11/2011, pag. 909 e ss. con esaurienti richiami di giurisprudenza e dottrina (v. oltre nota 45). In senso adesivo, cfr. anche **G. Amendola**, in *Sottoprodotto e normale pratica industriale: finalmente interviene la Cassazione*, in *lexambiente.it*, il quale, però, fa osservare, in senso critico, che nella sentenza si dà al termine “trattamento” un *significato improprio* desunto dal regime dei rifiuti, **anziché da quello del sottoprodotto** (v. oltre nota 105).

Accentuatamente severa la posizione di **A. Muratori**, op. cit. che fa valere *ragioni tecniche, giuridiche e di mercato* (del sottoprodotto) – molto convincenti – che sarebbero *disattese o non considerate* affatto dalla decisione, cui si rimprovera una posizione “passatista”, disattenta alle potenzialità del mercato del sottoprodotto e alle novità normative sul tema, con applicazione di principi giuridici obsoleti, o non pertinenti, nella consapevole volontà di conservare un sistema passato (appunto “.. in difesa del sistema Tolemaico”, come viene titolato ironicamente l'articolo).

³ V. nota 1. Per un approfondito commento alla direttiva cit. si rimanda al volume curato da **F. Giampietro**, *Commento alla direttiva 2008/98/CE sui rifiuti*, Milano, 2009, pag. 45 (sul tema del “sottoprodotto”, vedi il contributo di **D. Röttgen**).

⁴ Riportate, di recente, da **P. Fimiani**, *Tutela penale dell'ambiente*, Giuffrè Milano, 2011, pagg. 146 e ss, con accurata rassegna anche della giurisprudenza. Per un commento analitico ed approfondito della giurisprudenza comunitaria e nazionale, sino al 2008, **V. Paone**, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, Giuffrè, Milano 2008.

- la giurisprudenza, da ultimo, dopo qualche tentativo approssimativo e, pertanto inappagante⁵, *ha ripreso il tema “di petto”*, offrendo una soluzione ermeneutica argomentata (il che non significa necessariamente persuasiva⁶) dalle *conclusioni univoche sui trattamenti ammessi*, riprendendo e avallando esplicitamente alcune “letture” già proposte dalla dottrina⁷.

Le ragioni, purtroppo, ci sono e sono numerose e gravi, perché:

- le soluzioni offerte dagli studiosi, *giuristi e tecnici*, risultano accentuatamente divaricate e, per ciò solo, non giovano agli operatori e al mercato dell'utilizzo del sottoprodotto (anzi lo complicano e disorientano...);
- *la norma* (nella specie, relativa alla c.d. “*normale pratica industriale*”) resta ancora astratta, vaga ed enigmatica, sottraendosi alla sua missione di criterio univoco di comportamento, ammesso o vietato;
- *gli orientamenti della giurisprudenza*, anche più recenti, si presentano ondivaghi e spesso superficiali (v. par. successivo), poco o nulla avvertiti degli *aspetti tecnici e di mercato* afferenti i processi produttivi in cui si genera il sottoprodotto ovvero si utilizza, “tal quale” o “previi trattamenti” (ammessi appunto purché ricadenti “nella normale pratica industriale”).

Da ultimo, in quanto, con l'entrata in vigore, il 6 ottobre scorso, del D.M. n. 161/12 sul riutilizzo del **materiale da scavo** (*terre e rocce comprese*), il quadro normativo ha subito un sussulto, in un duplice senso:

a) in termini di *politica legislativa*, se è vero che il Parlamento e il Governo hanno mostrato una volontà decisa e univoca nel fornire un *sostegno, quantomeno normativo* (soprattutto sul piano **definitorio** se non in quello procedimentale⁸) per un'utilizzazione sempre più diffusa di questa speciale tipologia di “sottoprodotto”;

b) per una migliore comprensione/applicazione dell'art. 184-bis, fornendo una sorta di “*interpretazione autentica*” (o comunque autorevole e sintomatica) del significato tecnico-giuridico della formula, in esame (“*normale pratica industriale*”, ex *Allegato 3* del Regolamento).

⁵ V. oltre par. 2.

⁶ Mi riferisco alla più recente sentenza della **Cassazione n. 17543/2012**, commentata a par. 3.

⁷ Sul tema, la sintetica ma densa nota di **L. Prati**, *La nuova definizione del sottoprodotto ed il trattamento secondo “la normale pratica industriale”* in *Lexambiente.it*, pubblicato il 15.2.2011, secondo cui i *trattamenti ammessi* riguarderebbero, intanto, tutti quelli compiuti dal produttore che interessano la *materia prima*, come sostituita dal sottoprodotto (questo argomento è ripreso dalla S.C. che si riferisce espressamente “.. *alle operazioni che l'impresa normalmente effettua sulla materia prima*”). Peraltro il pensiero dell'A. risulta più ampio e comprensivo, essendo espresso in questi termini: “ .. Nonostante l'inevitabile permanere di aree grigie, dovrebbe potersi affermare che *certamente rientrano nella “normale pratica industriale tutte quelle attività industriali che possono essere indifferentemente condotte con un sottoprodotto piuttosto che con una materia prima, un intermedio od un prodotto*, senza che ciò comporti aggravii sotto il profilo dell'impatto ambientale”.

⁸ In tema, da ultimo, cfr. **P. Giampietro, A. Scialò e M. Petronzi**, *Il nuovo statuto delle terre e rocce da scavo, secondo il D.M. 161/2012*, in *Lexambiente.it* del 21 novembre 2012, a cura di **L. Ramacci**; in precedenza, v. **A. Muratori**, *Terre e rocce da scavo: le ridondanti regole date dal D.M. n. 161/2012*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 12/2012, ove si formulano rilievi critici assai pertinenti sulla scarsa praticabilità e convenienza della nuova disciplina, passando “dalla teoria alla pratica” (con riferimento alle imprese di medie o piccole dimensioni) e si scoprono, nel testo del regolamento, “amare sorprese” .

Ovviamente non secondo criteri generali e astratti - che non gli erano consentiti - ma *in modo esemplificativo*, con l'effetto di dare "**certezze**" alle imprese quanto ai trattamenti espressamente indicati (sicuramente oggi ricadenti, *ex lege*, nella "pratica industriale") e di non precludere *altri e diversi trattamenti*, non menzionati, che, in futuro, potranno essere adottati, in conformità a nuove tecnologie.

Sembra utile ricordare, nel merito, che il Governo ha proposto dei *canoni mirati* sulla natura/funzione dei "**trattamenti ammessi**" che però sono virtualmente idonei a *trascendere* la materia regolata e *per i quali si riconosce*:

- 1) una *possibilità/libertà* (e non doverosità) degli interventi;
- 2) la *pluralità e cumulabilità* degli stessi (una o più operazioni sulla medesima sostanza: "operazioni... *anche condotte non singolarmente*");
- 3) la **connessione funzionale** dei trattamenti consentiti ad un preciso *scopo tecnologico commerciale*: di *potenziamento delle caratteristiche merceologiche e tecniche* delle sostanze od oggetti per renderne l'utilizzo maggiormente produttivo e tecnicamente efficace;
- 4) il contestuale rispetto di tutte le condizioni poste dall'art. 184-bis (protezione salute, ambiente, impatti ammissibili, ecc.);
- 6) la conformazione dell'impiego del materiale alle prescrizioni di un progetto (nel caso: "il Piano di utilizzo") ;
- 7) la *conferma della natura di sottoprodotto* anche del materiale che registri la **presenza di sostanze estranee**, entro certi limiti (v. oltre par. 4.4.);

Più in dettaglio, ciò che conta per l'operatore, ma anche per l'interprete, in ordine ai profili sistematici, è *verificare le forme e l'incidenza* di questi trattamenti che - per essere diventati "... operazioni più comunemente effettuate" - **rientrano**, di diritto, "... tra le operazioni di **normale pratica industriale**" a partire, intanto, dall'utilizzo *dei materiali da scavo*.....⁹

2. Il sottoprodotto secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione: l'art. 184bis come norma di favore, speciale e in deroga.

Al fine di un riesame dei problemi appena evocati, conviene partire dalla rassegna delle pronunce più significative della S.C. (nel periodo 2011/2013) sul tema dei "*trattamenti*" consentiti, non solo per una ragione di natura istituzionale (ma non formale), considerando l'autorevolezza e *l'incidenza finale* di quelle decisioni; ma anche perché spetta appunto a detta Corte la funzione fondamentale di *diradare i dubbi interpretativi* relativi all'applicazione della norma da parte dei cittadini (imprenditori), della P.A. e degli "interpreti" a qualsiasi titolo o, per dirla in modo ampolloso, ma giuridicamente rilevante, di "*assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione* della legge e dell'unità del diritto oggettivo nazionale..." (secondo la formulazione dell'art. 65, dell'Ordinamento Giudiziario).

l) Ebbene appunto alla ricerca "*dell'uniforme interpretazione della legge*" (mettendo da parte, per non nutrire troppe illusioni, "l'oggettività" del diritto nazionale), si

⁹ Lascio impregiudicato, allo stato, il problema della legittimità del regolamento 161, di cui si è dubitato, proprio con riferimento all'ampia sfera dei *trattamenti ammessi*, come **V. Paone**, *Sottoprodotti: una parola chiara della Cassazione*, cit. pag. 919 (*Postilla*). Per la introduzione indebita, perché senza copertura legislativa, di *nuove ipotesi di reato* - di irregolare gestione dei rifiuti - non previste dal T.U. 152/2006: v. **P. Giampietro, A. Scialò e M. Petronzi**, *Il nuovo statuto delle terre e rocce da scavo*, cit.

può partire dalla meno recente sentenza del **13 aprile 2011, n. 16727, Spinello**, che, in un caso di “gestione dei rifiuti provenienti dalla demolizione di manufatti” – per la quale il Tribunale di Padova, in accoglimento del ricorso della parte, riconosceva la qualifica di sottoprodotti, ai sensi dell’art. 183, lett. p), annullando il decreto di convalida del sequestro e restituendo il materiale all’interessato - la Corte accoglieva l’impugnativa del P.M. con i seguenti passaggi argomentativi:

1) l’art. 183, lett. p) cit., relativo al sottoprodotto “ ... è una disciplina che prevede l’applicazione di un diverso regime gestionale *in condizioni di favore*, con la conseguenza che l’onere di dimostrare l’effettiva sussistenza di tutte le condizioni di legge incombe comunque su colui che l’invoca “ (nel caso di specie, “nessuna indicazione in tal senso era stata fornita dall’imputato”);

2) “... anche alla luce delle disposizioni introdotte dal D. lgs. n. 205/2010, *i termini della questione non sarebbero mutati*, difettando comunque la sussistenza contestuale dei requisiti chiesti dalla norma...”;

3) in conclusione, deve affermarsi il principio secondo il quale i materiali provenienti da demolizione rientrano nel novero dei rifiuti in quanto *oggettivamente destinati all’abbandono*; l’eventuale recupero è condizionato a precisi adempimenti, in mancanza dei quali detti materiali vanno considerati cose di cui il detentore ha l’obbligo di disfarsi.

Premesso che i materiali citt. erano stati depositati in una sede operativa della società, per essere riutilizzati come *sottoprodotti*, “senza alcun preventivo trattamento.. diverso dall’*adeguamento volumetrico*”, merita osservare, **sub. 1)**, che la disciplina dei sottoprodotti non costituisce propriamente “*un diverso regime gestionale in condizioni di favore*” (rispetto al regime dei rifiuti), trattandosi di due “sostanze od oggetti” **diversi**.

Come si chiarirà espressamente più avanti, **la differenza** fra rifiuti e sottoprodotti non deriva né si caratterizza per una prevista “*gestione più favorevole*” di questi ultimi, rispetto ai primi, ma costituisce, invece, un *effetto consequenziale* scaturente dalla *distinta natura e dalla diversa destinazione* delle due tipologie di sostanze. Questa distinzione concettuale (fondata su un dato fattuale oggettivo: natura/destinazione) spiega e giustifica la recente, avvenuta introduzione, *ex novo*, di **una disciplina autonoma e separata**¹⁰ (rispetto a quella dei rifiuti), che, per definizione legale, considera determinate “sostanze” come **residui – prodotti** e non come residui-rifiuti.

Il sottoprodotto, infatti, *non nasce come rifiuto, per diventare successivamente prodotto*, come talvolta si prospetta, ma si origina, fin dalla sua formazione, come “prodotto o merce” (nella ricorrenza di certe condizioni) e, in quanto tale e proprio perché tale, **fuoriesce**, in linea logica e di sistema, **dalla disciplina dei rifiuti** (esso non è regolato *in modo più mite o più favorevole* del rifiuto, che è altra cosa....).¹¹

¹⁰ Ancorché ricognitiva di una esperienza giurisprudenziale e, prima ancora, dottrinale su questa categoria giuridica ben ancorata ad una prassi commerciale e di mercato risalente, su cui v., oltre, par. 3.1. e **n. 37**

¹¹ Non può essere pertanto condivisa l’osservazione di **V. Paone**, *Sottoprodotti: una parola chiara*, cit. pag. 912, secondo cui: “...Rifiuto e sottoprodotto sono ... due facce della stessa medaglia. Sicché è del tutto logico introdurre, nella discussione sul sottoprodotto, anche il concetto di “trattamento” (che, potendo riguardare il rifiuto, integrerebbe invece una vera e propria attività di recupero). Sul punto appare icastica l’espressione usata dalla S.C., nella sentenza **n. 25203 del 26 giugno 2012**, secondo cui “.. *sottoprodotto è ciò che non è mai stato rifiuto, costituendo invece materiale immediatamente riutilizzabile*”. Sulla modalità di questa “immediatezza”, v. oltre, par. 7 e ss.

Non si tratta, pertanto, di una vicenda **eccezionale e in deroga**, nell'ambito della stessa categoria/tipologia dei rifiuti (e relativa regolazione), ma di una fattispecie diversa di **esclusione**, *ab origine*, da tale ambito normativo, che, coerentemente, va disciplinata separatamente come *gestione di prodotto* (v. l'art. 185, comma 4, che richiama alcune specifiche categorie di sottoprodotti ex art. 184-bis, per escluderle dall'*ambito di applicazione* della Parte Quarta del T.U.A.).

In conclusione, non è giuridicamente corretto asserire che i sottoprodotti sono "*favoriti*" o "*più favoriti*" **rispetto ai rifiuti** solo perché vengono assoggettati alla disciplina dei prodotti; così come non sarebbe appropriato dire, seguendo la stessa logica, che alcuni materiali - *esclusi dall'ambito di applicazione del decreto 152/2006*, ex art. 185 - formano oggetto di un diverso "regime gestionale *di favore rispetto a quello dei rifiuti*"¹²

Questa più adeguata impostazione del tema del rapporto rifiuti-sottoprodotti fa venir meno anche il *fondamento logico-giuridico della teoria* (formulata dapprima dalla dottrina e recepita, poi, acriticamente dalla giurisprudenza) secondo cui le condizioni per l'applicazione della disciplina sui sottoprodotti - da qualificare (erroneamente¹³)

¹² In tale più corretto approccio giuridico e sistematico, si pone, lucidamente, **M. Magri**, *Rifiuto e sottoprodotto nell'epoca della prevenzione: una prospettiva di soft law*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 1/2010, pagg. 34, là ove pone in evidenza che: "... Una nozione restrittiva di sottoprodotto è giusta ma essa è rappresentata da un accertamento rigoroso, il più possibile circostanziato delle tre condizioni suddette: certezza del riutilizzo, mancanza di trasformazioni preliminari ...ecc. **Nulla porta invece a ritenere (e tanto meno lo si evince dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia) che il sottoprodotto sia una figura eccezionale o di difficile verifica concreta.** È comprensibile che si ricerchi una facile sicurezza nel CER, innanzi ad un'operazione che sembra una gestione dei rifiuti (esempio, il deposito o il trasporto). Ma così facendo **si resta ad un'osservazione aprioristica del fenomeno dei residui di produzione.** Il corretto metodo di approccio è un altro; quello che si è più sopra tratteggiato: l'immediata applicazione della «regola del sottoprodotto» libera da qualsiasi pregiudizio sulla sostanza.

Nessun derivato (fatta eccezione per le sostanze illegali o per i rifiuti pericolosi) **è di per sé un rifiuto**, appunto perché **esso è riutilizzabile** se il riuso non arreca pregiudizio all'ambiente. Senza l'applicazione della **regola del sottoprodotto non si hanno sufficienti informazioni** e il farsi impressionare, ad occhio nudo, dalla riutilizzazione di sostanze, incluse nel CER, prendendola per una gestione di rifiuti può essere gravemente erroneo. Non si dimentichi che *il riutilizzo non autorizzato di un residuo*, anche se incluso, *una volta riconosciuto come sottoprodotto*, **è un'operazione che impedisce l'esistenza del rifiuto, cioè la previene.** Non è soltanto una *operazione legale*, **ma è l'operazione preferenziale:** la prima nell'**ordine di priorità fissato dal diritto comunitario**" (su tale approccio v. le impostazioni conformi della dottrina citata infra, in nota 59).

¹³ Ove si inverta il rapporto tra il principio base del "tutto rifiuto" (riferito genericamente ed in modo onnicomprensivo *al residuo produttivo*, con la "deroga/eccezione" relativa al "sottoprodotto") **con la nuova regola** del riconoscimento normativo del "**residuo- prodotto**" in posizione quantomeno paritaria (fondata sulla "**prevenzione**" nella produzione dei rifiuti), cade il presupposto stesso della tesi aprioristica della disciplina "*di favore e in deroga*" e della conseguente **illazione dell'onere della prova** a carico di chi la invoca, priva di qualsiasi *riscontro* (e fondamento) *di diritto positivo*, ispirato al principio costituzionale opposto della presunzione di non colpevolezza.

Per una posizione paritaria e alternativa delle due categorie (sottoprodotti e rifiuti) e sulla **delimitazione delle rispettive aree di pertinenza**, che non può essere ricercata nella "*creazione*" giurisprudenziale (cioè da ogni singolo giudice) ma deve essere *predeterminata* dalle scelte politiche del legislatore (cioè dalla norma positiva), si consideri la sintetica ma densa riflessione di **A. Borzi**, *Rifiuto e sottoprodotto: evoluzione e prospettive di riforma in ambito comunitario*, in *Ambiente&Sviluppo* n. 5/2008, pag. 441, che conclude le sue argomentazioni in questi termini: "La tendenza che oggi si manifesta e che è *affiorata anche nella giurisprudenza della Cassazione*, è quella di **un abbandono di una filosofia «omnicomprensiva» del concetto di rifiuto.** In questo senso **depone l'apertura** della Corte di Giustizia *al riutilizzo del residuo aliunde* nonché il recupero dell'elemento del vantaggio economico per il detentore. Una nozione come quella **di sottoprodotto, tuttavia**, non può restare **la creazione di un giudice.** In

eccezionale, di favore e in deroga, per quanto detto sopra - **vanno dimostrate dal soggetto che le invoca** (su cui graverebbe, dunque, l'onere della prova, come tralaticciamente confermato **sub 1**).

E' pacifico, poi, **sub 2**, tanto in dottrina che in giurisprudenza, che il passaggio dall'art. 183, lett. p) alla disciplina introdotta dal d. lgs. n. 205 cit., ha comportato *significative modifiche* nella gestione dei sottoprodotti¹⁴ per cui appare imprecisa e comunque generica l'affermazione secondo cui "*i termini della questione non sarebbero mutati*".

Rilevo, **sub 3**, che non è stata presa in considerazione la circostanza che si intendeva utilizzare il materiale, "senza alcun preventivo trattamento diverso *dall'adeguamento volumetrico*" (trattamento che avrebbe dovuto essere valutato come vietato o meno¹⁵);

- il materiale di demolizione non è "*oggettivamente destinato all'abbandono*" (formula ormai superata, a partire dal decreto Ronchi del 1997....) ma semmai ad essere "**disfatto**" e cioè a venire destinato al recupero o allo smaltimento;

- il materiale da demolizione non rientra, da ultimo, fra quei rifiuti di cui la legge prevede "*l'obbligo di disfarsi*".

Il) Nella seconda pronuncia del **25 maggio 2011, n. 34753, Mosso**, la S.C. ha avuto l'occasione di valutare la nozione di *trattamento consentito*, anche per il sottoprodotto, con riferimento alle due modifiche normative succedutesi in argomento, successivamente all'art. 183, lett. n), e cioè: l'art, 183, comma 1, lett. p), ad opera del secondo "correttivo" n. 4/ 2008 e, da ultimo, in base all'art. 184-bis.

Nell'annullare la sentenza del Tribunale di Asti, con rinvio allo stesso tribunale per accertamenti di fatto, la Corte si pronuncia in un caso di riutilizzo (indicato come "recupero") di *fanghi di risulta di trattamento fumi e delle acque del reparto smaltitura piastrelle, impastati con terre vergini, all'interno di un processo produttivo diretto alla produzione di piastrelle di terza scelta*.

quanto erode lo spazio occupato dalla definizione di rifiuto, essa **determina un nuovo equilibrio tra interessi contrapposti** ed entrambi meritevoli di tutela, **il cui temperamento ultimo spetta al soggetto politicamente responsabile**" (cioè al legislatore comunitario: n.d.s.). "Anche sul versante **legislativo** l'evoluzione va nel senso **percorso dalla giurisprudenza** e il dialogo tra le istituzioni comunitarie rimodula i rapporti tra ambiente e sviluppo". Nello stesso approccio, con riferimento, però, ad un ripensamento delle *due nozioni contrapposte* fra "normale pratica industriale" e vera e propria "trasformazione", v. ancora, **M. Magri**, op. cit., secondo cui: "L'idea che *ogni forma di lavorazione del residuo*, discostandosi dalla mera contemplazione del "tal quale", *sia da considerare trasformazione ed induca senz'altro a classificare una sostanza come rifiuto*, è **privo di un minimo di realismo**. La prospettiva comunitaria della prevenzione imporrà invece di distinguere almeno tra "normale pratica industriale" e vera e propria trasformazione."

¹⁴ Rispetto alla prima disciplina del T.U.A. del 2006, mi permetto di rimandare, sul tema delle *semplificazioni*, a **P. Giampietro**, *I nuovi criteri di individuazione del "sottoprodotto" secondo il giudice comunitario*, in *AmbienteDiritto.it*, cit., del 2 gennaio 2006; **Id.** *Rifiuti, sottoprodotti e M.P.S. nella nuova direttiva CE*, in *AmbienteDiritto.it*, pubblicato il 7 giugno 2008.

¹⁵ Come si dirà oltre, l'adeguamento volumetrico viene *considerato compatibile* con la normale pratica industriale sia dalla **Commissione CE** (sulla scorta della giurisprudenza comunitaria) sia da una parte (minoritaria) della Cassazione penale (v. oltre). Sulla **sentenza Spinello**, si veda la densa nota adesiva di **V. Paone**, *I sottoprodotti e la normale pratica industriale*, cit. su cui si tornerà *infra*.

Evidenziando le modifiche apportate alla nozione di sottoprodotto, dalle fonti normative richiamate, quel Collegio osserva, sul tema del “**trattamento**” (del residuo), che la giurisprudenza precedente ha escluso le “operazioni di trasformazioni preliminari che fanno perdere al sottoprodotto la sua identità” (nel caso i fanghi, oltre che *frantumati* venivano sottoposti ad operazioni di “epurazione” cioè di eliminazione del ferro, costituenti, secondo la precedente giurisprudenza, “attività di trattamento preventivo o trasformazione preliminare”; vengono citate, in proposito, due sentenze: n. 14323 del 4.12.2007 e n. 37303 del 4.10. 2006).

Rileva in diritto, in senso critico, che la sentenza del tribunale presenta delle “**incongruenze**” nel ritenere a) la “*disidratazione*”¹⁶ come “trasformazione incompatibile con la categoria del sottoprodotto” e b) *nel considerare mancanti* i requisiti di cui ai punti 3 e 4 dell’art. 183, lett. p), quando la consulenza del P.M. aveva accertato la “compatibilità del composto con i limiti di piombo autorizzati nel processo produttivo”.

Nel decidere, per l’annullamento, con rinvio, al fine di stabilire se il trattamento svolto in concreto sui fanghi “... costituisce un trattamento diverso dalla normale pratica industriale” (anche se ha definito “incongruente” qualificare la “**disidratazione**” come trasformazione preliminare”: v. appena sopra) e per accertare l’ammissibilità o meno *dell’impatto ambientale* derivante dai “procedimenti di produzione delle piastrelle”, la Corte sollecita il giudice del rinvio a “*tener conto delle condizioni ora indicate dall’art. 184-bis*”.

In particolare, a considerare che quest’ultimo disposto:

- a) “.. mostra un *evidente favore* del legislatore comunitario per la soluzione di *recupero dei rifiuti* come si desume dalla previsione dell’art. 4 della direttiva recante **la gerarchia dei rifiuti**, che vede al primo posto la prevenzione e preparazione per il riutilizzo”:
- b) attua una “disciplina comunitaria che ha incluso tra i requisiti del sottoprodotto i *trattamenti* che rientrano “*nella normale pratica industriale*”, con l’effetto pratico di **ampliamento della categoria**”. Ciò perché la nozione comunitaria di cui all’art. 5 della direttiva quadro del 2008/98 ... è ricalcata sui principi enunciati dalla Corte di Giustizia e sugli orientamenti espressi dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa sui rifiuti e sottoprodotti del febbraio 2007¹⁷ ;
- c) fermo restando il principio della *interpretazione estensiva* della nozione di rifiuto”.

Si impongono alcune notazioni finali:

- non si comprende perché la Corte si limiti a richiamare, sub a) e b), *le fonti comunitarie*, anziché *direttamente le norme italiane*, trascurando il fatto che le prime sono state trasposte dal D. lgs. n. 205/2010 (rispettivamente negli artt. 179, “Criteri di priorità nella gestione dei rifiuti” e 184-bis, quanto *all’art. 5*, sul sottoprodotto) e che, in punto di diritto..., le norme della direttiva 2008/98, come tutte quelle in

¹⁶ Sulla **disidratazione**, come trattamento ammesso che non implica né determina la qualifica di rifiuto nel materiale trattato v., oltre, par. 4.1. e ss.

¹⁷ Sui temi affrontati dalla “*Comunicazione*” del 2007, v. oltre a par.4.1. e 4.2. nonché le mie prime riflessioni contenute negli articoli citati a nota 14. Stupisce che la sentenza successiva - della stessa Sezione 3, della **S.C. – la n. 17453/2012** (v. par. 3 e ss.), nell’esaminare il medesimo argomento (dei trattamenti ammessi sul sottoprodotto), *non faccia alcuna menzione* di tale importante presa di posizione della Commissione, pur pervenendo ad una **conclusione restrittiva che confligge** con le soluzioni ermeneutiche proposte autorevolmente in sede comunitaria, sulla scorta della giurisprudenza della C.G.C.E.

materia di gestione dei rifiuti, **non sono direttamente applicabili** nel diritto nazionale, trattandosi di direttive “classiche”, non autoapplicative (*self executing*);¹⁸

- è ben vero che il principio della *gerarchia dei rifiuti* è stato richiamato anche con riferimento alla distinzione fra *rifiuto* e *sottoprodotto*, a sostegno/justificazione di un'interpretazione “amichevole” o *più comprensiva della categoria del residuo-sottoprodotto e al criterio della prevenzione (dal generare rifiuti)*. Ma, sembra altrettanto doveroso chiarire che sia l'**art. 4** della direttiva che l'art. 179 del T.U.A., riferiscono detta “gerarchia” soprattutto **al rifiuto** (e, conseguentemente, **non al sottoprodotto**) nel momento in cui si indica “una priorità normativa e politica” (non solo di *prevenzione ma) di preparazione per il riutilizzo, recupero, e, da ultimo, di smaltimento*: operazioni tutte che **pertengono** esclusivamente **al rifiuto** (di cui è predicabile la preparazione, il riciclaggio, il recupero [per ottenere un prodotto, già definito materia prima secondaria], lo smaltimento) e **non al sottoprodotto** (il quale, si ripete, **non deriva né nasce dal rifiuto**)¹⁹;
- quanto alla indicazione sub c), essa appare datata - e comunque da ripensare - perché formatasi in epoca anteriore al formale *riconoscimento e codificazione della* nozione di sottoprodotto. A partire dalla direttiva 2008/98, quel principio va probabilmente *reformulato* e, come proposto, **ribaltato**, riferendolo, piuttosto e direttamente, **al sottoprodotto** “da interpretare in senso estensivo”²⁰. Tenendo anche conto dell'invito - normativamente introdotto e rivolto ai Governi nazionali, ai sensi dell'art. 184-bis, comma 2 (fatta salva la procedura di “Comitatologia” prevista dall'art. 5, comma 2 della direttiva cit.) - a moltiplicare gli interventi volti a introdurre *criteri “qualitativi o quantitativi”* di un numero sempre più vasto di tipologie di *sottoprodotti*, proprio al fine di **prevenire** la formazione dei rifiuti (da recuperare o smaltire) e **salvaguardare** le risorse naturali primarie²¹;

¹⁸ Sulla *non applicabilità diretta o immediata* delle direttive CE *in materia ambientale* nonché sugli effetti delle sentenze della Corte di Giustizia che ne danno l'interpretazione, in via esclusiva e vincolante, rimando a **P. Giampietro**, *Nuovo capitolo sulla nozione di rifiuto: l'interpretazione autentica per la CGCE* (sentenza Niselli, 1 novembre 2004, relativa alla utilizzazione dei rottami ferrosi), in *Ambiente & Sicurezza n. 23/2004* pagg. 16 e ss.

¹⁹ V. retro, nel testo e a nota 12 e ss.

²⁰ In proposito, si richiamano le condivisibili considerazioni di **M. Magri**, *Rifiuto e sottoprodotto nell'epoca della prevenzione*, cit., secondo cui: “...Nel quadro **della prevenzione**, l'approccio” (fra le due categorie giuridiche in questione: *sottoprodotti e rifiuti*: n.d.s.) “**deve costruirsi in un modo paritetico**: laddove è *tecnicamente possibile* **assumere a norme giuridiche il riutilizzo di un residuo, alle condizioni che si sono viste** (certezza del riuso, assenza di trasformazioni preliminari, continuità con il processo di produzione), allora **il riutilizzo** stesso è *senz'altro* legittimo. Se si ricade **al di fuori** del ciclo di vita ambientale del prodotto, stabilito da quelle norme, *il bene è un rifiuto*. Nella suggestiva immagine della Direttiva 2008/98 Ce, di una **società europea del riciclaggio**, che è anzitutto una **società della prevenzione**, l'obiettivo di un **elevato livello di protezione ambientale**, di cui all'art. 174 del Trattato, **non obbliga più ad una interpretazione estensiva della nozione di rifiuto**, poiché la conformazione, in senso ambientale, **del ciclo di vita dei materiali** è prerogativa delle **norme tecniche sulla vita dei prodotti**. L'obiezione che i tempi non siano maturi per questo discorso, sarebbe ovviamente fondata, **ma non è decisiva**. La realtà economica è forse più pronta, di quanto si immagini, a recepire *meccanismi flessibili di normazione*. Comunque, **nell'epoca della prevenzione**, attuale o meno che sia, **la normativa sul ciclo di vita dei prodotti è perfezionata tanto quanto quella sui rifiuti**. L'interpretazione dei concetti di rifiuto e di sottoprodotto non tende a far “prevalere l'uno sull'altro”: **non amplia, né è restrittiva**, essa è **semplicemente oggettiva**, una volta chiarito *il criterio di identificazione delle fonti* da cui provengono **le regole applicabili** al fenomeno dei residui di produzione industriale”.

²¹ Nei “considerando” della direttiva 2008/98/CE non solo si insiste sulla: 1) nozione **di prevenzione dai rifiuti** (ovviamente anche tramite *l'ampliamento dell'utilizzo dei residui produttivi-sottoprodotti*: v. considerando n. 9) ma si pone il rapporto *fra rifiuti e sottoprodotti* - non in termini di *deroga al generale* (e

- molto importante la notazione **sub b)** – relativa ai **“trattamenti ammessi”** e alla condizione che rientrino nella **“normale pratica industriale”** - come indice univoco di una tendenza del legislatore comunitario ad **“ampliare la categoria” del sottoprodotto**;
- mentre non si comprende perché, avendone l'occasione propizia, la S.C. – al fine di agevolare il Tribunale di Asti, cui la causa era rinviata per la decisione di merito e, soprattutto, con lo scopo di assolvere *il suo compito nomofilattico* – non si sia cimentata nell'interpretare (esplicitare) le due formule normative citt. (**“trattamento”** e **“normale pratica industriale”**), oggetto di contestazione e di accertamento del tribunale, *trasferendo tale oneroso compito al giudice del rinvio*, con il rischio di essere di nuovo investita delle stessa questione - in sede di eventuale, futuro ricorso in cassazione, ad opera di una delle parti - che faccia valere un vizio di *violazione di legge*, proprio con riferimento alla (asseritamente) erronea applicazione dell'art. 184-bis, **lett. c.**²²

III) La terza decisione della **Cassazione penale è del 6 dicembre 2011**, depositata il 2 dicembre successivo, n. 45023, **Negrini - Cucchiella**, può essere così massimata:

“Ai sensi del D.lgs. 152/2006, come modificato dal decreto n. 4/08, il materiale composto da *detriti ed inerti da demolizione* rappresenta un rifiuto non pericoloso *il cui riutilizzo necessita di preventivo trattamento* e che si rende comunque necessario *un processo di recupero per ottenere prodotti utilizzabili in diverse categorie di lavori*: da quelli

indebitamente supposto) principio di **presunzione semplice** del residuo–rifiuto ma, in senso opposto: 2) secondo un canone di *distinzione e separazione* in questi termini: “... dovrebbero essere applicate **procedure appropriate**” (e quindi del tutto autonome da quelle sui rifiuti) “ .. **ai sottoprodotti che non sono rifiuti**, da un lato, e ai rifiuti che cessano di essere tali, dall'altro” (*considerando 22*: come dire che il sottoprodotto non nasce rifiuto per trasformarsi, poi, in sottoprodotto). “... **Poiché il sottoprodotto rientra nella categoria dei prodotti**” (*tout court* e non in ipotesi di deroga o in via privilegiata e di favore....), fin dalla sua formazione, tant'è che: “.. la esportazione dei sottoprodotti dovrebbe conformarsi ai requisiti della legislazione comunitaria pertinente” (frase finale del primo alinea del *considerando 22*).

La Commissione CE, nella “Comunicazione” del 2007 cit., conferma tali concetti, qualificando il **“sottoprodotto”** come “ un residuo di produzione che non costituisce rifiuto”, per **definizione legale** (v. pag. 4 dello stampato), ammonendo che *confondere il sottoprodotto con il rifiuto* - da parte degli Stati membri dell'U.E. – determinerebbe **gravi pregiudizi al mercato interno**, in questi espliciti termini (punto 2.2.1): “L'evolversi della giurisprudenza e la *relativa assenza di chiarezza giuridica* hanno talvolta reso difficile l'applicazione della definizione di rifiuto, sia per le autorità competenti che per gli operatori economici. È comprovato che a volte *le decisioni adottate dalle autorità competenti nazionali in casi simili tra loro variano da uno Stato membro all'altro*, **creando disparità nel trattamento degli operatori economici e ostacolando il mercato interno**. Un'interpretazione **troppo ampia della definizione di rifiuto** impone alle aziende **costi superflui**, rendendo meno interessante un materiale che avrebbe potuto invece rientrare nel circuito economico.. *Si è quindi optato per proporre delle linee guida le quali, conformi ai criteri giuridicamente vincolanti della Corte*, si presentano come *uno strumento flessibile e adattabile* di fronte a nuovi elementi e all'evoluzione della tecnologia.”

²² Commentando la sentenza, **G. Amendola**, *Sottoprodotti : le prime sentenze e le elaborazioni della dottrina*, in *Industrieambiente.it*, osserva: “In sostanza la Cassazione si limita ad evidenziare una cosa già del tutto evidente... **e cioè che oggi le condizioni per il sottoprodotto sono diverse e che il riferimento normativo alla normale pratica industriale è più ampio** di quello prima vigente (che sanciva *tout court* il divieto di trattamenti preventivi e di trasformazioni preliminari), **ma non fornisce alcuna indicazione atta a risolvere il dilemma** della “normale pratica industriale”. Si aggiunge poi in nota che “... A questo proposito, tuttavia, si potrebbe anche ritenere che la Cassazione, avendo annullato con rinvio, *sia propensa a ritenere il trattamento dei fanghi una “normale pratica industriale”*.”

stradali, ferroviari a quelli edili. Già solo *i procedimenti di stabilizzazione e frantumazione*, cui vengono sottoposti i materiali, *si pongono in contrasto con la definizione di sottoprodotto*, perché per poter parlare di **sottoprodotto**, il materiale da riutilizzare **non deve necessitare di alcuna trasformazione preliminare**.”

Il fatto storico ha contorni certi: “ trattasi di *inerti da demolizione depositati nell'area di un cantiere in corso, per la realizzazione di una rotatoria stradale*, destinati ad essere dunque utilizzati dall'impresa titolare del cantiere per spianare l'area e per la realizzazione di una massicciata stradale, tanto da essere stati di fatto livellati”.

La Corte perviene alle conclusioni riportate, secondo i seguenti snodi argomentativi:

1. partendo dal fatto incontestato che, nella specie, *il materiale scaricato dalla ditta era rappresentato da **detriti ed inerti da demolizione*** e che il materiale stesso fu utilizzato per spianare l'area della rotatoria in corso di realizzazione, si rileva che, ai sensi del D.L.vo n.152/06 e del DLgs. n. 4/08, il materiale in questione rappresenta un **rifiuto non pericoloso** il cui riutilizzo necessita di *preventivo trattamento* e che *si rende comunque necessario un processo di recupero* per ottenere **prodotti utilizzabili** in diverse categorie di lavori: da quelli stradali, ferroviari a quelli edili;

2. già solo **i procedimenti di stabilizzazione e frantumazione**,²³ cui vengono sottoposti i materiali, “... si pongono **in contrasto con la definizione di sottoprodotto**, perché, per poter parlare di sottoprodotto, il materiale da riutilizzare non deve necessitare di **alcuna trasformazione preliminare** (v. in conformità Sez. 3, n. 7465 del 15/01/2008 Rv. 239012, secondo cui in tema di attività di gestione di rifiuti non autorizzata, *i residui di attività di demolizione di edifici*, annoverati tra i rifiuti speciali dall'art. 7, comma terzo, D.lgs. n. 22 del 1997, ora art. 184, comma terzo, D.lgs. n. 152 del 2006, sono sottratti dall'area del sottoprodotto in quanto rappresentati da una congerie di materiali di vario tipo necessitanti, prima del loro nuovo uso, di *preventivi trattamenti e operazioni di recupero* previste negli allegati al D.lgs. n. 22 del 1997; anche in relazione al d.lgs. 152/2006, i materiali residuanti dalla attività di demolizione edilizia conservano la natura di rifiuti sino al completamento delle attività di **separazione e cernita**²⁴, in quanto la disciplina in materia di gestione dei rifiuti si applica sino al completamento delle operazioni di recupero, tra le quali *l'art. 183 lett. h), d.lgs. n. 152/2006* indica la cernita o la selezione)”;

3) delle indicate e necessarie attività di trattamento e/o recupero *non vi è alcuna prova in atti né vi è cenno* nei ricorsi in esame;

4) anche a voler accogliere la tesi difensiva - secondo cui non si sarebbe trattato in realtà di abbandono ma di **riutilizzo del materiale** - non sarebbe comunque venuta meno l'illeceità della condotta in quanto comunque vietata per avere avuto ad oggetto *l'illecito riutilizzo di rifiuti*.

Osservo **sub 1)**, che la decisione, per negare la natura di sottoprodotto del materiale indicato, richiama il decreto 152/2006 e il “correttivo n. 4/2008, *dimenticandosi...* dell'entrata in vigore il *25 dicembre 2010* del decreto legislativo n. 205/2010 (art. 184bis), pur pronunciandosi quasi un anno dopo da quest'ultimo decreto (il **6 ottobre 2011**).

²³ Sulla cui ammissibilità, v., oltre, la giurisprudenza di par. 4.3.

²⁴ Sulla *separazione e cernita*, v., oltre, parr. 4 e 4.3.

Sub 2), rilevo che si qualificano come “operazioni di recupero” *vietate*, i trattamenti di “*stabilizzazione e frantumazione*” sul presupposto che, “per poter parlare di sottoprodotto, il materiale da riutilizzare non deve **necessitare di alcuna trasformazione preliminare**”. In definitiva l'utilizzo deve essere “**tal quale**” e non si fa alcun riferimento ai “trattamenti” consentiti. Si richiama, pertanto, e si dà *applicazione - nell'ottobre 2011 - all'art. 183, lett. n), del 2006, come modificata nel 2008 (lett. p)* , senza tener conto della **direttiva 2008/98** CE (art. 5) e delle norme interne di trasposizione, cioè della nuova previsione (*art. 184-bis cit.*) del 2010, che **sopprime** la vecchia formulazione/limitazione delle “*trasformazioni preliminari*”, **consentendo** alcuni “*trattamenti*” (senza definirli) purché “*non diversi dalla normale pratica industriale*” (ma di tale realtà normativa non v'è traccia in motivazione).

Quanto alle indicate attività di “*separazione e cernita*” – come operazioni di recupero non consentite - si cita l'art. 183, lett. h), nella versione 2006, che è *stato modificato*, una prima volta, con il correttivo n. 4/2008 (v. **art. 183, comma 1, lett. h**) e, da ultimo, con il d. lgs. n. 205/2010 (art. **183, comma 1, lett. t**).

Del motivo relativo al punto 3) – *sull'onere della prova* a carico di chi fa valere la qualifica di sottoprodotto - si è detto sopra a commento della prima sentenza²⁵.

In ordine al **punto 4)**, ci si limita a confermare la “*illiceità della condotta*” in base ad una **normativa abrogata** e senza cimentarsi sul tema, dirimente, dei **trattamenti ammessi**, ex art. 184-bis (del tutto trascurato dalla Corte, nell'ottobre 2011)²⁶.

IV) Merita, da ultimo, citare la decisione di **Cass. pen. 18 gennaio 22 febbraio 2012, Firenze**, che, nel rigettare un ricorso contro il provvedimento del Tribunale di Alessandria (il quale confermava il sequestro di un carico di *materiali ferrosi*, trasportato senza autorizzazione) - proposto dal trasportatore per violazione di legge (nella specie dell'art. 184-bis, dovendosi riconoscere al materiale trasportato, nella prospettazione della parte, la natura di *sottoprodotto* in quanto destinato al *riutilizzo diretto in fonderia*, stante la *certezza del riutilizzo*, la risalente *prassi commerciale del reimpiego diretto in altro ciclo produttivo*, senza *alcun trattamento* diverso dalla normale pratica industriale) - ha modo di svolgere le seguenti argomentazioni:

- a) l'accertamento della natura di un oggetto quale rifiuto costituisce una *quaestio facti*. demandata ai giudici di merito ed *insindacabile* in sede di legittimità, se sorretta da motivazione esente da vizi logici o giuridici;

²⁵ Vedi retro, par. 2.

²⁶ Per la sostanziale *assenza di un contributo esegetico autonomo e innovativo* rispetto ai precedenti indirizzi della stessa Corte, che si faccia carico di offrire una spiegazione plausibile alle novità normative sopravvenute (di cui, addirittura, non v'è alcuna menzione...), non posso che aderire al giudizio finale espresso da **G. Amendola, Industria Ambiente.it**, cit. 2012, pag. 5, sulle **tre decisioni rassegnate**, in questi termini sintetici ma significativi: “...In realtà, tuttavia, va subito rilevato che *questa sentenza si è palesemente basata solo sulla normativa e sulla giurisprudenza antecedenti* al quarto correttivo, che, stranamente, **non viene neppure citato**. Tanto è vero che giustamente la dottrina ha subito evidenziato che “questa sentenza, anche se recentissima, *non permette tuttavia di chiarire dubbi interpretativi ed applicativi* dell'attuale nozione di sottoprodotto. Insomma, dopo un anno, *nonostante tre sentenze*, **nessun significativo contributo** è stato apportato dalla Suprema Corte, specie per quanto concerne il significato da attribuire alla dizione «*ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale*».

- b) non si può far riferimento, nel caso, alla nozione di sottoprodotto, ai sensi dell'art. **183, comma 1, lett. p)** , come novellato dal decreto legislativo n. 4/2008, né, da ultimo, in base all'art. 184-bis;
- c) "... le cinque condizioni previste dall'**art. 183, lett. p)** devono sussistere con testualmente... e inoltre è necessario che i materiali non siano sottoposti **ad operazioni di trasformazioni preliminari**...in quanto fanno perdere al sottoprodotto **la sua identità**...;
- d) "incombe sull'interessato, anche successivamente alla modifica dell'art. 183, comma 1, lett. p), *l'onere di fornire la prova*" della destinazione del materiale ad ulteriore utilizzo, con certezza e non come mera eventualità";
- e) "*I principi sopra richiamati* debbono **ritenersi validi pure alla luce della disciplina** contenuta nell'art. 184-bis;
- f) "nel caso di specie non ricorrono *tutte le condizioni* previste dalla norma..." perché gli oggetti trasportati "... non erano originati da un processo di produzione né potevano essere utilizzati *senza alcun ulteriore trattamento*".

La prima affermazione di principio, **sub a)**, lascia perplessi perché *sembra confondere l'oggettività naturale*, fenomenica di un **materiale** (si direbbe la sua realtà "ontologica") con la *qualificazione giuridica* del medesimo (come rifiuto o sottoprodotto, *secondo legge*).

La ricognizione/individuazione del *primo profilo*: caratteristiche oggettive della sostanza/materiale nelle sue connotazioni chimico, fisiche, merceologiche, ecc. – svolta secondo le *regole delle scienze naturali* - costituisce certamente una *quaestio facti*.

La sussumibilità della stessa sostanza *nelle fattispecie astratte* di cui all'art. 183, comma 1, lett. a (definizione di rifiuto) ovvero, in quella dell'art. 184-bis, (definizione di sottoprodotto), si presenta, invece, come un'operazione **squisitamente giuridica**, cioè di applicazione di regole diverse (del diritto positivo, oggetto di studio dalla "scienza giuridica", distinte da quelle delle scienze naturali) che conduce ad un **giudizio** (di qualificazione/classificazione) *secundum o contra legem*, da parte del giudice di merito.

Quest'ultima valutazione (indicata, in sentenza, come "accertamento") risulta ovviamente **sindacabile** dal Giudice di legittimità, ex art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p., come dimostra la motivazione che segue, in sentenza.

Le riflessioni **sub b)** – con citazione di giurisprudenza datata (del 2007 e 2008) - si fondano su una *normativa abrogata* al momento della pronuncia, del *18 gennaio 2012*...!), tanto è vero che si insiste sul divieto delle "*trasformazioni preliminari*" che **non trova alcun riscontro** nell'art. 184-bis, *vigente (in via esclusiva) al momento della decisione*.

Né vale *recuperare* la precedente esperienza, giustificandola con la affermazione **sub e)** (circa la "validità dei principi richiamati" rispetto alla nuova norma comunitaria e interna). Perché **le novità dell'art. 184-bis** sono tante²⁷, oltre che di difficile lettura, e il

²⁷ Si richiamano, per approfondimenti sulla direttiva 2008/98 CE e sull'art. 184-bis, i due volumi curati da **F. Giampietro**, *Commento alla direttiva 2008/98/CE sui rifiuti*. Milano 2009 e **ID.** *Il sistema normativo e tecnico di gestione dei rifiuti*, Milano, 2011, con pregevoli e documentati contributi di **D. Röttgen**, sulla "Nozione di rifiuto e di sottoprodotto", pag. 25/76 del volume del 2009 e di **A. Fari**, stesso titolo, nel volume 2011, pagg. 29/64. Nella nota: *Sottoprodotti: le prime sentenze cit.*, in *Industrieambiente.it* (pag. 7, "La nostra opinione"), **G. Amendola** rileva preliminarmente: a) che "... il punto di partenza deve essere la (giurisprudenza della) .. Corte di Giustizia" sulla *definizione di rifiuto*, fondata sul "disfarsi" e sulle finalità della direttiva (tutela della salute e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della gestione dei rifiuti). Ne conseguirebbe l'**obbligo** di

compito della S.C. era ed è appunto quello *di chiarirle nel loro significato e portata* (come quella di esplicitare, in specie, il rapporto che intercorre fra la vecchia formula delle “*trasformazioni preliminari*” (vietate) e i “*trattamenti non diversi dalla normale pratica industriale*” (consentiti...)).

Sul punto **sub d)** si è fatto qualche cenno, retro (sull'onere della prova), e si tornerà più avanti.

Mentre **sub f)**, relativo all'utilizzo del materiale ferroso e alla nota vicenda storica che portò alla pronuncia della CGCE (*la sentenza “Niselli”*), si rinvia, per le connesse problematiche, a precedenti contributi²⁸

In conclusione, le più recenti decisioni della S.C., appena rassegnate, adottate nel biennio 2010/2012, *non aiutano sostanzialmente a risolvere i problemi salienti della nuova normativa* relativi, in particolare:

- ai *connotati del sottoprodotto*, rispetto al rifiuto, e cioè “l'essere *parte integrate* di un processo di produzione”;
- alle *modalità di prova* della certezza del riutilizzo, anche da parte di un terzo, cui il sottoprodotto sia ceduto come tale (non “disfatto”);
- all'utilizzo “diretto” - contrapposto al preventivo “*trattamento ulteriore*” - rispetto alle “*trasformazioni preliminari*” (secondo il precedente regime), e, da ultimo:
- *alla diversità ovvero riconducibilità del trattamento* alla “normale pratica industriale” (per non parlare degli ulteriori requisiti dell'utilizzo legale” e degli “*impatti complessivi*”, ammessi, o negativi, vietati, sull'ambiente e salute, ecc.)²⁹.

interpretare la nozione di rifiuto *in maniera estensiva*”; b) ciò “... **comporta l'obbligo di limitare al massimo la nozione di sottoprodotto** in quanto *eccezione alla regola*”, nella ricorrenza delle note condizioni dell'utilizzo certo, senza trasformazioni preliminari e nel corso del processo di produzione; c) “... tale **obbligo sussiste ancora oggi** e va riferito alla nozione di sottoprodotto..... della normativa italiana”.

Questo approccio, a mio avviso - oltre a risultare decentrato e passatista rispetto alla *nuova impostazione del legislatore comunitario* (di cui si è fatto cenno più volte) – si presenta, secondo il diritto positivo vigente, giuridicamente irricevibile soprattutto quando ipotizza l'esistenza, nel sistema delle norme, di “*un obbligo di limitare al massimo la nozione di sottoprodotto*” **desunta da una categoria giuridica** (del rifiuto) affatto *distinta, autonoma e opposta a quella del sottoprodotto*, in aperta violazione del principio, di origine comunitario, di *gerarchia dei rifiuti* (che impone, al suo vertice, la prevenzione e non la moltiplicazione *anche ermeneutica*... dei rifiuti, con conseguente espansione dell'area del residuo-prodotto (v. l'art. 4, della direttiva 2008). Si aggiunga che l'art. 5 della direttiva cit. **si allontana palesemente e testualmente** dagli indirizzi della CGCE (richiamati dall'A.), **introducendo** cioè la facoltà/diritto al “...trattamento che rientra nella **n. p. i.**; il criterio della produzione della sostanza come *parte integrante del processo produttivo*; l'utilizzo (e il trattamento) anche nel processo produttivo **del terzo**; ecc. Introducendo, cioè **regole di comportamento e principi definitori** che costituiscono un vistoso **allontanamento** dalla esperienza passata, normativa e giurisprudenziale.

D'altronde non vale insistere più di tanto, sul punto, nel momento in cui lo stesso **G. Amendola** si vede costretto a riconoscere, nel medesimo articolo, che “... sia la direttiva del 2008..... che il testo italiano sono **sensibilmente diversi** dalla costruzione giurisprudenziale della Corte europea...”, proprio con riferimento alle operazioni di “utilizzo o di ulteriore utilizzo” di cui – dette fonti normative - “*parlano* attecnicamente...e, soprattutto, con una **diversità di ampiezza** ... specie quando si tratta di *utilizzazione* nel processo di produzione... , *ampliando notevolmente la sfera dei sottoprodotti (a scapito di quella dei rifiuti)* ”.

²⁸ Cfr. **P. Giampietro**, *Nuovo capitolo sulla nozione di rifiuto: l'interpretazione autentica del la CGCE*, in *Ambiente&Sicurezza*, n. 23/2004, pagg. 22 e ss.; **V. Paone**, *La tutela dell'ambiente*, Milano, 2008 cit. pag. 162 . Sul tema, v. oltre, par. 4.2 e n. 34.

²⁹ Per richiami di dottrina e giurisprudenza, cfr. **P. Fimiani**, *La tutela penale cit. Milano, 2011*, pagg. 153 e ss. Vedi anche, **S. Rosolen**, “*Normale pratica industriale*”: *I chiarimenti della Cassazione*, in *Ambiente&Sicurezza*, n. 12, del 26 giugno 2012, pag. 94; **S. Maglia**, *Normale pratica industriale: la*

Le letture proposte si connotano, piuttosto, come un *tentativo forzato di tenere in vita i precedenti criteri normativi* - di qualificazione del sottoprodotto - con *sottovalutazione e/o disconoscimento* delle significative **novità** introdotte, nel 2008, in sede comunitaria, e nel 2010, in ambito nazionale. *Dando le spalle* “al nuovo” e *minimizzando* i gravi problemi posti dalla disciplina vigente, cui si vorrebbero applicare gli orientamenti giurisprudenziali passati, con la facile ed elusiva giustificazione che “... *I principi sopra richiamati debbono ritenersi validi pure alla luce della disciplina contenuta nell’art. 184-bis*”.

contraddittoria e pericolosa interpretazione della Cassazione, in Ambiente & Sviluppo, n. 7/2012; G. Amendola, Sottoprodotto e normale pratica industriale: finalmente interviene la Cassazione, in lex ambiente.it; Tumbiolo, La Corte di Cassazione si pronuncia sulla nozione di sottoprodotto, trattamento e normale pratica industriale, in ambientediritto.it; G. Gavagnin, La “normale pratica industriale” nell’interpretazione della Cassazione: chiarezza non ancora fatta, in ambientediritto.it; nonché Ruga-Riva, Diritto penale dell’ambiente, Torino, 2011, pag. 105 e ss.

Sulla nozione di “trattamento”, G. Amendola, ne *I sottoprodotti: le prime sentenze cit.*, osserva che se “... è vietato l’ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale” ciò “vuol dire che: **a)** “ prima dell’utilizzo, la sostanza o l’oggetto possono aver ricevuto un trattamento”; **b)** “... è consentito un ulteriore trattamento solo se conforme alla n.p.i.”; **c)** il termine *trattamento* è usato **in senso atecnico** rispetto alla definizione normativa (della direttiva e del T.U.A.: rispettivamente nell’art. 3, n. 14 e nell’art. 183, lett. s). Sulla scorta di queste premesse l’A. conclude: “... in mancanza di *lumi normativi* occorre rifarsi alla elaborazione della Corte di giustizia” e cioè: “ **1)** il possibile ulteriore trattamento **non deve** mai comportare una **trasformazione** della sostanza o dell’oggetto ma deve consistere al massimo *in minimi interventi che non mutino, in alcun modo, la struttura, la sostanza e la qualità* del prodotto stesso e, comunque: **2)** *siano normali* rispetto al processo di produzione industriale *ove avviene il riutilizzo*; soprattutto nel senso che: **3)** non devono consistere in un *trattamento tipico di un rifiuto*, tanto meno se effettuato al fine di *consentirne il recupero*”, come confermato dalla Commissione UE nel 2007, par. 3.3.2., secondo alinea.

Concordo sulla deduzione sub **a)**, salvo ad aggiungere che il trattamento può essere apportato **dal produttore e/o dall’utilizzatore**; e su quella **sub b)**. Quest’ultima condizione appare ovvia, sul piano testuale, ma non risolve il noto dilemma: quando il trattamento rientra o meno nella n. p. i.? Sub **c)**, ritengo giusto, in linea di principio, considerare il termine “**trattamento**” come nozione *distinta e diversa* da quella usata per la gestione dei rifiuti (operazioni di smaltimento o di recupero). Ma se questa conclusione è vera, allora non si può pervenire alla conclusione (suggerita dall’A. ma anche da V. Paone), di far ricorso alla *giurisprudenza della CGCE*, richiamata **sub 1** (che distingue *i trattamenti* “minimi” contrapposti agli “*interventi strutturali*” sull’identità del prodotto), *senza cadere in una palese incoerenza rispetto alla premessa sulla atecnicità del concetto* (tant’è che lo stesso A. citando, in nota 11, la tesi di V. Paone – che richiama i precedenti indirizzi della CGCER [sentenza Arco] - gli obietta esplicitamente che in quella decisione: “*Ci si riferiva, comunque, a rifiuti e non a sottoprodotti*”). In definitiva, la giurisprudenza comunitaria evocata sopra, **non** è automaticamente **pertinente e vincolante**, in quanto concerne **il rifiuto** (e non il sottoprodotto, come innovativamente configurato dall’art. 5 cit.) e risulta **contraddetta e superata, in più punti**, dal nuovo legislatore dell’Unione europea (utilizzo *con trattamenti e non solo* “tal quale”; rientranti *nella n. p. i.*; anche *da parte del terzo* e non del solo produttore; utilizzo *parziale e non integrale del sottoprodotto*, ecc.), come riconosce lo stesso Autore.

La specificazione **sub 2** (sulla loro “normalità”) non aggiunge molto alla ricostruzione del concetto, ove non si spieghi il *significato e la portata* di “normalità del trattamento” compiuto dall’**utilizzatore** (salvo a specificare che il trattamento *non è ristretto* a quest’ultimo *ma riguarda anche*, a seconda dei casi, **il produttore**, come rileva la Commissione UE nella “*Comunicazione del 2007*”). L’osservazione finale, **sub 3)**, si presenta evidente e si era già letta nella “Comunicazione” appena cit. Non si dimentichi, da ultimo, che quando il sottoprodotto **sostituisce la materia prima** (vergine), anche secondo la **Cass. pen. sentenza n. 17453/2012**, “la normale pratica industriale” ricomprende tutte “quelle operazioni che l’impresa normalmente effettua sulla materia prima che il sottoprodotto va a sostituire” (v. punto 8, capoverso della motivazione). Cioè, secondo *scienza ed esperienza*, **qualsiasi tipo di intervento e/o lavorazione** che può **anche** modificare, per dirla con Amendola, “la struttura, la sostanza e la qualità del prodotto stesso” (come chiarito nel testo). Sul tema v. oltre, parr. 8.1 e 8.2 e note 29, 44 e 53.

2.1. Rilievi critici relativi ad una dottrina favorevole alla giurisprudenza rassegnata.

Autorevole, ma piuttosto isolato sostenitore di questi “cauti indirizzi” della S.C. (v. nn. 26, 29 e, oltre, nel testo), si pone un attento studioso (V. Paone, *I sottoprodotti e la normale pratica industriale, una questione spinosa*, cit. a nota 2), che, a commento di **Cass. pen. 16727/2011**, (v. retro, par. 2), mostra di condividere i principi esposti dal giudice di legittimità, a partire da quello genericamente definito con la formula “*dell’inversione dell’onere della prova*” (con la sottolineatura, dettata dalla lunga esperienza di magistrato inquirente, che”... spesso si è parlato di “sottoprodotto” senza neppure dimostrare l’esistenza dei requisiti per l’applicazione della relativa disciplina”).

1. Come già rilevato sopra anche questo “paradigma”, con risvolti *sostanziali e processuali significativi* (per le indagini di polizia giudiziaria e per la pubblica accusa), va ripensato profondamente (più che recepito supinamente), perché postula dei presupposti teorici e normativi che, da tempo, *sono venuti meno*. Trattasi di uno *jus receptum*, di origine giurisprudenziale, ancorato alla ricostruzione della categoria di sottoprodotto, come *derivata da quella di rifiuto*, in presenza di alcuni requisiti estranei a quest’ultimo. Donde la tesi dell’*eccezione alla regola* (il residuo produttivo si presenta prevalentemente e di norma, come rifiuto) e del derivato principio dell’inversione **dell’onere della prova**.

Questa teorica – a mio avviso - **non regge più** di fronte alle nuove normative (e alle politiche legislative che le sottendono) che conferiscono alla categoria del “sottoprodotto” *elementi costitutivi inediti e diversi* che lo contrappongono - *in via alternativa e non di “complementarietà”* - al rifiuto, ponendolo in posizione prevalente e *sovraordinata*.

Su tale profilo e connessa incidenza sulla *disciplina di favore* per il sottoprodotto (che diviene **regola e non eccezione**) con ulteriore ricaduta sul *canone dell’inversione dell’onere della prova*, l’attento Autore tace del tutto, avallando acriticamente il passato (v. oltre).

2. Nel merito:

a) viene confutata la tesi di chi prospetta “una (asserita) più ampia nozione di trattamento”, entro cui si opera una distinzione tra gli interventi di trasformazione o di recupero *completo* rispetto a quelli che non posseggono tali caratteristiche (che sarebbero ammessi *anche sui residui qualificabili sottoprodotto*) indicati come “**trattamenti minimali**”;

b) si osserva poi che non può essere citata, a sostegno della tesi avversata, la legge n. 205/2008 che, con riferimento al riutilizzo delle vinacce, nel settore agroalimentare, consentiva i trattamenti di *tipo meccanico-fisico, di lavaggio, distillazione e essiccazione*. Perché - oltre ad essere raggiunta da seri dubbi di costituzionalità – *aveva natura eccezionale* e pertanto non sarebbe estensibile ad altri settori;

c) in senso contrario, si suggerisce di invocare, con riferimento ai “**trattamenti vietati**”, l’art. 2, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. n. 36/2003, sulle discariche;

d) si segnala, da ultimo, che l’interpretazione sostenuta troverebbe conforto nella sentenza *Arco* 15.06.2000 (punto 96), secondo cui se “un’operazione di recupero completo non priva necessariamente un oggetto dalla qualifica di rifiuto” (potendo esso venir disfatto successivamente) *ciò vale, a maggior ragione, per un semplice “operazione di cernita o di trattamento preliminare”* ...;

e) conclude, infine, rilevando che, per “trattamento”, deve intendersi “... il processo che realizza un mutamento della *struttura e della costituzione fisico-chimica* della sostanza”. Pertanto il sottoprodotto “**deve essere utilizzato “tal quale”**, cioè pronto per il nuovo impiego fin dalla sua origine.....”. Ne desume che, anche le “**operazioni minimali**”, come **la cernita, la vagliatura, la frantumazione, la macinazione**, ecc., pur **non** intervenendo in *modo radicale* sull’identità merceologica della sostanza, *modificano comunque il materiale, per consentirne il suo inserimento in un nuovo ciclo produttivo*. Dopo detti trattamenti “... è pacifico che il materiale è diverso, perlomeno quanto a “composizione e consistenza”. Se, soltanto dopo questi trattamenti, si ricavano *materiali* pronti per l’impiego in un nuovo ciclo, vuol dire che siamo in presenza di materiali non utilizzabili *tal quali*.

3. Mi permetto di dissentire da queste articolate e approfondite considerazioni che, fra l’altro, hanno il sostanziale sostegno *di una parte prevalente* della giurisprudenza di legittimità, anche recente, come rilevato sopra. Questo riscontro giurisprudenziale non mi sembra, peraltro, persuasivo e dunque dirimente.

Non solo perché quegli indirizzi maggioritari *contrastano* con altri significativi orientamenti contrari *della stessa Corte* e, sovente, della medesima sezione ... (su cui v. oltre **par. 4.3**). Ma anche in quanto le soluzioni offerte non convincono, tanto da essere seriamente *confutate dalla dottrina più attenta* (richiamata nel corso della presente indagine) la quale avverte, con maggiore sensibilità, *i nuovi orientamenti*:

- a) dell’**ordinamento comunitario** (assai più consapevole delle economie indotte - dal sottoprodotto - nei mercati dei 27 Stati membri);
- b) **della giurisprudenza** della CGCE, come rettamente interpretata;
- c) delle **linee-guida o degli atti di indirizzo** della Commissione UE, a partire dal 2007 e sino al 2012 (v. oltre **par. 4.1 e 6**).

Di questa vasta esperienza europea non c’è che una *modesta o nulla traccia* nelle sentenze sopra rassegnate, non potendosi negare (o anche solo tacere):

- 1) che la distinzione tra *trasformazioni preliminari* (o minimali) e *trasformazioni (più spinte) di recupero* non sono invenzioni di una parte degli studiosi italiani (oggetto di critica, a punto 2, **sub. a**), ma (certo difficoltosi) criteri giuridici, di volta in volta:
 - 2) **adottati** dalla giurisprudenza (comunitaria e nazionale: v. oltre) e;
 - 3) **confermati** dalla Commissione CE (da ultimo ribaditi nella “*Guidance*” del 2012, commentata a parr. **4 e 6**).

Quanto alle considerazioni svolte, *supra*, a **punto 2, sub b)**, è ben vero che la legge n. 205/2008, *relativa al settore agroalimentare*, risulta poi sottoposta a rilettura dalla Corte Costituzionale (v. ordinanza di inammissibilità del 21.10.2011, n. 276). Ma aggiungo che quest’ultima, nella sua decisione, ha confermato che **il riutilizzo delle vinacce** resta comunque *sottratto al regime dei rifiuti* se risponde, in concreto, alle condizioni previste *per il sottoprodotto*, ex art. 184-bis, senza escludere (anzi ammettendo necessariamente) che le vinacce possano **ricevere “trattamenti”**, purché non “diversi dalla normale pratica industriale” (su cui v. oltre, par. 3.2 e ss.).

Sulla *estensione di tali trattamenti*, merita ricordare, fin da ora, che il Governo italiano, in conformità alla Comunicazione del 2007 della Commissione CE, ha assunto un atteggiamento molto “*liberale*” nel recente D.M. n. 161/2012, sui materiali da scavo (v. **par.**

1 e 4.4) sicché appare problematico (se non errato) asserire oggi che l'ampiezza di tali trattamenti (già indicati nella legge n. 205/2008 sulle vinacce) siano di "natura eccezionale e non estensibili ad altri settori" piuttosto *che una anticipazione di un orientamento normativo, comunitario e interno, di forte sostegno* verso il sottoprodotto. Come dire, in conclusione, che gli indirizzi della normativa italiana (d.lgs 205/2010) e comunitaria (direttiva 2008/98) hanno piuttosto ratificato, *a posteriori*, le **"vedute" più avanzate del legislatore interno** del "settore agroalimentare", dei rottami ferrosi, ecc. (v. oltre).

Quanto al richiamo alla **disciplina sulle "discariche", sub c)**, di punto 2, esso non merita di essere confutato in questo paragrafo (avendo esaminato le ragioni di forte dissenso rispetto a tale "suggerimento" nel successivo par. **3.3**). Qui basti anticipare che i *"trattamenti"* indicati nell'art. 2, comma 1, lett. *h*), del d.lgs. n. 36/2003, non pertengono al "sottoprodotto" ma ad *una modalità di smaltimento del rifiuto* e, pertanto, non sono neppure *analogicamente estensibili* ad esso.

Stupisce piuttosto che un tale suggerimento sia stato *proposto e accolto* dal giudice di legittimità nella sentenza n. 17453/2012 cit. (criticata per i motivi espressi *infra* nel testo, dalla dottrina prevalente: in proposito, si veda anche l'opinione di **G. Amendola**, a nota 105, dove si chiarisce come **la nuova nozione di "trattamento" non coincide** con la precedente e "... ha un significato *affatto diverso e atecnico*". Sui vecchi trattamenti "minimi" o minimali, v. lo stesso *Autore*, a n. 37. Sulla insufficienza delle motivazioni della Suprema Corte, sui trattamenti ammissibili: v. **gli AA.** citt. a nota 29).

Né sembra appropriato il richiamo, **sub d)** di punto 2, alla sentenza Arco, per confortare la tesi di una *improponibilità della distinzione* fra **"trattamenti minimali" e "trattamenti completi"** non solo perché quella sentenza va interpretata in altro modo (come suggerito, più avanti, a par. 4, p. 3, lett. C); ma anche in considerazione del fatto che questa distinzione sui "trattamenti" trova fondamento – sul piano concettuale e giuridico - *nella giurisprudenza nazionale e comunitaria* (v. par. 4.3 e par. 6) e nella *ricostruzione che ne fa la Commissione U.E.* (v. oltre par. 4, punti 1/3).

Come ho cercato di argomentare in altra occasione, anche la nuova direttiva 2008/98 richiama in più punti *le categorie giuridiche "ereditate" dal passato* come: *"pretrattamenti", "operazioni preliminari", "recupero completo"* ecc. (cfr. **P. Giampietro**, *End of Waste nel Regolamento U.E. n. 333/2011, par. 7.1*, in *AmbienteDiritto.it*, pubblicato il 23.03.2012, cui si rinvia) ma quelle nozioni, anche se non abbandonate, **vanno rilette alla luce del nuovo parametro** della "normale pratica industriale": su cui v. le conclusioni finali a parr. 7 e 8).

In ordine alla esegesi proposta - secondo cui il sottoprodotto **"deve essere utilizzato tal quale"** (**sub e**), punto 2, senza alcun "trattamento" (da intendere in senso lato, come quello che incide sulla "struttura e costituzione chimico-fisica della sostanza") - le obiezioni specificamente opponibili sono molteplici e, a mio avviso, dirimenti.

In questa sede ne richiamo solo due:

1) la prima, squisitamente tecnica: tanto sul piano scientifico che su quello giuridico – con riferimento *all'identità merceologica e ambientale* della sostanza - le scienze naturali non hanno mai *equiparato né confuso* gli interventi **"fisici"** sul materiale (che lasciano il medesimo con le stesse caratteristiche chimiche precedenti: materiale di legno, ferro, carta, plastica, ecc., sottoposto, per es., a diverse dimensioni, perché spezzato,

frantumato, triturato, ridotto in granuli, pellet ecc.) con quelli **chimici** (che ne modificano, radicalmente, la composizione molecolare e/o biologica-cellulare: si pensi in particolare ai processi di decontaminazione del materiale dagli inquinanti, ecc.), come ribadito più volte, anche in ambito giuridico, dalla legislazione e dalla giurisprudenza richiamata;

2) la seconda obiezione si ancora sul dato normativo: non solo la direttiva del 2008 cit. (art. 5) **non impone, espressamente** l'uso "*tal quale*" del sottoprodotto (come potrebbe desumersi dalla espressione: "può essere utilizzato *direttamente senza alcun trattamento*"). Ma, all'opposto, **prevede** (e consente) testualmente (cfr. l'art. 184-bis) la possibilità di effettuare "**ulteriori trattamenti**" purché ricadenti nella (letteralmente: "non diversi" dalla) "normale pratica industriale".

Sicché *l'unico vero compito dell'interprete* consiste nel **delimitare il significato** di tale ultima proposizione (che postula univocamente dei "trattamenti", autorizzati *ex lege*) - *non di ignorarla* - imponendo, pregiudizialmente, **un uso "tal quale"** del sottoprodotto, *dopo aver diviso in due* (in sede esegetica) l'unica ed *unitaria proposizione* che conferisce il senso vero all'enunciato normativo.

Neppure appare accettabile la distinzione subordinata tra un intervento "*non radicale*" sull'identità "merceologica della sostanza" e una "*modifica comunque della sostanza ... per composizione e consistenza*", non più "*utilizzabile tal quale*".

La "**non radicalità**" del trattamento potrebbe giustificare, per quanto esposto, la sua riconducibilità ai "*trattamenti minimi*" contemplati e consentiti (v. oltre **par. 4. 1/3**).

La postulata "*modifica comunque della sostanza*" (che escluderebbe il "*tal quale*") mi sembra una espressione che rimanda ad una *valutazione assai generica e dunque, poco utilizzabile*. In definitiva, la formulazione usata dall'A., potrebbe essere astrattamente giustificata, sul piano logico, solo ove si supponesse un obbligo di utilizzabilità del sottoprodotto, "*tal quale*". Ma, dopo quanto detto, **questo obbligo giuridico non sussiste** né nella direttiva del 2008 né nell'art. 184-bis cit., i quali consentono – *senza limiti espressi* - i "trattamenti" della n. p.i.

Sotto altro profilo, la lettura proposta da **Paone** - sul dovere di utilizzo del sottoprodotto "*tal quale*" – mi sembra **contraddetta** in un successivo brano dell'articolo cit. ove, distinguendosi due diverse vicende ("*sottoprodotto sfruttato direttamente* in un processo di utilizzazione, *senza trattamenti*" e sottoprodotto "**con le caratteristiche della materia prima**"), si ammette, nella seconda ipotesi, che esso "... sia suscettibile di operazioni del tipo di quelle che l'impresa fa normalmente sulla materia prima sostituita".

Mi domando: in quest'ultimo caso, non opera il dovere di utilizzo "**tal quale**"? Se la risposta fosse negativa, sarei pienamente d'accordo (come risulta del tutto evidente dal fatto che la nozione di "normale pratica industriale" **cade** (anche) **sulla "materia prima"**, e pertanto suppone una varietà e molteplicità di trattamenti, **più o meno spinti**, amplissima: v. oltre nn. 44, 49 e 53). In caso contrario, dissentirei, per le ragioni già accennate.

In conclusione, nelle due ipotesi prospettate, sono ammessi, per legge, tutti gli interventi previsti sul sottoprodotto (prodotto finito o materia prima) *non diversi dalla* "normale pratica industriale" (come si è ritenuto nel corso della presente nota).

3. La presa di posizione di Cass. pen. n. 17453/2012 .

Questa situazione di sostanziale disimpegno verso le nuove problematiche poste dall'art. 184-bis cit., sembra venuta meno grazie all'importante "arresto" della **S.C. n. 17453, del 10 maggio 2012**,³⁰ la quale mostra di non volersi sottrarre alla doverosa impostazione e soluzione dei *nodi interpretativi* sopra enucleati, tanto da prendere posizione netta sul significato e portata delle "**condizioni**" fondative della categoria del "sottoprodotto", quali: l'estensione dei "trattamenti" (ammessi); la "normale pratica industriale", l'onere della prova sulla presenza dei requisiti di legge", ecc.

Prima però di esporre una personale valutazione degli esiti attinti dalla sua articolata motivazione, ritengo doveroso ricostruirne partitamente i passaggi salienti che si snodano sui seguenti temi.

Dopo una breve sintesi della vicenda processuale, con esposizione dei motivi del ricorso (**nei par. 2/4**), la Corte fornisce, in esordio:

Una **definizione generale** del "sottoprodotto", secondo i connotati normativi desunti dall'art. 184-bis, come *contrapposti* a quelli del "rifiuto" (v. **parr. 5/6**), in una vicenda processuale afferente una ipotesi contravvenzionale di *inosservanza delle prescrizioni di autorizzazione* relativamente allo stoccaggio di circa 700 tonnellate di **fumi di fonderia**, in area non autorizzata.

L'oggetto della decisione attiene, pertanto, alla qualificazione, come rifiuto (e non quale sottoprodotto), del materiale stoccato (**partite di polvere contenenti ottone**) che, secondo il ricorrente, era destinato ad essere *impiegato direttamente in un processo produttivo finalizzato alla produzione di metalli non ferrosi*, dopo l'acquisto presso varie acciaierie fornitrici.

Nel tratteggiare la nuova nozione, ex 184-bis, *in contrapposizione* a quella di "rifiuto", quel Collegio formula le seguenti, affermazioni *introduttive*:

1) la nozione di "sottoprodotto" sarebbe "complementare" a quella di "rifiuto"...; risulta attualmente disciplinata dall'art. 184-bis, ... e definita dall'art. 183, lett. qq) ..., il quale si riferisce a qualsiasi sostanza od oggetto che soddisfa le condizioni di cui all'art. 184-bis, comma 1, e rispetta i criteri stabiliti in base all'art. 184-bis, comma 2".

2) detta "... categoria, *originariamente non contemplata dalla previgente disciplina sui rifiuti* è stata introdotta dal D.lgs. n. 152 (art. 183, lett. p), poi modificato dal D.lgs. n. 4 del 2008), *in conformità a quanto sostenuto in alcune sentenze del giudice comunitario che facevano riferimento a tale tipologia di residui*";

3) "... dal tenore letterale della norma è evidente che la sussistenza delle condizioni indicate *debba essere contestuale* e che, anche in mancanza di una sola di esse, *il residuo rimarrà soggetto alle disposizioni sui rifiuti*, come peraltro già osservato dalla giurisprudenza di questa Corte prima dell'introduzione dell'art. 184-bis".

³⁰ Giustamente e tempestivamente messa in evidenza dalla dottrina più attenta, v. nota precedente e nn. 29 e 42 e gli Autori citati fino ad ora.

3.1. Note preliminari: novità e complementarità della nozione di sottoprodotto. Contestualità delle condizioni.

Prima di affrontare il merito della tematica accennata sopra, ritengo utile esporre dei rilievi introduttivi, con riferimento alle notazioni di esordio della decisione, partendo (**sub 1**) dall'attributo di "**complementarità**" - assegnato al "sottoprodotto" - che non mi sembra concettualmente appropriata.

La nuova "categoria", infatti, **non serve da complemento** a quella di "rifiuto", in quanto non è *integrativa, accessoria, secondaria* o di *completamento rispetto* a quest'ultima³¹. Essa si atteggia, infatti, secondo il legislatore comunitario ed interno, come nozione radicalmente autonoma, **distinta** (anche se non nuova) ed **alternativa** oltre che **contrapposta** a quella di rifiuto, secondo un rapporto logico-sistematico opposto a quello proprio della "complementarità".

In una battuta: il residuo "derivante da un processo di produzione", ex art. 5, della direttiva 2008 cit., *se nasce, fin dall'origine*, con certe caratteristiche (quelle introdotte dalla norma cit.: diretta utilizzabilità, parte integrante di un processo di produzione, non pericolosità per l'ambiente, ecc., eventualmente previste e/o cercate dall'imprenditore) "*rientra*", direttamente, "*nella categoria dei prodotti*" e, conseguentemente, va qualificato come tale, *senza alcuna funzione "complementare"* alla categoria del rifiuto.

Se, invece, **non ha dette qualità** (e dunque si presenta, oggettivamente diverso, *un'altra cosa*, in termini anche naturali: requisiti fisici, chimici, merceologici, ambientali, ecc.) *o non risponde alle condizioni date*, sarà da considerare giuridicamente un residuo produttivo- *rifiuto*, sin dall'inizio della sua formazione.

In definitiva, a mio avviso, le due nozioni sono alternative e contrapposte, *non "complementari"*. Il fatto che **la disciplina** sul sottoprodotto sia stata **collocata** all'interno di quella dei rifiuti, invece che nel settore del commercio o della produzione dei beni (essa avrebbe potuto essere prevista anche da una fonte del tutto autonoma³²), non significa che assuma la natura di **noma complementare** con connotati, pertanto, di **eccezionalità e di deroga** rispetto a quella **principale** sulla gestione dei rifiuti, come presuppone, logicamente e implicitamente, l'attributo impiegato in motivazione³³.

Con l'ulteriore deduzione, che se ne ricava, secondo cui, in ragione della *postulata natura derogatoria ed eccezionale* dell'art. 184-bis, **la prova** della sua applicazione nel caso concreto (*id est*: la dimostrazione della ricorrenza delle condizioni richieste per il sottoprodotto) dovrebbe essere fornita, in sede penale, *dal privato interessato anziché dalla Pubblica Accusa* (sul tema v. oltre), come torna a ripetere, secondo un orientamento giurisprudenziale formatosi sul precedente regime giuridico, la pronuncia in commento:

"... Occorre peraltro ricordare, a tale proposito, che, come più volte affermato da questa Corte, l'applicazione di **norme aventi natura eccezionale e derogatoria** rispetto alla **disciplina ordinaria** in tema di rifiuti, fa sì che l'**onere della prova** circa la sussistenza

³¹ Gli aggettivi usati nel testo sono esplicativi e/o sinonimi del termine "*complementare*" usato in sentenza, come si apprende dallo Zingarelli, 1998, Vocabolario della lingua italiana, pag. 198.

³² Sulle difficoltà e i ritardi nell'emersione della nozione di sottoprodotto, si rimanda alle dense pagine di D. Röttgen, in *Commento alla direttiva, cit. 2009*, pagg. 36/40 (a cura di) F. Giampietro.

³³ Che evoca il rapporto di presunta "**complementarità**".

delle condizioni di legge **debba essere assolto** da colui che ne richiede l'applicazione (v. ad es. Sez. 3 n. 16727, 29 aprile 2011... ecc.).³⁴

In conclusione, la disposizione relativa al sottoprodotto introduce, nel sistema della Parte Quarta del T.U., una disciplina *del tutto autonoma* che si *distingue e contrappone* a quella dei rifiuti, in termini di **alternatività**, in base ad una fonte primaria di pari grado (rispetto a quella sulla definizione di rifiuto), volta a configurare una **ipotesi di esclusione** dalla legislazione sui rifiuti. Non però secondo *i parametri giuridici* della "*complementarietà*", "*eccezionalità*" o "*derogabilità*" ma in forza del significato proprio della introdotta "nozione" che pertiene **ai prodotti** (e non ai rifiuti) nell'ambito del comune *genus*: "residui di produzione".

Tale ultima categoria giuridica risulta tanto più significativa e **prevalente** ove si consideri, sul piano sostanziale – relativo all'enorme estensione, in atto, del relativo mercato - la crescente rilevanza *quantitativa e di valore* commerciale dei sottoprodotti, rispetto al vetusto e superato approccio del "tutto rifiuto", in conformità ad un orientamento, soprattutto comunitario, nettamente orientato a valorizzare *la prevenzione verso la formazione del rifiuto* e, conseguentemente, *ad accrescere le tipologie dei residui produttivi* o delle *materie seconde*, in sostituzione delle risorse naturali, sempre più scarse³⁵ (con la conseguente necessità logica di optare per una interpretazione estensiva della nuova figura).

*** **

Quanto alla ulteriore considerazione (**sub 2**) - circa la configurazione, *in tempi recenti* - e cioè a partire dal 2006 - della nozione di sottoprodotto -³⁶ è appena il caso di ricordare che *solo formalmente* quest'ultima categoria ha avuto una sua espressa disciplina, "**... di recente**" (nel 2008, per il diritto comunitario e successivamente, nel diritto interno, nel 2006, con le modifiche del 2008 e 2010). Perché tanto la dottrina, con assoluta precedenza, che, a seguire, *la giurisprudenza* di merito e di legittimità, avevano

³⁴ V. retro, a parr. 2 e 2.1. per la esposizione delle ragioni prospettabili *in senso contrario*, con richiami di dottrina, in nota. La conferma della Corte (sul *onere della prova*) risente di risalenti interpretazioni *radicate su di una normativa* (preesistente) che non aveva ancora formalmente riconosciuto la categoria del "sottoprodotto" e che si fondava sul principio formulato dalla Corte di giustizia in base all'art. 1, lett. a), primo comma, della **direttiva 75/442**. Mi riferisco **alla sentenza 11 novembre 2004, Niselli** (sui rottami ferrosi) secondo cui: (punto 53) "...la nozione di rifiuto, ai sensi dell'art. 1, lett. a), primo comma, della direttiva 75/442 non deve essere interpretata nel senso che **essa escluderebbe l'insieme dei residui di produzione o di consumo** che possono essere o sono riutilizzati in un ciclo di produzione o di consumo, *vuoi in assenza di trattamento preventivo e senza arrecare danni all'ambiente, vuoi previo trattamento* ma senza che occorra tuttavia un'operazione di recupero, ai sensi dell'allegato II B di tale direttiva". Sull'avvenuto superamento di detta sentenza, a seguito dell'art. 5, della direttiva 2008/98/CE e sulla sostanziale incongruenza della sua motivazione, v. gli Autori citati a nota 29; il mio articolo richiamato a nota 28, e, più oltre, par. 4.2, in fondo.

³⁵ La più attenta dottrina, valorizzando *i profili economici e di mercato* connessi alla rilevanza quantitativa del fenomeno del sottoprodotto, ha dato il giusto rilievo alle (tardive) novità normative del 2008 – *ricognitive di una realtà industriale già consolidata* – con questa spiegazione, del tutto realistica e convincente: "... Sotto profili economici, **la problematica legata ai sottoprodotti** ha solo subito una maggiore attenzione a seguito dei processi di *ottimizzazione dei processi produttivi iniziati negli anni Ottanta*. In quegli anni, molti operatori economici, infatti, intenti ad ottimizzare i loro cicli di produzione – vuoi per una maggiore attenzione non solo per gli aspetti economici, ma anche per quelli ecologici – *hanno modificato i loro processi produttivi*. L'aumento del *prezzo delle materie prime* e, a volte, la loro *crescente scarsità* come anche *l'aumento dei costi* per la gestione dei rifiuti hanno indotto molti operatori economici a prevedere il **reimpiego di scarti** di produzione con ciò *non solo contenendo i costi di produzione* (acquisto materiale vergine), *ma anche i costi di gestione dei rifiuti da attività produttività produttiva*" (così **D. Röttgen**, op cit. 2009, pag. 38). Nello stesso senso gli Autori citati, retro, a note 12 (**M. Magri**), n. 13 (**A. Borzi**) e 20.

³⁶ Come si legge nel testo della decisione "... categoria *originariamente non contemplata dalla previgente disciplina sui rifiuti, .. è stata introdotta dal D.lgs. n. 152/2006*".

elaborato, nella prolungata vacanza del legislatore, detta "categoria" (peraltro ben nota nella prassi commerciale) sicuramente a partire dal DPR. n. 915/1982 (e successivamente nel d.lgs. n. 22/1997)³⁷.

³⁷ Per una panoramica delle problematiche insorte negli anni '80, che peraltro non si allontanavano di molto da quelle attuali... (pur in assenza di una normativa *ah hoc*, come l'art. 5, della direttiva cit.). cfr: **F. Giampietro e P. Giampietro**, *Lo smaltimento dei rifiuti – Commento al DPR. n. 915/1982*, Maggioli, Rimini, 1986, pagg. 23 e ss. ove si osservava (neanche troppo profeticamente..) che: "E' facile prevedere che non saranno pochi né semplici i problemi interpretativi diretti ad accertare se, in concreto.... certi sottoprodotti industriali possano essere considerati e disciplinati come "rifiuti" anche se suscettibili di essere utilizzati come materia prima nel ciclo produttivo di altro insediamento rispetto a quello che li produce". In detta occasione si citava, in favore del sottoprodotto, la legge Lombardia n. 94/1980 che definiva rifiuti speciali quelli derivanti da attività industriali o artigianali "... costituiti da materie prime non utilizzate, da residui di produzione o comunque da materiali non riassorbibili nel ciclo produttivo originario o in altre attività produttive". Da tale normativa regionale risultava già ben configurata e riconosciuta la nozione di "sottoprodotto" per quei materiali "utilizzati" o "riassorbiti" nel ciclo produttivo del produttore ("originario") o anche in diverse attività produttive di terzi...! (v. pagg. 24/25 e 311, per i residui derivanti "dalle lavorazioni del ferro, del legno, della gomma, ecc. nonché, più in generale, per le c.d. "materie seconde" (v. anche la Delibera ministeriale del 27 luglio 1984, entrata in vigore il 24 settembre successivo).

Sul piano tecnico, infine, si riteneva - sempre negli anni '80 - che "... generalmente, quando il trattamento di una sostanza serve ad evitare che essa cada come rifiuto, reintroducendola direttamente in un ciclo produttivo, essa non rientra nello smaltimento dei rifiuti" (così **M. Di Fidio**, *Disciplina dei rifiuti*, Milano, 1984, pag. pag. 27). Per la giurisprudenza, soprattutto di merito, cfr. **P. Giampietro**, *I Rifiuti nella giurisprudenza penale e amministrativa*, Maggioli, 1988, pagg. 111 e ss. (dove si esaminano casi concreti di accertato sottoprodotto con riferimento ad episodi di: accumulo di letame sul suolo, fanghi da vasche di decantazione, in attesa di riciclo; materiali ferrosi FIAT, rigenerazione di fusti vuoti; materiale edili; cernita e macinazione di materie plastiche, ecc. Sempre in regime di DPR. n. 915/1982, la Corte d'Appello di Perugia, con sentenza 4.7.1997, n. 311, affermava che: "la qualifica di rifiuto può essere negata solo ai residui o ai sottoprodotti che vengono utilizzati come materia prima in un distinto ciclo produttivo da parte dello stesso produttore o di terzi, senza alcuna trasformazione ai fini del loro riutilizzo...".

Più tardi, cfr. **G. Amendola**, in *Gestione dei rifiuti e normativa penale*, 2003, cit., a commento dell'art. 14, legge 178/2012 (sulla interpretazione autentica della nozione di rifiuto) annotava che: "... una interpretazione della nuova normativa più aderente possibile alla legislazione comunitaria e alla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia", consentiva di ammettere che "... non siano da considerare rifiuti solo quei residui di cui sia fornita dall'interessato la prova certa di un diretto, totale ed immediato reimpiego, senza necessità di alcun trattamento preventivo, ovvero con un trattamento preventivo minimo ma tale da non sfociare in nessuna delle operazioni classificate dall'allegato C, come recupero, e dell'allegato B), come smaltimento" (pag. 120). Ebbene, le ipotesi di cui all'art. 14, comma 2, lett. b), prevedevano che "il trattamento preventivo" dovesse essere minimo, per non ricadere nelle operazioni di recupero (vietate) di cui alla lett. c) del decreto legislativo n. 22.

Al presente, la sentenza n. 17453/2012 (oltre alla dottrina che la condivide), sembra rimasta ben salda (e ferma...) a questa interpretazione, ravvisando nella separazione (e cernita) un trattamento più spinto (e quindi inammissibile) di quelli (minimi) - ammessi anche, in precedenza, dalla dottrina citata - trascurando il fatto che l'art. 5 della nuova direttiva e l'art. 184-bis cit., non richiedono né l'inversione dell'onere della prova, che resta dunque a carico della Pubblica accusa; né il reimpiego diretto del materiale (potendo essere compiuto anche presso l'impresa terzi); né quello totale, in ordine alle quantità (che potrà essere parziale); né l'immediatezza dell'uso (potendo detto impiego necessitare di tempi tecnici che superano l'immediatezza e siano inevitabili); né la assenza totale di trattamenti (il c.d. "tal quale") o trattamenti definiti dalla giurisprudenza e dalla dottrina come "minimi".

Le due norme richiamate consentendo, invece, in base al nuovo parametro normativo, qualsiasi trattamento che non sia "... diverso dalla normale pratica industriale" (su cui v. par. 4 e 7).

Si consideri, infine, che la stessa Cassazione, a seguito del d.lgs. n. 4/2008, aveva ritenuto compatibili con la nozione di sottoprodotto le operazioni di cernita e/o selezione (e quindi di separazione), facendo rientrare, nella normale pratica industriale, anche la decantazione (chiarificazione di una sostanza liquida mediante separazione per sedimentazione: v. par. 3.2.) "... qualora non siano finalizzate a rendere successivamente utilizzabili la sostanza o il materiale nelle stesse condizioni di tutela ambientale" (v. Cass. pen. sez. 3, n. 41839/2008. Nello stesso senso: TAR Piemonte (Torino) 25 settembre 2009, n. 2292, con riferimento a "residui dalla lavorazione esclusivamente meccanica del legno" con cui si ottengono segature, tondelli, cortecce e cippato destinati ad un impianto di produzione di energia da biomasse vegetali e anche se il cippato "sia stato trattato con acque per estrarne il tannino, poiché l'acqua naturale non è un solvente e non può essere assimilata ad una sostanza chimica". Per ulteriore giurisprudenza, v. parr. 4.3 e ss.

Già, negli anni ottanta del secolo scorso, infatti, a fronte della **definizione di rifiuto**, ex art. 2, del primo D.P.R. 915/1982 (“*Per rifiuto si intende qualsiasi sostanza od oggetto derivante da attività umana o da cicli naturali, abbandonato o destinato all’abbandono*”) - era stato agevole **negare la ricorrenza di tale nozione** in tutti i casi in cui alcuni residui produttivi potevano essere re-immessi nel ciclo produttivo, *senza essere “abbandonati o destinati all’abbandono”* e senza subire “trattamenti” di recupero (si diceva, anche all’epoca, in quanto utilizzati “*tal quali*”).

Questi materiali (per es. quelli “quotati in borsa merci”³⁸), sotto altro verso, venivano tenuti ben distinti da quei “*prodotti risultanti dal trattamento dei rifiuti o dalla loro trasformazione, in relazione a specifiche utilizzazioni degli stessi*” (v. art. 4, comma 1, lett. d), del DPR. 915/1982): vale a dire dalle **materie prime secondarie** (*secondary raw material*).

*** **

Da ultimo, in ordine alle osservazioni **sub 3** – fondate sul “tenore letterale della norma” - la Corte rileva che “la sussistenza delle condizioni indicate debba essere *contestuale*” e che, “in mancanza anche di una sola di esse,” il “residuo *rimarrà soggetto* alle disposizioni dei “rifiuti”.

Non sembri una inutile sottigliezza evidenziare che l’**art. 5** della direttiva non parla di *contestualità* (delle condizioni) ma pone il solo obbligo che siano “**soddisfatte le seguenti condizioni**”. Analogamente l’art. 184-bis impone che “la sostanza o l’oggetto.... soddisfa **tutte le condizioni**”.

Il che significa, ovviamente, che la legge nazionale e dell’UE si limita a richiedere la “**concorrenza**” – fattuale e giuridica – delle quattro condizioni: non la loro “**contestualità**”, *in termini cronologici* (in questo caso si tratterebbe di condizione impossibile da assicurare tutte insieme).

E’ pacifico che la sostanza o l’oggetto, nella fase temporale in cui è “*originato da un processo di produzione*”, deve costituire “parte integrante” di esso; deve poter essere utilizzato con certezza (“**sarà** utilizzato” *nel futuro*: il che esclude la contestualità di questa condizione³⁹); nel corso dello stesso o “**successivo**” processo produttivo (anche in questa evenienza manca la contestualità, come sopra); “l’ulteriore utilizzo”, ovviamente in un *momento successivo*, è legale, ecc.

Neppure mi appare accettabile – nel rispetto del sistema normativo sopravvenuto e vigente (dal 2010 in poi) - la sottolineatura successiva della Corte, espressa in questi termini: “... in mancanza di una sola condizione, **il residuo rimarrà soggetto** alle disposizioni sui rifiuti”.

Questa formulazione, pur usata correntemente, presuppone, sul piano logico e sistematico, che il residuo da produzione-sottoprodotto **nasca** come “rifiuto” (o, secondo altra versione, *si presume, fino a prova contraria, tale*).

³⁸ Si veda il *Decreto Ministeriale del 5 settembre 1994*, Allegato 1, che conteneva una dettagliata elencazione di materiali “*che continuano ad essere esclusi*” dal regime dei rifiuti. Molte tipologie di queste sostanze erano qualificate espressamente, all’epoca, “**sottoprodotti**” e ricadevano nell’ambito di quelle stesse sostanze *del cui riconoscimento* - al presente... - *si sta discutendo* (per es. sottoprodotti alimentari, carta da macero, sottoprodotti della chimica, del cuoio, inerti, sottoprodotti del legno, della plastica, ecc.).

³⁹ Cfr. **P. Fimiani**, op. cit. pag. 153: “... il riutilizzo va comunque inteso in senso oggettivo *non temporale*”.

Da questa premessa teorica – a mio avviso approssimativa – se ne deduce che, se ricorrono le quattro condizioni di cui all'art. 184 bis – il residuo-sottoprodotto *fuoriesce dalla disciplina dei rifiuti*. Se invece, manca (o non è dimostrata dall'interessato) anche una sola delle quattro “condizioni” (si è visto non “contestuali” ma necessariamente “**concorrenti**”) allora il residuo produttivo “... **rimarrà soggetto** alle disposizioni dei rifiuti” (in una battuta il residuo resterebbe dove *già si trovava*: nell'ambito dei rifiuti).

La mia opinione – già espressa retro (peraltro ampiamente condivisa)⁴⁰ – si presenta diversa. Non posso non ribadire che, per definizione legale, il sottoprodotto è stato concepito dal legislatore comunitario, *fin dalla sua formazione*, come un “prodotto” (e non come rifiuto) e quindi **nasce** (*non diventa*) “prodotto”⁴¹.

Ove, in concreto, non ricorrano le quattro condizioni cit., **si escluderà tale categoria**. E poiché il “residuo produttivo” non può avere che due “uscite” (qualifiche) – sottoprodotto o rifiuto – ne deriva che, esclusa la prima alternativa, si imporrà giuridicamente la seconda: il residuo, nel caso, *nasce rifiuto* e non “sottoprodotto” (**che ritorna** ad essere rifiuto).

In conclusione, Il sottoprodotto, ex art. 184-bis, da come è stato espressamente configurato in sede normativa, dottrinale e giurisprudenziale, si configura nella sua **identità merceologica e giuridica** come “... un prodotto, un materiale, una materia prima”⁴² e, come tale, circola nel mercato dei prodotti e delle merci.

Fermo restando che, come qualsiasi altro **bene** (anche primario), può essere “disfatto” o abbandonato, per motivi contingenti, soggettivi o oggettivi (tecnologici, di produzione, di mercato ecc.) **e trasformato**, dalla volontà del detentore, in rifiuto (da recuperare o smaltire). Anche in questo caso non si dirà che il sottoprodotto “... *rimarrà soggetto alle disposizioni dei rifiuti*” ma, in quanto disfatto/abbandonato, **entrerà** nell'area della disciplina dei rifiuti (a partire e in ragione del suo essere disfatto).

Par. 3.2. I trattamenti non consentiti: “la separazione” come deroga all'obbligo di “utilizzo diretto” della sostanza.

Nella seconda parte della motivazione (**v. punto 7**), la Suprema Corte constata, in punto di fatto, che nella fattispecie decisa, mancavano **due condizioni** previste dalla legge:

a) l'indebito ricorso ad una operazione di “*trattamento*” *non consentito*, cioè l'attivazione di un processo di *separazione* delle singole componenti chimiche dei “fumi di ottone” (fra l'altro in fase sperimentale, con danni ai forni e condizioni di pericolo per gli operai) e dunque:

⁴⁰ Rileva, in proposito, **D. Röttgen**, op. cit. pag. 42, che, in sede di riforma della direttiva quadro sui rifiuti, fra i motivi principali dell'iniziativa, c'era quello di “di stabilire «quel che è rifiuto e quel *che non lo è*» non solo in relazione alla questione quando un rifiuto cessa di essere tale (*end-of-waste*) bensì anche in ordine al quesito: “*se uno oggetto o una sostanza sia o meno da ritenersi essere rifiuto*”. V. oggi **Cass. pen. sez. 3°, 26 giugno 2012, n. 25203**, secondo cui: “...sottoprodotto è ciò che non è mai stato rifiuto, costituendo invece materiale immediatamente utilizzabile...”, anche se (aggiungo) *dopo trattamenti* rientranti nella “normale pratica industriale”.

⁴¹ Tant'è che il **Comitato industria del Parlamento europeo** aveva proposto di limitarsi a inserire il sottoprodotto **fra le sostanze e gli oggetti esclusi** dalla direttiva rifiuti, senza definirli espressamente (come ricorda **D. Röttgen**, op. cit. 2009, pag. 43).

⁴² Per ripetere le parole della sentenza della CGCE, Palin Granit Oy, 2002 cit.

b) l'assenza dei "requisiti riguardanti la protezione della salute e dell'ambiente.

Sul punto la pronuncia appare logica e coerente rispetto *alla vicenda decisa*. Ma, sul terreno dei principi e della corretta applicazione della disciplina del sottoprodotto, resta ancora molto controversa l'affermazione secondo cui "*l'attività di separazione delle componenti chimiche dei fumi* (o delle polveri) per ricavarne "materiali non ferrosi" (ottone), costituirebbe un'**operazione di trattamento** (e quindi di recupero) non consentita (sul tema v. oltre).

Cimentandosi meritoriamente nel districare gli snodi più difficili implicati dalle **quattro condizioni** introdotte dall'art. 184-bis - *ancorché non fosse tenuto a farlo....* - una volta concluso nel senso del rigetto del ricorso perché "**la dimostrazione** della ricorrenza di tutte le condizioni... **non risulta essere stata fornita** dal ricorrente ai giudici di merito" – quel Collegio, con encomiabile impegno ermeneutico, evidenzia che:

1) non risulta dimostrato, *in primis*, che "le polveri fossero utilizzate direttamente da parte della società, che le acquistava, senza *ulteriore* trattamento *diverso* dalla normale pratica industriale". Tale utilizzo diretto era, peraltro, **da escludere**, secondo la Corte, perché "... i materiali erano sottoposti ad una specifica procedura finalizzata alla separazione delle singole componenti e tale trattamento **non poteva essere ricompreso** nella *normale pratica industriale*, consistendo, al contrario, ...in *una vera e propria attività di recupero dei rifiuti*".

Questa affermazione viene giuridicamente sorretta dalla successiva spiegazione secondo cui:

"... sebbene la delimitazione del concetto di "normale pratica industria/e" non sia agevolata dalla genericità della disposizione, *certamente deve escludersi che possa ricomprendere attività comportanti trasformazioni radicali* del materiale trattato che *ne stravolgano l'originaria natura*", con l'implicito sottinteso che la "**separazione**" delle singole componenti di un **materiale composto** (nel caso: polveri o fumi di fonderia) comporterebbe, *di per sé ed esso solo*, "trasformazioni radicali...".

Innanzitutto, *sul piano testuale*, appare propedeutico rilevare che la Corte esige un "**utilizzo diretto**" del sottoprodotto ("risulta evidente che i materiali acquisiti *non venivano utilizzati direttamente*... poiché erano sottoposti alla *separazione* delle singole componenti"). Ma, come appare pacifico, proprio in base al **dato testuale, la norma non richiede**, di per sé e necessariamente, tale utilizzo ("diretto") in quanto - ove non si voglia indebitamente dividere la proposizione unitaria della lett. c) del comma 1, dell'art. 184- bis - la "possibilità" di "utilizzo diretto.. senza alcun ulteriore trattamento" va letta (e interpretata) **congiuntamente** alla parte finale della intera ed unica frase **che prosegue**: " (senza alcun trattamento) diverso dalla normale pratica industriale".

La esegesi sintatticamente e logicamente corretta dell'*unitario periodo* impone, quindi, di prefigurare **due fattispecie**:

a) la prima, di un utilizzo *diretto* della sostanza o dell'oggetto, senza alcun trattamento ("tal quale");

- b) la seconda, altrettanto legittima, perché prevista e consentita, di un utilizzo (sempre ritenuto, *ex lege*) *diretto* anche se connotato da un “ulteriore **trattamento**”, **purché rientrante** nella (non sia “diverso” dalla) “*normale pratica industriale*”⁴³.

Non assume, quindi, pregio giuridico l’affermazione secondo cui:

1) l’ utilizzo del sottoprodotto *deve essere* - sempre e comunque - “*diretto*”;

2) con la conseguente deduzione che *la separazione* di una o più componenti di un residuo produttivo-sottoprodotto (che può presentarsi come “composto”), per ottenerne un bene o prodotto, *si configura* giuridicamente quale *trattamento-operazione di “recupero”* non consentita;

3) né che tale intervento (di “separazione”), per *definizione o aprioristicamente* “.. *non poteva ritenersi compreso* nella normale pratica industriale” ove il Collegio **non argomenti, preventivamente**, sul contenuto della formula: “*normale pratica industriale*” (cioè, sul piano esegetico, ne determini il suo ambito semantico e il conseguente divieto);

⁴³ Come si legge nell’art. 5, della direttiva e nell’art. 184-bis cit. A commento della decisione, **V. Paone**, in “*Sottoprodotti: una parola chiara*” cit. - sulla premessa che bisogna guardare alla norma comunitaria per verificare la *fondatezza della norma interna* - **rileva** che “... la direttiva non detta nulla di specifico sulle “**trasformazioni preliminari**”. Ma questo non vuol dire: a) che è **totalmente decaduto il precedente vincolo** di utilizzazione “*tal quale*”, perché questa conclusione: b) confliggerebbe con la giurisprudenza della C.G.C.E. la quale impone, con riferimento al sottoprodotto, che il suo impiego avvenga “*tal quale*”. Lo stesso A. aggiunge che, nella direttiva, si parla: c) di un “**utilizzo**” **che avvenga** **direttamente**”, cioè senza trattamenti preventivi, anche se specifica come: d) “...è ammesso **un solo trattamento** che deve per l’appunto corrispondere “alla **normale** pratica industriale” e sono perciò vietate: e) *altre trasformazioni* delle sostanze precedenti al suo impiego nel nuovo processo industriale..”. Argomenta, infine, che la tesi contraria (dei trattamenti ammissibili che violerebbe la regola dell’utilizzo *tal quale*) determinerebbe: f) “... un cambiamento di rotta così **rivoluzionario** su un requisito” (utilizzo *tal quale* del sottoprodotto) “da sempre ritenuto imprescindibile, che avrebbe dovuto essere preceduto da una adeguata elaborazione sul punto del tutto assente”.

Salvo quanto si dirà oltre, e più estesamente, sui temi elencati, qui basti anticipare, **sub a)**, che è giuridicamente superato il precedente vincolo dell’utilizzo **tal quale**, nella sua assolutezza, nel momento in cui la norma lo prevede come **eventuale**, ammettendo sempre *la possibilità dei trattamenti non diversi* dalla **n. p. i.**; **sub b)**, il conflitto con la precedente giurisprudenza, per un verso, non ricorre in modo rigido, in quanto essa **ammetteva** alcuni trattamenti che non incidono sull’identità del sottoprodotto (v. oltre parr. 4., 4.1., 4.3., 6) e, per altro verso, seppure detto divieto fosse esistito, secondo gli orientamenti della C.G.C.E., **esso sarebbe stato definitivamente superato dal diritto positivo vigente** (l’art. 5 della direttiva cit.) come finisce con l’ammettere detto Autore nelle affermazioni **sub d)**. Da ultimo, il divieto **sub e)**, non è giustificato dalla lettera della norma comunitaria perché “l’*ulteriore* trattamento ammesso” **dalla lett. b)** del comma 1, dell’art. 5, **non è stato** – espressamente e testualmente - **riservato** (o ristretto) al produttore del residuo-sottoprodotto ma genericamente consentito. E, dunque, sia in favore del **produttore** originario che dell’**utilizzatore o dell’intermediario** (in tal senso si è dichiarata univocamente la Commissione CE, nel 2007 e 2012: v. oltre par. 6), ovvero da tutti e tre.

L’espressione italiana “*ulteriore trattamento*” non significa “**un solo** trattamento” (**sub d** ed **e**), perché essa, di per sé (cioè nel suo tenore testuale), è comprensiva di un trattamento che può consistere in **una o più operazioni** - uguali o diverse - purché rientrino nella **n. p. i.** (come d’altronde viene espresso dalla generica formulazione inglese: “**further processing** other than normal industrial practice”).

Il “cambiamento di rotta” temuto, **sub f)**, **c’è stato** e non sembra così “*rivoluzionario*” (si vedano i primi riconoscimenti giurisprudenziali della nozione di “sottoprodotto” risalenti **al D.P.R. n. 915/1982**, in nota 37, di par. 3.1.) Esso, piuttosto, ci appare come una *tardiva e faticosa* presa d’atto di una realtà industriale e commerciale diffusa negli Stati europei, a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, che è stata preceduta da “... *una adeguata elaborazione sul punto*” assai vivace e convincente.

4) né, infine, appare sufficiente osservare che “...*certamente deve escludersi che [la normale pratica industriale] possa ricomprendere attività comportanti trasformazioni radicali del materiale trattato che ne stravolgano l'originaria natura*”, perché questa conclusione risulta legittima (e non *tautologica*) solo ove si sia identificato, preliminarmente, il significato e la portata della c.d. “**normale pratica industriale**”;

5) mentre la formula delle “*attività comportanti trasformazioni radicali del materiale trattato che ne stravolgano l'originaria natura*” (riferito, nel caso, alle operazioni di... “**separazione**”) appare, per un verso, nel contesto motivazionale di cui ai punti precedenti, aprioristica⁴⁴ e, per altro verso, desunta *dalla giurisprudenza passata* (anteriore alla approvazione dell'art. 5 e dell'art. 184-bis direttiva) che, come è noto, distingueva, per l'appunto, *i trattamenti minimi* dalle **trasformazioni preliminari o “radicali”** (le quali, per definizione, incidono, stravolgendola, sulla “l'originaria natura della sostanza”).

Comunque, anche tale ultima conclusione non può convincere ove non si chiarisca, come *antecedente logico-giuridico*, in **quale rapporto** si pongono le “trasformazioni preliminari o radicali” **rispetto** ai trattamenti consentiti dalla “normale pratica industriale” (si vedrà come - se tali trattamenti sono quelli stessi che l'impresa pratica sulla **materia prima**, sostituita dal sottoprodotto – essi possono risultare anche “radicali”: v. par.8-8.2.).

3.3. Quando il trattamento rientra nella “normale pratica industriale”.

Dopo le premesse di principio (ma aprioristiche) sopra riportate, il Collegio avverte la necessità di definire, in modo più stringente, la nozione di “trattamento” per poi, coerentemente, verificare, “... quando detto trattamento *possa ritenersi rientrante* nella normale pratica industriale”.

Nel compiere la ricostruzione del **primo termine** della frase (il trattamento), la S.C. ritiene più sicuro *affidarsi ad una soluzione già pronta, offerta* da autorevole dottrina, di cui accoglie le premesse logiche e le relative conclusioni, fondando la sua risposta sui seguenti presupposti:

- a) la “definizione del concetto di “trattamento”” è “ricavabile dal D.lgs. n. 36 del 2003, **art. 2, comma 1, lett. h)**: “Attuazione della direttiva 1999/31/CE relativa alle

⁴⁴ Così, anche, **L. Muratori**, op cit. pag. 609/610, che, in relazione all'ordine argomentativo della sentenza, in esame, rileva, in sintesi che: “Per arrivare a tali conclusioni, che di fatto *sembrano preclusive nei confronti di aperture significative per l'ambito di operatività* della nozione di sottoprodotto, la Corte non si perita di ricorrere a qualche forzatura concettuale, per altro pleonastica ai fini della sentenza sul ricorso proposto al suo scrutinio e a qualche affermazione apodittica, che costituisce il punto di partenza della successiva dissertazione, si direbbe, sviluppata più per rendere noto il proprio orientamento contrario ad un'**accezione estensiva** delle condizioni di ammissibilità dei sottoprodotti *che per motivare i termini* della sentenza pronunciata”. Analogamente, cfr. **S. Maglia** op. cit. pag. 12, il quale rileva che le formulazioni della motivazione sono “eccessivamente generiche” e “... rischiano di fornire un'*interpretazione estremamente fuorviante*” che si allontana dalla portata normativa ed innovativa delle nuove disposizioni sul sottoprodotto. Da ultimo, ponendosi questo interrogativo: “E dove sta scritto che gli interventi **normalmente necessari nella normale pratica industriale** per trasformare uno scarto di cui nessuno si disfi in un altro prodotto (sottoprodotto) non possano consistere in **trasformazioni radicali** che ne **stravolgono l'originaria natura**?”. V. retro, n. 29 e, avanti, n. 53.

Nello stesso senso, cfr. **S. Rosolen**, op. cit., pag 97, che conclude la sua nota con la constatazione che: “Nell'offrire il proprio contributo interpretativo alla nozione di «*normale pratica industriale*», la III sezione penale della *Cassazione* si è limitata sostanzialmente a un richiamo generale ai principi vigenti in materia di tutela dell'ambiente, cui si ispira la disciplina in tema di rifiuti, senza, tuttavia, **contestare le argomentazioni** che porterebbero a un'interpretazione **più estensiva** della nozione di cui all'art. 184bis, D.lgs. n. 152/2006, come, ad esempio, le considerazioni della *Commissione europea* contenute nella comunicazione 21 febbraio 2007 o quelle della Corte di Giustizia, contenute nella sentenza 18 dicembre 2008”.

discariche di rifiuti" la quale testualmente "... si riferisce ai **processi fisici, termici, chimici o biologici**". Tale disposto, si sottolinea, include anche le operazioni di cernita, "che modificano *le caratteristiche* dei rifiuti, allo scopo di *ridurne il volume o la natura pericolosa*, di *facilitarne il trasporto*, di *agevolare il recupero o di favorirne lo smaltimento in condizioni di sicurezza*";⁴⁵

- b) **la cernita**, secondo la decisione, in esame, "... comporta un *mutamento strutturale* e delle *componenti chimico-fisiche* della sostanza trattata";
- c) se la "cernita" ha la portata indicata sub b), non si può eludere logicamente "... **la conseguenza che, anche operazioni di minor impatto sul residuo**, che altra dottrina definisce "minimali"⁴⁶, individuabili in operazioni quali la cernita, la vagliatura, la frantumazione o la macinazione, *ne determinano una modificazione dell'originaria consistenza*, rientrando in tale concetto" (di "trattamento" vietato).

Passando al *secondo termine* della proposizione ("...occorre verificare quando detto trattamento possa ritenersi rientrante nella *normale pratica industriale*), una volta acquisita una nozione amplissima – e oggettivamente severa e penalizzante - di "trattamento" *escluso* (comprensivo anche della **cernita**), la decisione opta per una **concetto ristretto** di "pratica industriale" (di cui, peraltro, non fornisce valide ragioni giustificative):

- a) escludendo, in negativo, "... tutti gli interventi manipolativi del residuo **diversi da quelli ordinariamente effettuati** nel processo produttivo nel quale esso" (residuo) "viene utilizzato";
- b) indicando, in positivo, tali interventi "ordinari" che consisterebbero, sempre secondo una lettura "... suggerita *dalla dottrina*, in quelle operazioni che l'impresa normalmente effettua **sulla materia prima** che il sottoprodotto va a sostituire". Quest'ultima delimitazione ("materia prima") viene *teleologicamente giustificata* perché "... sembra maggiormente rispondente ai criteri generali di tutela dell'ambiente *cui si ispira la disciplina in tema di rifiuti*", di contro a "... pur autorevoli opinioni che, ampliando eccessivamente il concetto, *rendono molto più incerta la delimitazione* dell'ambito di operatività della disposizione e *più alto il rischio di una pratica applicazione* che ne snaturi, di fatto, le finalità...".

Sulla base dei criteri normativi sopra indicati – avverte la Corte - il giudizio finale sulla ricorrenza dei trattamenti rientranti nella n.p.i., non potrà, in ogni caso, "... prescindere da un *puntuale accertamento in fatto da parte del giudice del merito*, su tutti gli aspetti significativi della vicenda processuale...".

⁴⁵ Questa tesi è stata rilanciata, da ultimo, da **V. Paone**, *I sottoprodotti e la normale pratica industriale cit.*, esaminato, retro, a par. 2.1. nel passaggio in cui prospetta, contro altre tesi più comprensive : " Anche perché, *quanto a dati normativi, si potrebbe fare leva, in senso contrario a quanto sopra indicato, sull'art. 2, comma 1, lett. h), D.lgs. n. 36/2003* (recepimento della direttiva **sulle discariche** del 26 aprile 1999, n. 31) che descrive **il trattamento** in questi termini: «i processi fisici, termici, chimici o biologici, incluse le operazioni **di cernita**, che *modificano le caratteristiche dei rifiuti*, allo scopo di *ridurne il volume o la natura pericolosa*, di *facilitarne il trasporto*, di *agevolare il recupero o di favorirne lo smaltimento in condizioni di sicurezza*».

⁴⁶ Sulla aggettivazione di *minimali o minime*, come contrapposte a *operazioni di recupero complete o trattamento recuperatorio*, mi permetto di richiamare le mie note *I nuovi criteri di individuazione del sottoprodotto cit.* e "*Quando un residuo produttivo va qualificato sottoprodotto*" cit. Anche **G. Amendola**, in *Gestione dei rifiuti e normativa penale, 2003, cit.* parla di "un trattamento preventivo **minimo** ma tale da non sfociare in una operazione classificate dall'Allegato C) come "**recupero**", pag. 120.

Per completezza, merita aggiungere che, nel caso deciso, oltre alla mancanza delle condizioni indicate sopra, la sentenza mette in evidenza ulteriori ragioni di infondatezza del ricorso (v. par. 9)⁴⁷.

4. Nostra opinione sull'utilizzo diretto, senza ulteriore trattamento: la separazione, la cernita, la triturazione, la miscelazione, ecc.

Appurato che la Corte **esclude**, dalla nozione di "*utilizzo diretto*", l'attività 'di "**separazione**" (o cernita: v. retro), in quanto definita vera e propria operazione di "**trattamento**" (*recuperatorio*) ovviamente non consentito (con riferimento ai sottoprodotti) - in adesione ad una lettura della dottrina che perviene a tale conclusione invocando, a proprio sostegno, la previsione dell'art. 2, comma 1, lett. h) del **d.lgs. n. 36/2003** (di attuazione della direttiva 1999/31/CE **relativa alle discariche di rifiuti**) – non si può non manifestare il proprio dissenso, per una pluralità convergente e dirimente di ragioni, di *metodo e di merito*.

1. Risulta, infatti, *metodologicamente inadeguato*, oltre che fuorviante, ricercare il significato *vero o appropriato* di una espressione o di un termine (come il "trattamento ulteriore") utilizzato dal legislatore nell'art. 12, del d. lgs. n. 205 del 2010 (introduttivo dell'art. 184-bis, comma 1. lett. c)) - per definire *gli elementi costitutivi e le condizioni* di una **nuova** categoria giuridica (di "**sottoprodotto**") - nella disciplina attuativa di una direttiva CE del...1999 (la n. 31), afferente la tutt'*affatto diversa materia* della gestione delle **discariche di rifiuti**....

Sarebbe troppo facile obiettare, a tale proposta esegetica, anche a fronte della autorevolezza di chi la ri-propone⁴⁸, **la non pertinenza** della fonte:

⁴⁷ Quali: 1) il fatto che le operazioni di trattamento, cui venivano sottoposti i fumi, *erano state interrotte* per i danni che avevano provocato sugli impianti e per il pericolo che comportavano per la salute dei lavoratori (oltre alla certificata pericolosità del residuo);

2) la natura di rifiuto dei materiali utilizzati risultava ulteriormente comprovata *dalla formale qualificazione datane nella documentazione* esaminata dai giudici del merito;

3) dalla evidente intenzione *di disfarsi delle polveri* manifestata *da coloro che le hanno cedute* e dalla irrilevanza del fatto che, per le stesse, sia stato corrisposto un corrispettivo, essendo stato più volte evidenziato, dalla giurisprudenza comunitaria, che il fatto che una sostanza o un oggetto siano suscettibili di riutilizzo economico non esclude necessariamente la loro natura di rifiuto (cfr, ad es. Corte Giustizia 28 marzo 1990, 25 giugno 1997).

4) la circostanza che la parte abbia inteso richiedere, per lo svolgimento della sua attività, *l'autorizzazione che non sarebbe stata necessaria* se le operazioni in precedenza descritte avessero riguardato materiali non rientranti nel novero dei rifiuti.

⁴⁸ In commento alla decisione **V. Paone**, in *Sottoprodotti: una parola chiara cit.*, rileva, a sostegno della opzione interpretativa sul richiamo alla *normativa sulle discariche*, che, seppure il *trattamento* andrebbe riferito **solo all'area del rifiuto**, è stato il legislatore comunitario a utilizzare **lo stesso termine** "trattamento" sia parlando del rifiuto che del sottoprodotto (art. 5). Ne desume che, se fossero "aree oggettivamente distinte, non si sarebbe dovuto impiegare lo stesso termine".

La spiegazione non regge. Non solo perché, sul piano lessicale, come rileva lo stesso Autore, tale **identità terminologica** non compare nella versione *inglese e spagnola* della direttiva; ma anche in quanto non risulta coerente con la **netta distinzione**, voluta dal legislatore, fra le due nozioni (sottoprodotto e rifiuto), che esclude qualsiasi soluzione che possa far pensare (sempre secondo **V. Paone**) "... **ad un nucleo essenziale comune** alla due norme: in entrambi i casi, infatti, il "trattamento" corrisponde, in sostanza, ad una trasformazione/modificazione del residuo". Come si è accennato e si dirà più ampiamente avanti, il termine "trattamento" assume - per i sottoprodotti - un significato **di specie, connotato dalla sua riconducibilità (o meno) alla "normale pratica industriale"** (in tal senso v. **G. Amendola** cit. a nota 105).

- a) per la assoluta *diversità/incompatibilità* del comparto normativo di pertinenza;
- b) per le finalità, affatto distinte, delle due discipline.

Per il primo profilo, sub a), rilevo che:

- il d.lgs. n. 36 ha come oggetto esclusivo una tipica *modalità di smaltimento dei rifiuti* (la discarica);
- l'art. 12, del d.lgs. 205/2010 configura invece, *ex novo*, l'ampia categoria giuridica dei *sottoprodotti*, nella ricorrenza di determinate condizioni (in attuazione ovviamente di una *diversa* e successiva direttiva: la 2008/98 CE).

Quanto alle distinte *finalità* perseguite dalle due fonti, sub b), non c'è chi non veda:

- che le “**definizioni**” (art. 2) del decreto legislativo n. 36/2003, sono **delimitate e funzionali**:

a) alla materia regolata: le discariche: v. comma 1, dell'**art. 2** (“Ai fini del presente decreto, si intende per “trattamento” (lett. h)) e:

b) agli scopi/finalità perseguiti, espressamente riportati nel suo **art. 1** (“ Per conseguire le finalità di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, il presente decreto stabilisce requisiti operativi e tecnici per i rifiuti e le discariche, misure, procedure e orientamenti tesi a prevenire o a ridurre il più possibile le *ripercussioni negative sull'ambiente*, in particolare *l'inquinamento delle acque superficiali, delle acque sotterranee, del suolo e dell'atmosfera, e sull'ambiente globale*, compreso l'effetto serra, nonché **i rischi per la salute umana risultanti dalle discariche di rifiuti**, durante l'intero ciclo di vita della discarica”;

- che, allo stesso fine, si prevedono *criteri e procedure di ammissione* dei rifiuti in discarica, *preventivi trattamenti, caratterizzazioni, autorizzazioni*, ecc. per evitare “ripercussioni negative sull'ambiente e rischi per la salute umana”;

- che, in conclusione, considerando la particolarità delle sostanze disciplinate (confinamento finale dei **rifiuti** anche pericolosi nella matrice ambientale), **la nozione di “trattamento”** - adottata nella lett. h, del comma 1, **dell'art. 2** - non poteva che essere accentuatamente **rigorosa e pervasiva**, come risulta dal suo specifico tenore:

“trattamento”: i processi fisici, termici, chimici o biologici, *incluse le operazioni di cernita*, che modificano le caratteristiche dei rifiuti allo scopo” (cioè con la finalità propria: n.d.s.) “... di ridurre il volume o la natura pericolosa, di facilitarne il trasporto, di agevolare il recupero o di favorirne lo smaltimento in condizioni di sicurezza”;⁴⁹

⁴⁹ La improponibilità del criterio suggerito in sentenza è apparsa così manifesta che tutti gli annotatori richiamati (v. note 29 e 44), con l'eccezione di chi l'ha proposta, sono unanimi nel confutarla con toni variamente modulati fra cui, mi limito a richiamare **A. Muratori**, op. cit. pag. 610, che, amabilmente, sottolinea come: “... Dopo l'enunciazione, in termini apodittici, di tale assunto, senz'altro coerente con la previgente nozione di sottoprodotto, *ma non facilmente conciliabile con la lettera della norma oggi vigente*, e per di più *in contrasto con l'interpretazione sostenuta, in ordine alla coerenza [con la normale pratica industriale] dei trattamenti effettuati sui residui* (di un diverso processo), *qualora analoghi a quelli condotti sulle materie prime del processo produttivo di destinazione del residuo*, **viene proposta una definizione di trattamento** che la Corte trae tuttavia **da una fonte impropria** - a sommosso parere di chi scrive, commettendo, in questo caso, addirittura, un errore blu - **cioè dal D.lgs. n. 36/2003** sulle discariche di rifiuti.”

2. Le riflessioni che precedono, inducono a concludere che la nozione di “trattamento” (e quella specifica di “*separazione*”) doveva e deve **essere ricercata** – non già nel sotto-sistema della disciplina delle discariche - ma, quantomeno, in quella *generale delle definizioni del T.U.A. del 2006* e s.m.i. e, più specificamente, **nell’art. 184-bis**, in ragione della sua diretta pertinenza.

In tale più corretto approccio, appare poco comprensibile come, in una pronuncia dell’*aprile - maggio 2012*, si ricerchi una definizione di “trattamento”:

- 1) desumendola da una fonte normativa **settoriale sui rifiuti**;
- 2) connessa ad una normativa quadro rappresentata dal d.lgs. 22/97 (decreto Ronchi, adottato in *attuazione di direttive da tempo abrogate: la n. 91/156 CEE e la n. 91/689/CE*), anziché rivolgersi:
- 3) alle **nuove definizioni e classificazioni** prefigurate dalla direttiva 2008/98 CE, *fortemente innovative*, come trasposte nel d.lgs. n. 152/2006.

E’ ben vero, infatti, che nella *prima definizione* di “recupero”, accolta dall’art. 183, comma 1, lett. h), fra le operazioni di *trattamento*, era ricompresa “**la cernita e la selezione**”⁵⁰ ma - ferma restando l’obiezione di fondo, già sollevata, che trattasi pur sempre di disciplina *inconferente perché relativa alla gestione dei rifiuti* (e non alla norma, di specie, pertinente il “sottoprodotto”) ⁵¹ - non poteva sfuggire al Collegio che tale qualifica di “operazione di recupero” è stata **abrogata** dai “correttivi” successivi” del T.U., già a partire dalla versione dell’art. 183, comma 1, *lett. h*, ad opera del secondo correttivo n. 4/2008 (dove ci si richiama al solo Allegato C, senza far più menzione della “*cernita e separazione*”) e dell’art. **183, comma 1, lett. t**), introdotto, *ex novo*, dal d. lgs. n. 205/2010.

In quest’ultimo disposto la definizione di recupero⁵², per un verso, non contempla le operazioni di “**separazione e cernita**” e, per altro verso, manifesta, in modo evidentissimo in relazione *al suo contenuto*, la palese “inconferenza” di ogni tentativo interpretativo volto a ricercare, *nella disciplina dei rifiuti*, una nozione di “*trattamento*” che possa essere estesa, in qualche modo...(ma quale?), alla nozione di “*trattamento diverso dalla normale pratica industriale*” (formulazione del tutto *diversa ed autonoma coniata, appositamente*, per la nuova fattispecie di “sottoprodotto”, pur nella sua, equivoca... **identità semantica**).

Ciò perché, il “**trattamento**” del rifiuto, tramite operazioni di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per riutilizzo, *trasforma il rifiuto in prodotto*; mentre il **trattamento** del sottoprodotto ha tutt’**altra finalità** (v. oltre) perché *cade* su “una sostanza od oggetto” che ha già, fin dall’origine, **i requisiti del prodotto**.

⁵⁰ La lett. h) della prima versione del d.lgs. n. 152 dettava: “le operazioni che utilizzano rifiuti per generare materie prime secondarie, combustibili o prodotti, *attraverso trattamenti meccanici, termici, chimici o biologici*, **incluse la cernita o la selezione**, e, in particolare, le operazioni previste nell’Allegato C alla parte quarta del presente decreto”.

⁵¹ Come appena rilevato.

⁵² L’art. 183, comma 1, lett. t) detta: “recupero”: qualsiasi operazione il cui principale risultato sia di **permettere ai rifiuti** di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione **o di prepararli ad assolvere tale funzione**, all’interno dell’impianto o nell’economia in generale. L’allegato C della parte IV del presente decreto riporta un elenco non esaustivo di operazioni di recupero”.

In una battuta, la individuazione del significato del termine “trattamento”, ai fini dell’art. 184-bis, va ricercata nell’area (tecnica e normativa) della produzione dei beni (nel cui genere rientra il sottoprodotto) non in quella del recupero dei rifiuti.⁵³

3. Da ultimo, merita sottolineare che – anche a volere restare all’interno della logica e del lessico seguiti dalla S.C. (per quanto esposto sopra, inaccettabili) – va rilevato che, nello stato attuale della normativa, le attività di **separazione e cernita** non sono qualificate come “*interventi di recupero*” dei rifiuti, ma quali trattamenti “**preliminari**” al recupero (vero e proprio) e, per ciò stesso, **inidonei a trasformare il rifiuto in prodotto** (ex art. 184-ter: E.O.W.) o in materia prima secondaria.

A. In tema, si segnala, con riferimento al diritto positivo vigente, la *Nota introdotta a commento della lettera R12* dell’Allegato C, sulle “Operazioni di recupero” secondo cui

⁵³ Come acutamente prospettato da **A. Muratori**, op. cit., pag. 610: “(la S.C.), nell’ansia di far valere un’accezione totalizzante del concetto di **trattamento**, finisce **col perdere di vista che** sarebbe stata, caso mai, da *declinare la nozione di trattamento* (delle *materie prime*) nei **processi di produzione dei beni**, che **nulla ha a che fare** con i trattamenti da effettuare **sui rifiuti** destinati al deposito in discarica”. In tema, le tesi sostenute da **V. Paone** sono state esaminate criticamente, retro, a **par. 2.1**. In argomento, **D. Röttgen** in “*Commento alla direttiva 2008/98 CE*”, op. cit., pagg. 51 e ss., osserva che, proprio per temperare la condizione dell’utilizzo del sottoprodotto “direttamente”, “... sono state inserite le parole “trattamento non diverso della normale pratica industriale”, con la conseguenza che **non è stato** “.. **escluso** qualsiasi ulteriore trattamento...”. Lo stesso Autore formula un’importante rilievo logico (attinente il processo produttivo) e cronologico (relativa agli interventi consentiti), distinguendo **a)** i “trattamenti del processo produttivo” che generano il bene (o prodotto primario) e *il residuo-sottoprodotto (praticabili senza alcun limite)* e **b)** i “trattamenti non diversi dalla n.p.i.”.

In altri termini, il “processo di produzione, da cui scaturisce il sottoprodotto”, è dunque *quello “a monte”* non quello a valle, relativo al “riutilizzo” per cui è vietato “ogni ulteriore trattamento” diverso dalle n.p.i. Sicché, ogni trattamento è consentito, anche il più “invasivo”, nell’ambito del processo produttivo, **sub a)** (pag. 53).

Si formulano poi due ipotesi: 1) se, conclusi i trattamenti del processo produttivo, il “residuo” non richiede più, in fase di utilizzazione, alcun trattamento diverso dalle n.p.i., *si potrà ritenere soddisfatto la condizione sub b)*, del comma 1, dell’art. 5 cit.”. Se, invece, il trattamento si verificherà, *dopo il processo produttivo* (cioè dopo il suo termine) e **non “costituisca n.p.i.**, questa condizione non potrà dirsi soddisfatta”.

In linea di principio il sottoprodotto dovrà comunque possedere le caratteristiche merceologiche che ne rendono certo l’utilizzo all’esito del processo di produzione. In linea con l’opinione della Commissione CE cit., **D. Röttgen** ritiene che, per la elevata “specializzazione dei processi industriali...”, alcuni trattamenti...saranno effettuati **dagli utilizzatori...**” (e non solo dai produttori). Non è da escludere, comunque, “a priori e automaticamente che un trattamento di n.p.i. possa consistere nell’effettuazione di un’operazione di recupero menzionata dall’All. II” (secondo quanto anticipato dalla sentenza Niselli cit., punto 27). Secondo detto A. la nozione di n.p.i. ha carattere **dinamico** (tenendo conto del processo tecnologico), **mutevole** (secondo il settore industriale coinvolto), e può essere effettuato, in modo **decentrato** dall’utilizzatore (per la “specializzazione dei settori produttivi”). Essa può essere intesa, come “ipotesi di lavoro di massima, facendo riferimento ai trattamenti cui è sottoposta anche **la materia prima** in funzione del processo produttivo seguito per la realizzazione di un determinato prodotto” (pag. 52). Mentre, *in senso negativo*, si esclude un trattamento volto alla “*eliminazione di sostanze pericolose o inquinanti*” o di vero e proprio “*recupero menzionato nell’allegato II* della nuova direttiva”.

Nello stesso senso **A. Farì**, *La nuova disciplina del rifiuto*, cit. 2011, pag. 47 e ss., ribadisce che risulta superato o abrogato **il principio della legislazione precedente** secondo cui il sottoprodotto “*deve essere per forza utilizzato tal quale*” (pag. 48). Nella nota 24, del testo cit., lo stesso Autore, aderendo alle tesi di **D. Röttgen** cit., riporta, a titolo esemplificativo, **dei trattamenti ammessi** sul sottoprodotto come quelli di “**refrigerazione**, di **trasformazione delle sostanze** tramite “**frantumazione**” (per ridurre il sottoprodotto alle dimensioni richieste), “**migliorie brevettali**” che solo *l’utilizzatore* e non il produttore conosce...”. Si conferma, infine, la tesi di **D. Röttgen** sugli “ulteriori trattamenti” che non riguardano ovviamente *l’originario processo produttivo* da cui scaturisce il sottoprodotto (ove ogni trattamento è consentito anche il più invasivo).

detta voce, "... in mancanza di un altro codice R appropriato, **può** comprendere *le operazioni preliminari precedenti al recupero*".⁵⁴

In dette operazioni preliminari viene "... *incluso il **pretrattamento** come, tra l'altro, la **cernita**, la frammentazione, la compattazione, la pellettizzazione, l'essiccazione, la triturazione, il condizionamento, il ricondizionamento, la **separazione**, il raggruppamento prima di una delle operazioni indicate da R 1 a R 11*".

Il che significa che la *separazione e la cernita*, proprio perché **non incidono sull'identità** del rifiuto - cioè, per esprimerci con la Corte di Cassazione cit., "*non comportano trasformazioni radicali del materiale trattato che ne stravolgono l'originaria natura*" - non sono ancora *attività di recupero, vero e proprio*, ma attività "**preliminari**" al medesimo, tanto se eseguite sul residuo-rifiuto che sul residuo-**sottoprodotto**, per le stesse ragioni logiche e tecniche relative alla (permanenza della) **identità** della sostanza, in ragione della tipologia del trattamento. In definitiva, a seguito dei menzionati trattamenti preliminari, il residuo-**rifiuto** *resta tale* così come il residuo-**sottoprodotto**, il quale conserva dunque *le sue caratteristiche originarie di prodotto* salvo a vedersene potenziate e/o adattate al successivo impiego.

B. Che questo sia il convincimento, *consolidatosi nel tempo*, anche della **Commissione U.E.** risulta dimostrato da alcuni rilevanti documenti come, ad esempio, la **Nota del 2 dicembre 1997** con cui detta Commissione - a commento del "progetto di norme tecniche italiane sul recupero" inviatogli dai dicasteri dell'Ambiente, Sanità e Politiche agricole (e notificatole l'8 agosto 1997: progetto che si sarebbe tradotto poi nel D.M. 5.2.1998 sul recupero agevolato) - rilevava, fra l'altro che: "... *le attività di recupero dei rifiuti elencate nel progetto italiano di decreto (sul recupero agevolato) **includono attività che**, secondo la Commissione, **non possono essere considerate come attività di recupero.***"

Si trattava, per l'appunto, di "...Operazioni quali *selezione, separazione, compattamento, cernita, vagliatura, frantumazione, macinazione ecc.* che sono fasi indispensabili di un processo di recupero **ma non sono sufficienti, per sé**, per essere **qualificate** come operazioni di recupero...".

Come dire, mi permetto di aggiungere (facendo ricorso al linguaggio usato per i rifiuti), che ci troviamo di fronte, in queste specifiche operazioni - autonomamente considerate - a trattamenti "**preliminari**" o "**minimali, eventualmente** propedeutici ad operazioni di recupero, **ma che non producono ancora** (perché sono di per sé inidonee) **gli effetti** sostanziali propri delle "operazioni di recupero (ove l'intervento sul rifiuto si limiti ad esse)"⁵⁵.

⁵⁴ Dette operazioni preliminari sono considerate, in sentenza, come "trattamenti" non consentiti di recupero (delle polveri o fumi di fonderia). Detta "**Nota**" - si ripete - è collocata nell'*Allegato II* ("Operazioni di recupero") della Direttiva 2008/98 CE, sub lettera **R12**, con la finalità *di definire "le operazioni preliminari precedenti il recupero, incluso il **pretrattamento**"* e comprende, fra l'altro, "la cernita e la separazione" (v. oltre nel testo).

⁵⁵ Né tale conclusione può essere inficiata rilevando che l'art.183, comma 1, lett. q) del T.U. considera "operazioni di recupero" anche trattamenti minimali quali "*la preparazione per il recupero*" perché questa peculiare attività di recupero (al fine del riutilizzo) non è comunque riferibile, né in via estensiva né per analogia, **al sottoprodotto** in quanto diretta espressamente ed esclusivamente ai rifiuti (il previsto controllo, pulizia, smontaggio, riparazione riguardano, per legge, "*prodotti o componenti di prodotti diventati rifiuti...*"). In conclusione, anche tale disposizione non è riferibile alla *preparazione del sottoprodotto* per escludere i trattamenti minimali.

C. Queste conclusioni trovano, sotto altro profilo, un loro originario fondamento e giustificazione nella **giurisprudenza** della Corte di Giustizia dell'U.E. che ha introdotto, da oltre dieci anni, una netta differenza fra **pretrattamenti** (o trattamenti preliminari o minimali) e **trattamenti di recupero**, vero e proprio, specificamente in ragione di *distinti e ben evidenziati* effetti sull'identità del rifiuto (distinzioni concettuali accolte dalla Commissione CE nella Comunicazione del 2007, cit., come si dirà oltre).

In questa sede sarà sufficiente ricordare due decisioni fondamentali che costituiscono la "pietra angolare" della successiva giurisprudenza.

La sentenza della CGCE **15 giugno 2000, ARCO Chemie Nederland Ltd.**, punti 93/96, nella quale sono lucidamente contrapposte le due tipologie di operazioni, in questi termini:

(**punto 93**) " I governi che hanno presentato osservazioni nonché la Commissione ritengono sostanzialmente che il fatto che i rifiuti di cui trattasi nella causa principale *siano stati oggetto di prelievi operazioni di cernita e di trasformazione in trucioli non sia sufficiente per far loro perdere la caratteristica di rifiuti*. Siffatte operazioni non costituirebbero un'operazione di recupero ai sensi dell'allegato II B della direttiva **bensì un semplice trattamento preliminare** dei rifiuti. Una sostanza **perderebbe le caratteristiche di rifiuto** unicamente se sia stata oggetto di **un'operazione di recupero completo**, ai sensi dell'allegato II B della direttiva, cioè se possa essere trattata nello stesso modo di una materia prima ovvero, come nel caso di specie, se il potenziale materiale o energetico del rifiuto è stato utilizzato nella combustione"⁵⁶.

La Corte europea accoglie la rilevante distinzione proposta dalle parti – fra *trattamento preliminare e recupero completo*, proprio con riferimento ai distinti effetti che detti trattamenti provocano sul rifiuto - anche se aggiunge, nei punti successivi della motivazione (riportati in **nota 56**), delle specificazioni che non contraddicono la "distinzione" operata, ma la completano *in termini sistematici, peraltro del tutto evidenti e scolastici*.

Nella pronuncia si aggiungono, infatti - in ordine alle nozioni "di **recupero completo**" e "**trattamento preliminare**" – delle riflessioni ovvie, secondo cui:

a) anche la "materia prima secondaria" ottenuta dal **recupero completo** può trasformarsi in rifiuto.... *ove venga disfatta o abbandonata ...*" (ma su questa conclusione nessuno poteva nutrire dubbi: pure un orologio Rolex, se abbandonato/disfatto, diviene sicuramente un rifiuto (quanto a punto 94 della motivazione);

⁵⁶ La sentenza prosegue in questi termini: (punto 94): "A questo proposito va rilevato anzitutto che, anche se un rifiuto è stato oggetto di un'operazione di **ricupero completo** la quale comporti che *la sostanza di cui trattasi ha acquisito le stesse proprietà e caratteristiche di una materia prima*, cionondimeno tale sostanza può essere considerata un rifiuto se, conformemente alla definizione di cui all'art. 1, lett. a) della direttiva, *il detentore della sostanza se ne disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsene*".

(punto 95) "Il fatto che la sostanza sia **il risultato di un'operazione di recupero completo** ai sensi dell'allegato II B della direttiva *costituisce solamente uno degli elementi che vanno presi in considerazione per stabilire se si tratti di un rifiuto*, ma non consente di per sé di trarne una conclusione definitiva.

"punto 96. Se **un'operazione di recupero completo** non priva necessariamente un oggetto della qualifica di rifiuto, **ciò vale a maggior ragione per una semplice operazione di cernita o di trattamento preliminare** di tali oggetti, come la trasformazione in trucioli di residui di legno impregnati di sostanze tossiche ovvero la riduzione dei trucioli in polvere di legno, che non depurando il legno delle sostanze tossiche che lo impregnano non ha l'effetto di trasformare i detti oggetti in un prodotto analogo ad una materia prima, con le medesime caratteristiche e utilizzabile nelle stesse condizioni di tutela ambientale."

b) quest'ultima conclusione vale ovviamente, e maggior ragione “per i trattamenti preliminari” (punto 96). Altra affermazione evidente: perché quanto si può predicare per una nozione più ampia (operazioni di recupero: *maius*) può essere esteso, a maggior ragione, per una operazioni più ridotta (trattamenti preliminari: *minus*).

Resta, dunque, il fatto - *utile ai fini del presente discorso* – che il Giudice comunitario **accoglie e fa sua la contrapposizione fra “trattamenti”** che non incidono sull'identità del rifiuto e quelli che **trasformano invece il rifiuto** in materia prima secondaria (operazioni di recupero *vere e proprie o completo*). Con la conferma che i **trattamenti preliminari** non incidono sulla identità del rifiuto e che quanto ottenuto dal recupero completo può essere trasformato in rifiuto.

Questa *distinzione*, nell'ambito dei trattamenti: *preliminari o recuperatori* (e il *relativo lessico*) sarà tenuta ferma sia dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale sia dalla dottrina successiva, anche se la formula “*trattamenti di recupero o operazioni di recupero completo*” riceverà qualche anno dopo, una variante terminologica nella espressione – a significato equivalente - di “**trasformazioni preliminari**” (“*further processing*”).

Si consideri, in proposito, la altrettanto fondamentale sentenza della **CGCE del 18 aprile 2002, Palin Granit Oy** che, formulando, *ante litteram* (cioè prima della direttiva del 2008) una possibile nozione di “sottoprodotto” (già nota alle prassi mercantili e ai giuristi del secolo scorso, come ricordato a par. 3.1.) ha cura di evidenziare che: “... un bene, un materiale o una materia prima che deriva da un processo di fabbricazione o di estrazione che non è principalmente destinato a produrlo può costituire *non tanto un residuo*, quanto **un sottoprodotto**, del quale l'impresa non ha intenzione di «*disfarsi*» ai sensi dell'art. 1, lett. a), comma 1, della direttiva 75/442, ma che essa intende sfruttare o commercializzare a condizioni per lei favorevoli, **in un processo successivo, senza operare trasformazioni preliminari.**”⁵⁷

⁵⁷ I passaggi salienti della decisione sono di questo tenore: “ 34. A tale interpretazione potrebbe essere opposto l'argomento che un bene, un materiale o una materia prima che deriva da un processo di fabbricazione o di estrazione che non è principalmente destinato a produrlo *può costituire non tanto un residuo, quanto un sottoprodotto, del quale l'impresa non ha intenzione di «disfarsi»* ai sensi dell'art. 1, lett. a), comma 1, della direttiva 75/442, **ma che essa intende sfruttare o commercializzare a condizioni per lei favorevoli, in un processo successivo, senza operare trasformazioni preliminari.**

35. Un'analisi del genere non contrasterebbe con le finalità della direttiva 75/442. In effetti non vi è alcuna giustificazione per assoggettare alle disposizioni di quest'ultima, che sono destinate a prevedere lo smaltimento o il recupero dei rifiuti, **beni, materiali o materie prime che dal punto di vista economico hanno valore di prodotti, indipendentemente da qualsiasi trasformazione, e che, in quanto tali, sono soggetti alla normativa applicabile a tali prodotti.**”

36. Tuttavia, tenuto conto dell'obbligo, ricordato al punto 23 della presente sentenza, di interpretare in maniera estensiva la nozione di rifiuto, per limitare gli inconvenienti o i danni dovuti alla loro natura, *occorre circoscrivere tale argomentazione, relativa ai sottoprodotti, alle situazioni in cui il riutilizzo di un bene, di un materiale o di una materia prima non sia solo eventuale, ma certo, senza trasformazione preliminare, e nel corso del processo di produzione.*

37 Appare quindi evidente che, oltre al criterio derivante dalla natura o meno di residuo di produzione di una sostanza, *il grado di probabilità di riutilizzo di tale sostanza, senza operazioni di trasformazione preliminare*, costituisce un secondo criterio utile ai fini di valutare se essa sia o meno un rifiuto ai sensi della direttiva 75/442. Se, oltre alla mera possibilità di riutilizzare la sostanza, il detentore **consegue un vantaggio economico nel farlo, la probabilità di tale riutilizzo è alta. In un'ipotesi del genere la sostanza in questione non può più essere considerata un ingombro di cui il detentore cerchi di «disfarsi», bensì un autentico prodotto.**”

Sembra inutile rimarcare che, nel passaggio della motivazione appena riprodotto, si confermano alcuni **principi-cardine** della..... "dogmatica" del rifiuto:

- 1) la dipendenza del concetto di rifiuto dalla attività di "**disfarsi**";
- 2) la rilevanza **prevalente della volontà** del detentore (nella scelta dell'alternativa: residuo - rifiuto o residuo – sottoprodotto);
- 3) l'assenza di **trasformazioni preliminari** (*alias*: operazioni di *recupero completo* distinte logicamente, giuridicamente e fisicamente dai *trattamenti preliminari o liminali*, non recuperatori);
- 4) il legislatore dell'U.E., nella nuova nozione di "sottoprodotto" (art. 5) **sottintende e fa propria la necessità** di "circoscrivere l'argomentazione relativa ai sottoprodotti", **limitando** tale categoria alle "situazioni in cui il riutilizzo di un *bene, di un materiale o di una materia prima* non sia solo *eventuale, ma certo, senza trasformazione preliminare, e nel corso del processo di produzione*" (per ripetere le parole tratte dalla sentenza *Palin Granit cit.*), dettando "**le condizioni**" specifiche e tassative di cui alle lettere **a/d**) della norma richiamata che sanciscono e identificano questa "delimitazione" (con più di una variante rispetto al suggerimento del giudice comunitario).

La **coesistenza** di due disposizioni (**art. 3, par.1, p. 1**, sulla definizione di rifiuto e l'**art. 5**, sul sottoprodotto, della direttiva 2008/98) *di natura primaria e di pari grado* (equi-ordinate) e la finalità di *potenziare i sottoprodotti*, riducendo, conseguentemente e contestualmente, la produzione di rifiuti⁵⁸, modifica sostanzialmente e programmaticamente la passata generica esigenza, *precauzionale e preventiva*, di "interpretazione estensiva della nozione di rifiuto" (necessitata, un tempo, *dalla mancanza di una normativa apposita su tale categoria*) e impone di allargare gli spazi **per sempre nuove tipologie di sottoprodotti** verso cui spinge espressamente la più recente politica ambientale europea.⁵⁹

⁵⁸ Codificata con il principio di **prevenzione**, nell'ambito della c.d. **gerarchia** dei rifiuti, ex art. 4, della direttiva cit.

⁵⁹ Si vedano gli Autori richiamati, retro, a par. 2 e a nota 12 e i rilievi critici alle soluzioni indicate da **V. Paone** a **par. 2.1**. Da ultimo, v. **G. Gavagnin**, *La "normale pratica industriale" nell'interpretazione della Cassazione: chiarezza non ancora fatta*, in *Riv. Giur. dell'Ambiente*, n. 6/2012, pag. 746 e ss., a commento della decisione n. 17453/2012, la quale osserva, in premessa "... La *ratio* sottesa alla Direttiva 98/2008/ce è la creazione di una "*gerarchia dei rifiuti*" che mira alla **prevenzione dei rifiuti**, nel senso che deve essere considerata **come una violazione della Direttiva** la qualificazione di una sostanza od oggetto **come rifiuto, laddove questa, invece, rifiuto non è**. E' evidente che la direzione intrapresa dalla Comunità Europea da tempo è nel senso della *massima "conservazione" e del "recupero" dei beni e delle sostanze*, intesi anche come 'ricircolo' interno delle risorse materiali e finanziarie: l'inutile **appesantimento burocratico** della gestione di un *asserito rifiuto che non sia tale determina un aggravio nella filiera di utilizzo del bene o sostanza sotto il profilo economico, temporale, amministrativo, con ripercussioni negative sull'economia globale*".

"La **definizione di rifiuto**, secondo la prospettiva europea, si potrebbe (provocatoriamente) **definire 'residuale'** (più che '**complementare**') rispetto ai concetti di "residui di produzione" (sottoprodotti) e "residui di consumo" (ex materia prima secondaria – end of waste) che costituiscono il vero ambito di applicazione e di indagine nelle filiere di produzione e utilizzo dei beni e delle sostanze nella moderna società dei commerci." Nello stesso senso, v. **D. Röttgen**, op. ult. 2009, cit., pag. 55, secondo cui "... l'art. 5 della direttiva è espressione viva dell'*intenzione di ridurre la generazione di rifiuti*. Una corretta delimitazione e applicazione della definizione di rifiuto è anche dettata dalla *necessità di rispettare la così detta "gerarchia dei rifiuti"*. V., retro, note 12, 29, 44, 53 59.

D. Ebbene, dal contesto normativo, appena tratteggiato, può ricavarsi una **ulteriore conclusione** – che ho avuto modo di formulare in una precedente occasione⁶⁰ – e cioè che: come i “trattamenti preliminari” (o minimali) **non incidono** sulla **identità** merceologica - ambientale del **residuo-rifiuto** (che, anche a seguito della loro esecuzione, resta nella sua *identità giuridica*, di “rifiuto”). Allo stesso modo (in termini di effetti naturali) e per le stesse ragioni, i medesimi “trattamenti preliminari” (quali: *selezione, separazione, compattamento, cernita, vagliatura, frantumazione, macinazione ecc.*) **non cadono né mutano la identità** del **residuo-sottoprodotto** (cioè non causano tali effetti, così come non causavano effetti recuperatori sul rifiuto) **e pertanto non trasformano il sottoprodotto in rifiuto**, come affermato dalla decisione n. 17453/2012.

Essi assolvono, invece, una *finalità specifica*, connessa **alla successiva utilizzazione del sottoprodotto** disciplinata dalla legge (comunitaria e nazionale) con la formula, alquanto criptica, della “normale pratica industriale” (v. oltre par. 8/8.2)⁶¹.

4.1. I criteri-guida della Commissione CE sui “trattamenti” del sottoprodotto - in favore degli Stati e degli operatori - per “facilitare la comprensione e l’applicazione della direttiva rifiuti”.

L’ampia ed articolata esperienza normativa e giurisprudenziale in tema di “rifiuti e sottoprodotti”, di matrice europea e nazionale, di cui si è fatto cenno più sopra, appare ben *conosciuta* dalla **Commissione UE** che, il **21 febbraio 2007**, ha avvertito la necessità/opportunità di redigere la nota “Comunicazione interpretativa sui rifiuti e i sottoprodotti”⁶² (*affatto trascurata nella decisione in esame*) che merita riprendere, in questa sede, proprio con riferimento “*ai trattamenti*” esplicitamente previsti dall’art. 5 cit.

⁶⁰ Nella nota titolata “*Quando un residuo produttivo va qualificato sottoprodotto e non rifiuto secondo l’art. 5 della direttiva 2008/98 CE*”, pubblicato, l’8 novembre 2010, in **Lexambiente.it**, a cura di **L. Ramacci**, cit.

⁶¹ Nella ricerca indicata a nota precedente, rilevavo che: “... i trattamenti di recupero:

a) incidono sull’identità del rifiuto, in quanto comportano, per effetto della loro esecuzione, che il rifiuto “*acquisti le stesse caratteristiche e proprietà di una materia prima*” (che ovviamente esso non possedeva in precedenza);

b) i trattamenti preliminari, invece, non rivestono tale efficacia **modificativa poiché** non trasformano la sostanza del residuo produttivo o la sua identità (il residuo pertanto non perde i suoi requisiti merceologici e di qualità ambientale **che già possedeva**, prima del trattamento).

Se ne (poteva e) può desumere, ai nostri fini, che:

1) se un residuo produttivo, per essere utilizzato, deve assoggettarsi a operazioni di “recupero completo” (definite dalla successiva giurisprudenza anche come “*trasformazioni preliminari*”, ma tale formula risulta equivoca tanto da essere abbandonata dalla direttiva 2008/98 CE, che si esprime, peraltro, in termini ancora molto vaghi, di “**ulteriori trattamenti**”), come definite, sopra, **sub a)**, va qualificato un rifiuto (da recuperare o smaltire);

2) se, invece, il residuo può essere utilizzato **tal quale**, o con **trattamenti minimi**, che **non** incidono sull’identità della “sostanza od oggetto”, secondo l’ipotesi **sub b)**, esso deve qualificarsi **sottoprodotto**, in quanto già possiede proprietà e caratteristiche sostanzialmente assimilabili o equipollenti a quelle di una materia prima, sin dal momento della sua venuta ad esistenza. Ma quali sono questi **trattamenti minimali**? Sono, a mio avviso, **quegli stessi** che, secondo il pensiero della Corte di giustizia cit., non risultavano **idonei a modificare l’identità** tanto del **residuo-rifiuto** (il quale, per ciò stesso, non mutava la sua definizione di rifiuto) **ed, oggi, del residuo “sottoprodotto”** (che conserva la sua identità).

Il criterio logico-giuridico resta il medesimo anche se, nel caso dell’art. 5 della direttiva, viene riferito **ad un residuo che già possiede** le caratteristiche merceologiche e ambientali del prodotto: ci riferiamo dunque ai trattamenti minimali indicati (anche dalla Commissione CE) come, per es. *la cernita, la selezione, la vagliatura, l’essiccazione, raffinazione, ecc.* (che ricadono – per quanto esposto - nella “**normale pratica industriale**”).

⁶² Di cui sono riportati, a stralcio, alcuni contenuti, a seguire, nel testo.

La Commissione dà atto che, per le difficoltà della contrapposizione fra rifiuti e m.p.s. o sottoprodotti, gli Stati membri possono essere **in disaccordo** sul tema perché, nella legislazione comunitaria in materia di rifiuti, non esisteva, all'epoca, una definizione giuridica dei concetti di "sottoprodotto" e "materia prima secondaria".

Allo scopo, pertanto, di *rafforzare* la certezza del diritto; *facilitare la comprensione e l'applicazione* della definizione di rifiuto; **contribuire ad armonizzare** l'interpretazione della legislazione in materia di rifiuti nell'Unione europea; "fornire alle autorità competenti alcuni orientamenti che permettano loro di stabilire, caso per caso, se determinati materiali costituiscono rifiuti o meno"⁶³ nonché "... **informare gli operatori economici** sul modo in cui tali decisioni sono adottate", detto Organo di governo comunitario **finisce con l'adottare le sue** (autorevolissime) **definizioni**, anche se in termini di "comunicazione interpretativa" e non di "interpretazione giuridica" ufficiale⁶⁴.

Mi limiterò, in proposito, a richiamare i seguenti "convincimenti", rintracciabili nella "Comunicazione" - definiti, più semplicemente, "**linee guida**" (v. par. 2.2.1), anche se – vale sottolinearlo – radicati sulle decisioni più innovative della C.G.C.E.:

a) si ratifica, in modo chiaro, che *dallo stesso processo produttivo* si possono ottenere "uno o più prodotti primari" e che "**il sottoprodotto** è un residuo di produzione che non costituisce rifiuto".

Merita rilevare, sempre ai fini di evidenziare la fallacia della tesi del "*tutto rifiuto*" su cui si à ancora - senza fondamento normativo - l'argomento logico relativo alla c.d. *presunzione della natura di "rifiuto"* del "residuo produttivo" (salvo prova contraria, a carico dell'interessato), che la Commissione, nella **definizione di residuo produttivo**, indica come del tutto eventuale – e non generale e/o presuntiva - la ipotesi del "rifiuto" ("il residuo produttivo può costituire un rifiuto"); mentre per il sottoprodotto, si conferma il principio che esso *nasce tale si dall'origine, e non deriva da rifiuto*. Esso è un residuo produttivo "che non costituisce rifiuto"⁶⁵.

La **eventualità** che il residuo produttivo, a seconda dei casi, *possa o non possa* essere qualificato **rifiuto**, per la Commissione europea, porta a dubitare, *logicamente e giuridicamente, di qualsiasi presunzione preventiva*, del tipo indicato, che dovrebbe necessariamente postulare un presupposto di assoluta generalità o comunque *prevalenza del rifiuto sul sottoprodotto* (questa **eventualità** – e non presunzione *relativa* del *residuo-rifiuto* - viene espressa, altrettanto nettamente, nella versione inglese: "**Production**

⁶³ Per es. **per prevenire le situazioni di disaccordo** sulle nozioni giuridiche in discussione.

⁶⁴ Tale distinzione, frutto di una doverosa cautela, non può far velo al dato oggettivo in forza del quale detto Organismo perviene alle rilevanti conclusioni che si indicano, più avanti, non in linea puramente teorica, ma sulla scorta di **una esegesi attenta** e largamente condivisibile, della **giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia** CE...(quella stessa giurisprudenza interpretata da *Paone e Amendola*, opp. cit., per sostenere tesi più restrittive e del tutto contrarie all'approccio della Commissione UE del 2007 e 2012!)

⁶⁵ Questo il passo con finalità definitorie:"

- "**prodotto**: ogni materiale che si ottiene deliberatamente nell'ambito di un processo di produzione. In molti casi è possibile individuare uno (o più) **prodotti "primari"**, ovvero il materiale principale prodotto";
- "**residuo di produzione**: materiale che non è ottenuto deliberatamente nell'ambito di un processo di produzione ma che **può costituire un rifiuto**";
- "**sottoprodotto**: un residuo di produzione che **non costituisce un rifiuto**" (v. Introduzione, pag. 4 dello stampato).

residue – a material that is not deliberately produced in a production process but may or may not be a waste. **By-product** – a production residue that is not a waste”).

b) a fronte della genericità delle disposizioni normative, resta fondamentale, per la definizione di rifiuto, **la volontà del produttore/detentore** espressa nell'attività di **“disfarsi”** della sostanza: “... La definizione di rifiuto contenuta nella direttiva 2006/12/CE si riferisce all'allegato 1 della stessa e all'elenco europeo dei rifiuti, stabilito dalla decisione 2000/532/CE⁶⁶. Pur tuttavia, essendo *queste fonti indicative*, la definizione **si articola fundamentalmente intorno alla nozione di “disfarsi...”** (dunque sulla *volontà* del detentore);

c) si prende atto e si avalla, dal noto caso del **“letame spagnolo”**, *la scelta della C.G.C.E.* secondo cui il riutilizzo del sottoprodotto *può avvenire anche al di fuori del processo produttivo che lo ha generato* e, dunque, **in un diverso processo produttivo, presso terzi**: “... il letame non è da considerarsi rifiuto se utilizzato come fertilizzante nell'ambito di una pratica legale di spargimento su terreni ben individuati **indipendentemente dal fatto che i terreni siano situati all'interno o al di fuori dell'azienda** in cui è stato prodotto l'effluente”;

d) si riconosce la possibilità di **intervenire** sul sottoprodotto, prima che sia utilizzato, con trattamenti minimi – che formano parte integrante del processo di produzione cui possono partecipare anche gli utilizzatori successivi o le aziende intermediarie - *purché non rientrino in una vera e propria “operazione di recupero”⁶⁷*;

⁶⁶ Modificata dalla decisione 2001/573/CE del Consiglio (GU L 203 del 28.7.2001, pag. 18).

⁶⁷ Si consideri il seguente passo:” La catena del valore di un sottoprodotto prevede spesso una serie di operazioni necessarie per poter rendere **il materiale** riutilizzabile: **dopo la produzione**, esso può essere lavato, seccato, raffinato o omogeneizzato, lo si può dotare di caratteristiche particolari o aggiungervi altre sostanze necessarie al riutilizzo, può essere oggetto di controlli di qualità ecc. Alcune operazioni sono condotte **nel luogo di produzione del fabbricante, altre presso l'utilizzatore successivo, altre ancora sono effettuate da intermediari**. Nella misura in cui tali operazioni sono parte integrante del processo di produzione, non impediscono che il materiale sia considerato **un sottoprodotto**”.

Sulla **condizione** (e nozione) di **“parte integrante del processo produttivo”**, si rimanda agli approfondimenti di **D. Röttgen**, op. ut. cit., 2009, pagg. 53/59, il quale, pur ritenendo che, sul piano testuale, tale condizione vada riferita al *processo produttivo “a monte”*, osserva che in realtà essa dovrebbe *rivolgersi all'attività di trattamento realizzata in sede di utilizzazione* (a valle: v. pag. 55). Tanto più che se la sostanza o l'oggetto fosse prodotta come *parte integrante* del processo produttivo, non si sarebbe in presenza di un *sottoprodotto* “bensì di un autentico **prodotto** .. fabbricato in quanto tale.. per usare le parole della Corte di Giustizia” (pag. 54). Le conclusioni cui perviene, in modo documentato, l'A. sono nel senso che detta formula sia un “dinosauro giuridico” - oltre che una specificazione superflua e superata dalla normativa sopravvenuta - che consente, non vietandolo espressamente, che l'utilizzo sia effettuato **da una impresa terza** (cioè in un *processo produttivo diverso da quello che lo ha generato*). Peraltro, la Commissione, nella Comunicazione cit., parla di trattamenti ulteriori (non nel corso o all'interno del processo di produzione ma) **“nel luogo”** di produzione oltre che **“presso l'utilizzatore finale”**.

Si legge, ancora, nella *Comunicazione cit.* che: “... se un materiale necessita di un'operazione di recupero per poter essere riutilizzato, anche quando una tale utilizzazione è certa, esso va considerato rifiuto fino al completamento dell'operazione (Avesta Polarit)”.

“Se il materiale, per essere ulteriormente trasformato, *viene spostato dal luogo o dallo stabilimento* in cui è stato prodotto, è *verosimile ritenere* che le operazioni necessarie alla sua trasformazione non facciano più parte dello stesso processo di produzione. *Pur tuttavia, in presenza di processi industriali sempre più specializzati, questo elemento da solo non basta a costituire una prova. Gli utilizzatori successivi e le aziende intermediarie possono partecipare alla preparazione del materiale per il suo riutilizzo, svolgendo il tipo di operazioni descritte*” (sopra).

e) si forniscono specifici esempi di “non rifiuti” **da considerare “sottoprodotti” o materie prime** con riferimento:

- alle “**scorie di altoforno**” (“Le scorie di altoforno possono essere utilizzate direttamente al termine del processo di produzione, senza doverle sottoporre ad alcuna trasformazione che non⁶⁸ sia parte integrante del processo di produzione in corso (ad esempio, la *frantumazione*, per ridurle alle dimensioni richieste. Nella versione inglese: “ **without further processing** (“operazioni di recupero”) *that is not an integral part of this production process such as crushing* (“frantumazione”) to get the appropriate particle size”). “ Si può quindi ritenere che la definizione di rifiuto non si applica a questo materiale”;

- ai **sottoprodotti dell'industria agroalimentare** “utilizzati massicciamente, come **materie prime**, per produrre mangimi direttamente dagli agricoltori” o da terzi “ fabbricanti di alimenti composti per animali”.

Dette materie prime derivano da numerosi processi di produzione: dello zucchero, amido, malto ecc. , “sono prodotti *deliberatamente* nell'ambito di processi di produzione *adattati a tal fine*” ovvero “soddisfano tutti i criteri cumulativi definiti dalla Corte”, fra cui “non necessitano di **trasformazioni preliminari**”;

- ai “**sottoprodotti della combustione**: “gli impianti di desolforazione di fumi eliminano lo zolfo dai fumi generati dall'impiego di combustibili fossili solforosi nelle centrali elettriche, per (ridurre) l'inquinamento dell'aria e le piogge acide. Il materiale che ne deriva, **gesso da impianti di desolforazione di fumi (FGD)**, trova le stesse applicazioni del *gesso naturale* e in particolare viene utilizzato nella produzione di pannelli”.

Con riferimento poi alle “materie prime”, merita porre in evidenza il pensiero della Commissione sulla:

- **carta da macero**, date certe condizioni (per quanto attiene al settore industriale della carta, cartoni e pasta per carta);
- “ **trucioli, cascami, segatura di legno non trattato**⁶⁹.

Si osserva, in proposito, che tali scarti:

“... sono prodotti nelle segherie o nell'ambito di operazioni secondarie, come la fabbricazione di mobili o pallet e il confezionamento, contemporaneamente al prodotto principale, ovvero il legno lavorato. Questi **elementi sono poi impiegati come materie prime** per la produzione di pannelli in legno, come quelli in truciolato, o nella fabbricazione della carta. Il loro utilizzo **è certo**, rientra **nel processo di produzione**” (nel senso allargato di cui ai parr. 3.3.2 e 3.3.3, cioè “**da parte degli utilizzatori successivi e dalle aziende intermedie...**”) e **non necessita di trasformazione previa**, se non quella necessaria a ridurre tali materiali alle dimensioni richieste per poterli integrare nel prodotto finale” (trattamenti minimali che non costituiscono, per la stessa Commissione, “operazioni di recupero completo”: v. retro e avanti)

Di grande interesse anche le valutazioni della Commissione UE relative **ai residui e ai materiali difettosi**, espresse in questi termini:

⁶⁸ Nella versione italiana della Comunicazione è stato omissso un “non”, come si desume dal tenore della frase e dalla versione inglese, riportata oltre, nel testo.

⁶⁹ Ma, si insiste, altrettanto si potrebbe ripetere, con il dovuto adeguamento, per il macero e il rottame ferroso.

“... Di norma, i residui provenienti da un processo di produzione principale, o i materiali che **presentano solo difetti superficiali** ma la cui composizione è identica a quella del prodotto principale, come:

- **le miscele di gomma o i composti per vulcanizzazione, trucioli e pezzetti di sughero, scarti di plastica e altre** materie simili, possono essere considerati sottoprodotti.

“Affinché sia così devono potere essere riutilizzati *direttamente nel processo di produzione principale o in altre produzioni che siano parte integrante di tale processo e per le quali il loro utilizzo sia altrettanto certo*”.

“Si può ritenere che anche questo tipo di materiali non rientra nella definizione di rifiuto. Laddove questi materiali richiedano un'operazione completa di riciclaggio o di recupero, o se contengono sostanze inquinanti che occorre eliminare prima di poterli riutilizzare o trasformare, essi devono essere considerati rifiuti *fino al completamento dell'operazione di riciclaggio o di recupero*”.

Da questi approfondimenti della Commissione – fondati, si ripete, *sulle motivazioni della complessiva giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cui compete istituzionalmente l'esatta interpretazione delle fonti normativa comunitarie, ex art. 220 e ss, del Trattato U.E. - si desumono *principi fondanti* della categoria giuridica del “sottoprodotto”, quali:

a) la distinzione decisiva fra “riutilizzo con **trasformazioni minime** “ (further uses with *little or no further processing*) ammesse sui sottoprodotti (*By-Products*) e “materiali che richiedono una **operazione completa di riciclaggio e di recupero**” (“.. a *full recycling or recovery operation*”).

Questa contrapposizione viene evocata dalla Commissione (perché fondata e/o desunta dal diritto positivo e dalla giurisprudenza), nella sua portata lessicale *distintiva* e, soprattutto, per *la rilevanza giuridica della contrapposizione logico-giuridica* che su di essa si fonda (sottoprodotto/rifiuto; trattamenti ammessi/vietati);

b) la distinzione non ha più valore (ed è quindi esclusa) in tutti i casi in cui “.. i *materiali contengano sostanze inquinanti che occorre eliminare* prima di poterli utilizzare o trasformare”. In questo caso *i trattamenti non sono mai, per definizione, minimali o minimi* (“*little or non futher pocessing*”) ma costituiscono “**operazioni di recupero o di riciclaggio su rifiuti**” (v. All. I p. 4, in fondo, relativo “Agli scarti ed altri materiali analoghi”, nella versione inglese: “Where materials of this kind **require a full recycling or recovery operations**; prima ipotesi) **or contains contaminations that need to be removed before it can be further used or processed, this would indicate that the material is a waste until the recycling o recovery operation is completed**”);

c) l'ottenimento del sottoprodotto non è (per lo più) originariamente **programmato o voluto** e, comunque, non costituisce lo “scopo primario” del **processo produttivo** anche se quest'ultimo **potrà essere adattato** appositamente (consapevolmente) *per conferire al sottoprodotto certe caratteristiche o proprietà che altrimenti non avrebbe*.

Tanto si desume dal fatto che le sue connotazioni *merceologiche e tecniche* sono spesso il frutto di una “scelta tecnica” (“*technical choice*”) operata “all'inizio del processo di produzione” (“*at the start of the production process*”) che determina, per l'appunto, **il tipo di sottoprodotto** da produrre” (“*that determines the type of..Sub-product*”.: vedi

Allegato I, Punto 1 della “Comunicazione” del 2007, nella versione inglese [pag. 11] ed italiana [pag. 12] dello stampato);

d) l'essere “parte integrante del processo di produzione”⁷⁰ significa, per la Commissione, non solo che il sottoprodotto : a) **origina** da detto processo ma anche: b) che può **ritornarci**, vale a dire: “devono essere *riutilizzati direttamente nel processo di produzione principale*” ovvero, sempre in via alternativa: c) **essere ceduti a terzi** (anche intermediari) per essere reimpiegati “... *in altre produzioni che siano parte integrante di tale processo*” e per il quale il loro utilizzo sia altrettanto certo”;

e) l'azienda che produce il sottoprodotto o lo utilizza “**non lo percepisce** come rifiuto”;

f) il sottoprodotto **non è**, necessariamente, **un prodotto finito**, potendo essere anche solo una “**materia prima**” (secondaria: *secondary raw material*) che va a formare, unitamente ad altre materie prime (cioè “**elementi**” o **costituenti**, per natura, a loro volta, di materie vergini o secondarie) un prodotto finito. Esemplificando, la Commissione chiarisce che “... la segatura, i trucioli, i cascami di legno sono impiegati come **materie prime** (*raw material*) per la produzione dei **pannelli di legno**, come quelli in truciolato o nella **fabbricazione della carta**”⁷¹;

g) i trattamenti preliminari o minimi ammessi (*with little or no further processing*) sul sottoprodotto, secondo la Commissione, sono quella “.. serie di operazioni” (“*a chain of tasks*”) “*che si compiono.. nel corso del processo di produzione*”, “*dopo la produzione*” (del sottoprodotto) come “*parte integrante del processo di produzione*” (v. parr. 3.3.2. e prima proposizione del par. 3.3.3.);

h) in definitiva, la Comunicazione, in esame, specifica, come ricordato retro (v. nota 67), che sono consentiti sul sottoprodotto, per poterlo rendere “*riutilizzabile*”, diversi trattamenti. “... Dopo la produzione, esso può essere **lavato, seccato, raffinato o omogeneizzato**, lo si può dotare **di caratteristiche particolari o aggiungere altre sostanze necessarie al riutilizzo**, può essere oggetto di **controlli di qualità** ecc. (v. par. 3.3.2.);⁷²

Da questi ultimi rilievi della Commissione europea, si può correttamente inferire che:

1) i trattamenti minimi ammessi, secondo la giurisprudenza rassegnata dalla stessa, hanno una *estensione e una tipologia assai vasta* (che supera, di gran lunga, la

⁷⁰In inglese: “If, however, the material is made ready for a further use **as an integral part of the continuing process of production**, and is then effectively sent for such a further use, then it is a by-product.

⁷¹ Le affermazioni di principio elencate nel testo costituiscono un sostanziale superamento degli argomenti contenuti nella nota sentenza della C.G.C.E. “Niselli”, di cui si compie un’analisi critica a fine paragrafo.

⁷² Nella versione inglese: “Often, in the value chain of a by-product there is a chain of tasks that must be undertaken as part of the further use of the material: **The material is produced, it may then be washed, dried, refined or homogenised, characteristics or other materials that are necessary for its further use may be added**, its quality will be controlled and so on”. Sulla possibilità che gli interventi siano compiuti da *terzi o dagli intermediari* la versione inglese recita: “.. Some tasks will be carried out on the **production site** of the manufacturer, some **on the site of the next user**, and some **by intermediaries**. To the extent that **these tasks are an integral part of the production process** (see next section), they do not prevent the material from being considered as a by-product.” (punto 3.3.2.)

operazione di “**separazione e cernita**” indicate dalla Cassazione italiana, come **trattamenti vietati**, ove ricorrano le condizioni indicate sopra);

2) essi possono essere svolti dal *produttore* del sottoprodotto (presso l’impresa, dopo la sua produzione) e/o *da terzi* (in altro luogo ed impresa) *con la medesima estensione* (punto 3.3.2);

3) *la consegna, cessione, vendita, ecc.* del sottoprodotto, **trattato o da trattare** a terzi, non significa **né comporta**, come si ripete, apoditticamente e tralaticciamente, in molte sentenze e delle corti italiane (di legittimità e di merito), una forma tipica di “**disfarsi**” del materiale (che lo qualificherebbe, per ciò stesso, come “rifiuto”)⁷³.

4.2. Conclusioni sulla portata della Comunicazione 2007.

Le conclusioni cui perviene la Commissione, nel 2007, mi sembrano *particolarmente utili e pertinenti, anche al presente*, nel rinnovato panorama legislativo innescato dalla nuova direttiva sulla gestione dei rifiuti n. 2008/98 CE, con riferimento:

- a) **al lessico** usato dal legislatore, vecchio e nuovo, in termini generici di “*ulteriore trattamento*” (v. art. 5, comma 1, lett. b), della direttiva e art. 184-bis, comma 1, lett. c), del T.U. cit.) benché oggi tale *formulazione* sia da **ri-qualificare** in ragione della sua “**diversità**” o meno dalla “*normale pratica industriale*”. Il che comporta, come avvertito dalla dottrina, la necessità di chiedersi se la precedente nozione di “trattamento” sia o meno utilizzabile, *anche oggi*, nello stesso senso e/o estensione;
- b) *al significato proprio* delle espressioni evidenziate di “*trattamento minimo*” e (trattamento) di “*recupero completo*” (**little or no further processing**, contrapposto a **recovery process o futher processing** oppure: “**full recycling or full recovery operation**”) e alla loro *attualità/utilizzabilità* nel vigente regime normativo, a fronte di coloro che ritengono che quella terminologia – e il relativo significato – sia, al presente, improponibile;⁷⁴

⁷³ La formulazione, in inglese, della Comunicazione nella parte relativa alla **spedizione a terzi del sottoprodotto** suona: “ If, however, the material is made ready for a further use as an integral part of the continuing process of production, **and is then effectively sent for such a further use, then it is a by-product**, according to the test set down by the ECJ.”

⁷⁴ In proposito, **A. Muratori**, op. cit. pag. 608, domandandosi se il **trattamento minimo** sia riconducibile o equivalga alla “*normale pratica industriale*” e, soprattutto, se, come ritiene la S.C., quest’ultimo parametro (n. p.i.) voglia significare *assenza di trasformazioni preliminari*, osserva che: “.. Il trattamento previsto dalla normale pratica industriale *non sembra però significare necessariamente «trattamento minimale»*, dal momento che *nessuna disposizione, ora vigente, prevede tale analogia*, fermo restando che spazi di interpretazione favorevoli ad una lettura, in tal senso, effettivamente sussistono, **ma solo con riferimento al quadro normativo ora definitivamente superato**: a parere di chi scrive, infatti, *non si deve confondere* il concetto di trattamento conforme alla normale pratica industriale, *oggi richiesto*, con quello di «*assenza di trattamenti preventivi/trasformazioni preliminari*» **postulato invece dalla previgente declaratoria** di sottoprodotto, più restrittiva anche se più chiara, ma ormai obsoleta, perché **antecedente al recepimento nell’ordinamento interno della nuova Direttiva Quadro**”.

Proprio con riferimento all’articolo di **Muratori**, sopra cit., “insorge” **G. Amendola**, per confutarne, con vigore, gli assunti, ne “*Il partito del sottoprodotto*”, in *Industrieambiente.it*, molto preoccupato della reviviscenza di... “*un partito del non rifiuto*” nella nuova veste “del sottoprodotto” che, questa volta, avrebbe influenzato anche la dottrina (cioè, appunto, **Muratori**, con riferimento all’articolo cit.). La cui colpa consisterebbe in un atteggiamento di “*pesante accusa* alla Cassazione” (ci si riferisce alla sentenza n. 17435/2012: v. par. 3 e ss.) “rea .. di aver proposto una interpretazione conforme alla giurisprudenza

- c) **alla circostanza** che una parte significativa, benché *minoritaria*, della giurisprudenza e della dottrina nazionale **abbia recepito l'insegnamento** della CGCE e della Commissione U.E. (2007) nel fornire una *nozione allargata e tecnicamente ragionevole* del "sottoprodotto"⁷⁵ (indirizzo contrapposto a quello di ispirazione pan-penalistica/preventiva e restrittiva, propensa a una dilatazione del *residuo/rifiuto*);⁷⁶
- d) alla rilevanza di una recente conferma, da parte della stessa Commissione U.E., della **significatività e attualità** delle conclusioni raggiunte nel 2007 (v. oltre par. 6).

Risulta pertanto superata, oltre che originariamente inattendibile (v. oltre), rispetto al caso oggetto di decisione, la sentenza **11 novembre, 2004, Niselli**, *limitatamente al punto in cui sopprime del tutto la categoria giuridica delle "materie prime secondarie" (secondary raw material)*, con riferimento al rifiuto recuperato, secondo questa logica: "... In un tale contesto essi (rifiuti: **materiali ferrosi**) *devono tuttavia conservare la qualifica di rifiuti finché non siano effettivamente riciclati in prodotti siderurgici, finché cioè non costituiscano i prodotti finiti del processo di trasformazione cui sono destinati.*"

"Nelle **fasi precedenti**, essi non possono ancora, infatti, essere considerati riciclati, poiché il detto processo di trasformazione non è terminato..... . Viceversa, fatto salvo il caso in cui i prodotti ottenuti siano a loro volta abbandonati, il momento in cui i materiali in questione **perdono la qualifica di rifiuto** non può essere fissato ad uno stadio industriale

comunitaria e alla migliore dottrina" (si cita, in nota, **V. Paone**, *I sottoprodotti e la normale pratica industriale* cit.), accuse ispirate da un "*furore liberalizzatore*", facendo valere, fra l'altro, una "*premessa superficiale e fuorviante*" e cioè che: 1) i criteri restrittivi della C.G.C.E. *sono stati superati dal nuovo dato normativo* (art. 5 della direttiva 2008); 2) che il sottoprodotto può essere costituito da "qualsiasi residuo anche se, per il suo riutilizzo, *siano necessarie quelle trasformazioni radicali che ne stravolgono natura e composizione*".

Nel criticare questa tesi, **Amendola** osserva che la Corte europea ha elaborato la nozione di sottoprodotto "derivandola" da quella di rifiuto, sicché la attuale nozione di sottoprodotto "...deve essere interpretata tendo anche e soprattutto conto della definizione di rifiuto.. fondata sulla nozione di disfarsi", con il conseguente obbligo di *interpretare la nozione di rifiuto in maniera estensiva* per limitare gli inconvenienti e i danni derivanti dalla loro natura". Insomma, ".. non si vuol dire che nulla è cambiato... . ma questo non significa che oggi, nella interpretazione della definizione di sottoprodotto, **si ricomincia da capo** come vorrebbe la dottrina in esame".

A mio avviso il denso, originale e motivato articolo di **A. Muratori** non merita questo generico quanto pesante approccio critico che si esprime secondo formule logore in uso... nel secolo scorso (quali: ".../il partito del non rifiuto..." anche se nella nuova veste del "sottoprodotto") le quali non servono ad approfondire ma ad eludere i problemi posti dalla nuova disciplina. Le critiche mosse *dalla prevalente* dottrina alla sentenza n. 17453/2012 (fra le quali spicca, per acutezza e realismo, dettati dall'esperienza professionale dell'autore, proprio quella di **A. Muratori**), non attengono alla particolare attenzione riservata dalla S.C. alla giurisprudenza comunitaria; ma, soprattutto, all'aver scelto, come *criterio di individuazione* dei "trattamenti ammessi (non diversi dalla n. p. i.), **quello posto dalla normativa sulle discariche** ..!?" (v. retro par. 4), suggerito dalla "migliore dottrina" e smentito dallo stesso **G. Amendola** (che, come rilevato, nei suoi scritti, citt. retro, avverte che il termine "trattamento" viene usato dalla legge in un significato *nuovo e diverso*, cioè "**atecnico**". Quanto alle critiche rivolte alla decisione v. note 29, 44, 53 e 59).

Nel merito, la *successiva deduzione* dello stesso A. secondo cui occorre "interpretare la nozione **di rifiuto** in senso estensivo" - e quella di sottoprodotto in termine di "**eccezione**" - si commenta da sé per la sua debolezza, come rilevato dalla prevalente dottrina, in base alle ragioni esposte sinora nel testo. Infine, che la nozione di sottoprodotto *comporti un drastico e sostanziale ripensamento della nozione di residuo produttivo* (e quindi di "rifiuto") è pacifico, in sede comunitaria (e purtroppo, con difficoltà, in quella nazionale) con la conseguenza che *appare del tutto fondato* il timore evocato che si debba ".. ricominciare da capo"!

⁷⁵ V. paragrafo successivo.

⁷⁶ Da sempre coltivata, e coerentemente mantenuta, da alcuni autorevoli studiosi citati retro, a par. 2.1.

o commerciale successivo alla loro trasformazione in prodotti siderurgici poiché, a partire da tale momento, **essi non possono più essere distinti da altri prodotti siderurgici scaturiti da materie prime primarie**”

Come già sottolineato in altra occasione (in *Ambiente & Sicurezza*, del 14 dicembre 2004, n. 23, con il titolo “*Nuovo capitolo sulla nozione di rifiuto: interpretazione autentica, cit.*), la **sentenza Niselli** contiene delle affermazioni di principio che, per un verso, risultano incompatibili con *la legislazione successiva*, comunitaria e interna, vigente; per altro verso, apparivano, anche all’epoca della decisione, giuridicamente inaccettabili, proprio in ragione della giurisprudenza coeva della stessa Corte, oltre che rispetto alla fattispecie esaminata.

Questi i punti della motivazione non più condivisibili:

a) il limite dell’utilizzo del residuo produttivo, all’interno e nel corso del processo produttivo di provenienza era un “limite irragionevole” anche nel 2004, come avevo cercato di chiarire nella nota cit., tant’è che è stato successivamente abrogato nella versione dell’art. 5, direttiva 2008/98 (e, conseguentemente, dell’art. 184-bis);

b) appare altresì, abbandonata, dalla direttiva 2008, la limitazione del significato attribuito al termine “disfarsi” (purtroppo ripreso dalla giurisprudenza nazionale e dalla dottrina, in modo supino e acritico), *ravvisato nell’ipotesi in cui il produttore del residuo produttivo-sottoprodotto* (nel caso deciso: da demolizione di macchinari, automezzi, metalli da scarto), **conferisca a terzi** detto materiale, per la successiva utilizzazione (con fusione diretta dei metalli, previi trattamenti minimali, quali per es. la cernita). Se l’obiezione relativa al “disfarsi” (ravvisato nell’atto di consegna del materiale dal produttore al terzo) poteva avere il suo fondamento nel (ritenuto anche se ingiustificato) obbligo di riutilizzo nello stesso processo produttivo di provenienza del residuo, **oggi tale limite è stato cancellato** (ex 184-bis, comma 1, lett. b) e, pertanto, **non si configura** alcun “disfarsi” *se il sottoprodotto venga trasferito* (tramite trasporto) *ad altra impresa*, che lo utilizzerà direttamente (“tal quale) o dopo “trattamenti” non diversi dalla normale pratica industriale;

c) ancora più inattendibile – oltre che dissonante con il sistema (all’epoca ma anche oggi) vigente – la tesi esposta in sentenza (al punto 52 della motivazione) sulla “**conservazione** della *qualifica di rifiuto*” (riferita ad “una materia prima secondaria destinata alla siderurgia”, secondo la qualificazione della parte) “... *finché*” (i materiali in discussione, n.d.s.) “*non siano effettivamente riciclati in prodotti siderurgici, finché cioè non costituiscano i prodotti finiti del processo di trasformazione cui sono destinati*”.

Tale ricostruzione del quadro normativo – proposta dalla sentenza Niselli - ove fosse stata accolta, avrebbe tolto ogni spazio giuridico (ed economico) alla “*materia prima secondaria*” (*secondary raw material*) ottenuta **dal completamento delle attività di recupero**, in violazione dell’art. 3, punto 1, lett. b) e i) nonché dell’art. 10 e 11 della direttiva 91/156 (sul recupero dei rifiuti “... *mediante ogni altra azione intesa ad ottenere materie prime secondarie*”; nonché, nel nostro ordinamento, in forza del D.M. 5.2.1998, sul recupero agevolato (e successive modifiche). Ed, oggi, in base all’art. 6, direttiva 2008/98 CE relativa all’E. o. W.).

Diversamente da quanto opinato nella decisione Niselli, la cessazione della qualifica di rifiuto si verifica, infatti, ieri come oggi, “quando (esso) è sottoposto a un’operazione di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo, e soddisfa

i criteri specifici da adottare nel rispetto delle seguenti condizioni...” ex art. 184-ter. Cioè a **fine recupero** e non quando (in un momento successivo) “... **costituisca il prodotto finito del processo di trasformazione cui è destinato**”.

Si consideri, in tal senso, il recente Regolamento n. 333/2011, *sul recupero dei metalli ferrosi e non ferrosi* che, agli artt. 3 e 4, *riporta la cessazione della qualifica di rifiuto* all’atto di cessione del materiale (prodotto o materia prima secondaria) dal produttore (recuperatore) ad altro detentore (sempre che siano soddisfatte tutte le considerazioni di legge)⁷⁷: cioè ad una fase che segue, appunto, **al completamento delle attività di recupero** e non al momento della *trasformazione* del materiale ottenuto *in un “prodotto finito”* (si tenga anche conto, fra l’altro, che, dalle operazioni di recupero, si ottiene una “materia prima” la quale, il più delle volte, rappresenta un semplice “*costituente/ingrediente*” destinato a combinarsi con altro materiale –vergine o da recupero - per realizzare il prodotto finito).⁷⁸

4. 3. Conferme giurisprudenziali di diritto interno: i trattamenti ammessi sul sottoprodotto.

Per giustificare il rilievo **sub c)** di par. precedente – volto a dimostrare che le interpretazioni autorevoli della Commissione, come i suggerimenti di una dottrina minoritaria, hanno ricevuto ascolto da una parte della giurisprudenza italiana, anche di legittimità, nel precedente come nel successivo contesto normativo (segnato dalla direttiva del 2008 cit.) – **merita ricordare alcune decisive pronunce della Suprema Corte** che, per rispondere al quesito afferente la differenza fra “*trasformazioni preliminari*” (o attività di recupero completo) e *trattamenti ammessi* (si vedrà, a momenti, se rientranti o meno nella “*normale pratica industriale*”), scoliscono, sul **piano tecnico e giuridico**, tale discrimine

⁷⁷ V. in tema **P. Giampietro**, *End of Waste nel Regolamento (V.E.) n. 333/2011. Quando i rottami metallici cessano di essere rifiuti* in <http://www.ambienteditto.it> e in www.lexambiente.it del 19.03.2012.

⁷⁸ Sulla sentenza Niselli si è espresso, con la consueta finezza, **V. Paone**, *La tutela dell’ambiente e l’inquinamento da rifiuti*, cit. pagg. 221 e ss., che, dopo aver condiviso le soluzioni interpretative indicate dalla CGCE (qualifica di rifiuto da attribuire a detti materiali in quanto non venivano riutilizzati in maniera certa, nel corso dello stesso processo produttivo, con trasformazioni preliminari, ecc.; v. pagg. 168), finisce per evidenziarne poi **la vera e propria svista** in cui è incorsa la sentenza nel momento in cui qualifica come “rifiuti” i materiali ferrosi perché non sono “*riutilizzati nel corso di un medesimo processo di produzione ..*”; fissando un principio che non era in alcun modo *pertinente – e confacente* - alla fattispecie decisa (la quale non atteneva ad un mancato riutilizzo, nello stesso processo produttivo di provenienza, del rottame ferroso ma ad una **attività di recupero** di materiali da demolizione che non avrebbe ancora fatto perdere ai rifiuti la loro qualifica finché non fossero “*effettivamente riciclati in prodotti siderurgici*”). Osserva, in proposito, detto Autore che: “... se si esamina più a fondo la fattispecie concreta della Niselli, *esprimiamo qualche riserva sulla portata del principio enunciato. Appare infatti evidente che i rottami ferrosi, come quelli di che trattasi, non potevano essere utilizzati (ancora) nel corso del medesimo processo di produzione o di utilizzazione. In primo luogo* perché **il rottame ferroso**, prima della sua “nascita”, *non ha avuto affatto un uso, in un processo di produzione*, che potrebbe essere “*ripetuto*” nello stesso processo produttivo. *In secondo luogo*, perché **il residuo**, nella fattispecie, **è stato originato non da un processo di fabbricazione** (nel cui ambito quindi, in linea astratta, avrebbe potuto rientrare), **ma da un’attività di demolizione** di macchinari e di automezzi e da una raccolta di oggetti di scarto e **non si può quindi pensare** ad un inserimento del residuo in quel “*medesimo processo di produzione*”! Inoltre, la lettura dell’intero paragrafo 52, in cui la Corte riferisce le spiegazioni del Niselli tese a dimostrare che i materiali in discussione costituissero *una materia prima secondaria* destinata alla siderurgia, ci convince che **il problema principale** che la Corte doveva risolvere *non era tanto quello del rapporto tra riutilizzo dei rottami e processo produttivo di provenienza*, quanto **se le operazioni sugli stessi eseguite** (cernita e qualche trattamento) **fossero sufficienti a far perdere a rottami la qualità di rifiuto**”.

(ovviamente con lo sguardo rivolto al giudice comunitario e alla Commissione UE), del tutto ignorato, invece, dalle pronunce della stessa Corte, sopra rassegnate (v. parr. 2 e 3).

Tale giurisprudenza è stata – purtroppo – ignorata o sottovalutata da quella parte della dottrina penalistica, pregiudizialmente schierata nel senso di una *perdurante dilatazione della categoria del rifiuto*, a discapito della espansione della categoria **alternativa** (e non “complementare”) del “sottoprodotto”.

Benché, in queste occasioni si siano, per es., chiariti – in sede di esame delle **singole fattispecie** - alcuni aspetti decisivi delle tematiche trattate, come: il *rapporto* fra trattamenti praticati che incidono sulla *identità* del materiale e *quelli consentiti* (perché diversi dai primi).

** Una volta affermato che per “**trasformazioni preliminari**” si intendono “*trattamenti in grado di far perdere al sottoprodotto la sua identità ovvero siano necessari per un suo successivo impiego* in un processo produttivo (v., fra le molte, **Cass. pen. Sez. III, 4 dicembre 2007, n. 14323**), la S.C. ha esaminato anche attività specifiche quali la “**selezione e cernita**”, con esiti opposti a quelli esaminati a par. 3. 3).

Nella decisione **del 7 novembre 2008, n. 41839**, si legge: “La legge attualmente prescrive, come si è detto, che i sottoprodotti non debbono essere sottoposti a trattamenti preventivi o a trasformazioni preliminari per soddisfare i requisiti merceologici e di qualità ambientale idonei a garantire che il loro impiego non dia luogo ad emissioni e ad impatti ambientali qualitativamente e quantitativamente diversi da quelli autorizzati per l’impianto dove sono destinati ad essere utilizzati, dovendo possedere tali requisiti sin dalla fase della produzione”.

“Secondo la precedente formulazione dell’art. 183, lett. n), del D.lgs. n. 152/2006 – invece – l’utilizzo del sottoprodotto doveva avvenire “senza la necessità di operare trasformazioni preliminari in un successivo processo produttivo” e doveva intendersi per trasformazione preliminare “qualsiasi operazione che faccia perdere al sottoprodotto la sua identità, ossia le caratteristiche merceologiche di qualità e le proprietà che esso già possiede, e che si rende necessaria per il successivo impiego in un processo produttivo o per il consumo”.

“La “*cernita o la selezione*”, inoltre, **venivano considerate** operazioni di recupero, ai sensi dell’art. 183, lett. h), del D.lgs. n. 152/2006 e questa Corte *ha considerato tali attività sintomatiche di attività di gestione di rifiuti (vedi Cass. sez. III, 09.10.2006, n.3382, P.M. in proc. Barbati; 7.8.2007, n.32207, Mantini)*. **Diversamente, però – continua la Suprema Corte - “.... Il D.lgs. n. 4/2008:**

- *non contiene più l’anzidetta definizione del concetto di trasformazione preliminare;*”
“- esclude la sottoponibilità della sostanza a trattamenti preventivi o a trasformazioni preliminari, correlando però detta esclusione alla successiva utilizzabilità, nelle stesse condizioni di tutela ambientale;”
- “ - **non include più le operazioni di cernita e/o selezione** tra quelle di recupero, sicché tali attività di trattamento preventivo (consuete nella pratica industriale) – alle quali ben può assimilarsi quella di decantazione (chiarificazione di una sostanza liquida mediante separazione per sedimentazione) che caratterizza la vicenda in esame – qualora non siano finalizzate a rendere successivamente utilizzabili la sostanza o il materiale, nelle stesse condizioni di tutela ambientale, potrebbero

ritenersi ormai compatibili con la nozione di “sottoprodotto” accolta dalla legislazione italiana....”.

Tale presa di posizione è stata confermata, da ultimo, dalla stessa **3°Sez. della S.C.** con decisione **16 maggio – 26 giugno 2012, n. 25203**, rel. A Fiale (oltre che già condivisa da autorevole dottrina: v. **P. Fimiani**, in *Tutela penale dell’ambiente*, 2011, cit. pag. 154).

****Si consideri, inoltre, in tema di terre e rocce, con riferimento ai trattamenti di frantumazione e lavaggio, le seguenti sentenze:**

Corte di Cassazione, sez. III, penale, 6 novembre 2008, n. 41331, la quale, afferma che, tra le operazioni di trattamento preliminare ammesse, rientrano anche gli interventi di frantumazione delle terre e rocce che non incidono sulla loro identità merceologica o di qualità ambientale.”

Analogamente cfr. **Cass. pen. 23 dicembre 2008, n. 48037**, secondo cui, in caso di **frantumazione e lavaggio di materiale lapideo** (sfridi, cocciame e peloni, cioè testate inutilizzabili derivanti dalla segatura dei blocchi di marmo) non si compiono operazioni di *“trasformazione preliminare” perché non si tratta “di trattamenti che mutino l’identità merceologica del materiale, idonei cioè a far perdere al sottoprodotto la propria identità, ossia le proprietà possedute e le caratteristiche merceologiche di qualità”.*

****Il sottoprodotto (nella specie: materiale plastico) non perde la sua qualifica se previamente macinato e “miscelato”. In ordine a quest’ultima operazione – di miscelazione - da quasi un decennio la Cassazione penale ha chiarito che il sottoprodotto, come qualsiasi altra sostanza, può essere impiegato da solo ovvero essere miscelato con altre materie prime (si è pertanto **al di fuori della fattispecie relativa alla miscelazione dei rifiuti**, vietata per legge, nei termini e con le modalità di cui all’art. 187 T.U.A.).**

In tema, v., espressamente, **Cass. pen. sez. III, 16 dicembre 2003 – ud. 29.10.2004, ric. Martinengo**, secondo la quale - di fronte ad un procedimento produttivo che si articolava in due fasi, caratterizzate, *quella principale*, dall’impiego di materia prima c.d. “vergine” e, l’altra, *quella secondaria*, anche dall’utilizzazione di sottoprodotti di risulta della predetta fase, i c.d. **“trucioli” o “matarozzi”**, composti dallo *stesso materiale plastico in precedenza impiegato*, che previamente macinati vengono, unitamente ad altra materia prima, impiegati per la produzione dei tubi in plastica e, per le eccedenze, reimmessi nel mercato – afferma il seguente principio di diritto:

*****“Le operazioni di macinazione dei suddetti **sottoprodotti** non possono ritenersi di **recupero di “rifiuti”**, come tali soggette alle disposizioni di cui all’art. 33 del D.lgs. n. 22 del 1997 (della cui formale inosservanza, a termini dell’accusa, si sarebbe reso responsabile l’indagato), **avendo ad oggetto sostanze che**, anche a termini della originaria definizione di cui all’art. 6, del D.lgs. n. 22 del 1997, lett. a) del citato testo normativo (conforme alla Direttiva comunitaria 91/156) e senza necessità di ricorrere ai criteri di interpretazione autentica dettati dall’art. 14 della L. n. 178 del 2002 (contestati da parte della giurisprudenza, in particolare da Cass. 3^a, 27 novembre 2002, Ferretti) per sospetto contrasto con la citata *normativa comunitaria* di base), **possono escludersi dal novero dei “rifiuti”**, così come delineato dall’originaria definizione”.**

A tale conclusione la S.C. perviene "... considerando che, dei materiali in questione, l'impresa produttrice **non si e' disfatta**, non aveva l'intenzione di disfarsene (se e' vero che, senza soluzione di continuit , *li avviava ad un nuovo ciclo di lavorazione, del tutto analogo a quello precedente*) ne', comunque, aveva alcun obbligo, normativamente definito, di disfarsene", senza incorrere in una applicazione riduttiva dell'originaria definizione normativa di rifiuto, derivante dalla direttiva comunitaria gi  citata".

Il giudice di legittimit  infatti motiva nel senso che:

"... nell'**escludere - nella surriferita macinazione - la natura di trattamento preventivo implicante operazioni di recupero, riferibili all'allegato C del D.lgs. n. 22 del 1997, si   tenuto conto delle finalit  di fondo perseguite dalla normativa in questione, sia nazionale, sia comunitaria, che sono quelle di evitare l'accumulo o la dispersione nell'ambiente delle sostanze derivanti dalle attivit  produttive, favorendone comunque l'impiego "pulito" sul luogo di produzione**" (  appena il caso di **aggiungere**, a questo proposito, che la condizione del ri-utilizzo *nello stesso processo produttivo di provenienza del sottoprodotto*, come nel caso deciso, **  stata abrogata** dalla normativa sopravvenuta sin a partire dalla direttiva del 2008; v. retro).

Con specifico riferimento **alla miscelazione, la stessa Corte precisa:

"Ed a tale ultimo proposito le obiezioni del ricorrente P.M., traenti spunto dalla circostanza che l'impiego produttivo dei macinati richiede la "**miscelazione**" con materia prima "vergine... *non colgono nel segno*, atteso che **tale commistione e' un posterius rispetto al procedimento in considerazione**, non implica alcun trattamento modificativo comporta solo l'unione, nella fase produttiva de qua, di sostanze del tutto omogenee sotto ogni profilo fisico-chimico".

** **Sull'esclusione, per es., del fresato** riutilizzato, come rifiuto (in quanto sottoprodotto), v. altres , in termini, **Cass. pen., sez. III, 10.03.2005, n. 9503**, sul rilievo che:

".. Risulta pacificamente in atti, invero, che il materiale *de quo veniva utilizzato - per preparare il conglomerato bituminoso*, prodotto in quel luogo dalla menzionata ditta nelle condizioni in cui   stato trovato, senza cio  subire alcun trattamento; seppure certamente ricavato dalla **triturazione di manti stradali rimossi**,   dato per scontato e non   contestato neanche nella prospettazione accusatoria, infatti, *che la triturazione di questi avvenisse altrove*. Dunque nel piazzale della ditta era accumulato materiale che **di sicuro veniva interamente utilizzato**, sebbene con l'aggiunta di altri (inerti, bitume, acqua), nel "normale ciclo produttivo" del conglomerato bituminoso, del quale - quindi - il detentore **non solo non si era disfatto, ma si guardava bene dal farlo**, rappresentando comunque **un valore economico**, pur se probabilmente modesto, per la sua attivit ...".

In definitiva, *una volta che sia stato generato, da un processo produttivo che ha un diverso "scopo primario", un sottoprodotto - e per esso ricorrano tutte le condizioni di legge - la qualifica di merce o prodotto* (che la legge gli riconosce) **consente qualsivoglia suo impiego**: a) da solo o b) con miscelazione con altre materie prime, omogenee o disomogenee che siano (essendo la **sostanza o l'oggetto fuoriusciti dall'area di pertinenza della gestione dei rifiuti** nella quale la miscelazione ha una disciplina specifica e restrittiva proprio in considerazione della diversa natura tipologica dei rifiuti pericolosi ovvero nell'ipotesi di miscelazione di rifiuti pericolosi con rifiuti non pericolosi).

Si tenga conto, comunque, che sino ad oggi, la Suprema Corte, per un verso, ha deciso, in modo critico, molti casi in cui il fresato *era stato trovato commisto a materiale estraneo* (pezzi di cemento, terre, rocce, materiale ferroso, ecc.). E, per altro verso, **non ha approfondito**, per motivi cronologici, la nuova nozione di “ulteriore trattamento” **ammesso dall’art. 184-bis**, perché *rientrante* “nella normale pratica industriale.

Resta comunque fermo, per il Giudice di legittimità, il principio giuridico secondo cui **qualsiasi residuo produttivo** (e quindi anche il residuo da fresato o scarifica stradale), qualora soddisfi le condizioni del sottoprodotto (e, un tempo, dell’art. 14 del decreto legge 138/2002, sulla interpretazione autentica della nozione di rifiuto) **non è rifiuto ma merce**.

**** *

Non si è sottratta, a tali compiti qualificatori – in tema di **materiali legnosi - la **giurisprudenza amministrativa** più attenta, la quale ha, analogamente, affermato, con riferimento al *trattamento meccanico* del legno e dei materiali legnosi, che:

“...gli **scarti legnosi dell’agricoltura** e i residuati della **lavorazione esclusivamente meccanica** del legno, quali *segature, tondelli, cortecce e cippato legnoso*” non sono rifiuti bensì **sottoprodotti**”, con ciò escludendo che interventi simili a quelli menzionati (cioè di tipo unicamente meccanico, *quali segatura, fresatura etc.*, senza cioè l’uso di diluenti e/o solventi di natura chimica, come ad es. gli acidi o i collanti) possano essere considerati quali “trasformazioni preliminari”, rientrando, piuttosto, nella normale pratica industriale (così **TAR Piemonte, 25 settembre 2009, n. 2292** e, in precedenza, **Consiglio di Stato, sez. V, 19 febbraio 2004, n. 674**, che qualifica sottoprodotto una sostanza chimica, il “DKR”, derivante dalla lavorazione di sostanze plastiche).

Per una sintetica ma esauriente panoramica dell’evoluzione giurisprudenziale in tema di **sottoprodotti**, si veda: **Consiglio di Stato, Sez. IV - 16 febbraio 2010, n. 888** (rintracciabile in *www.giustizia-amministrativa.it*), il quale, era chiamato a giudicare della qualifica giuridica dei residui **del ciclo produttivo delle sanse vergini**⁷⁹.

⁷⁹ In proposito si v. anche **P. Fimiani**, *La tutela penale dell’ambiente*, Giuffrè editore, 2008, pag. 102 e ss., dove le elaborazioni dei giudici comunitari in tema di “sottoprodotti” vengono esaminate in raffronto al percorso giurisprudenziale interno (sino alle pronunce dell’anno 2007); si vedano poi gli aggiornamenti dei dati giurisprudenziali e dottrinali dell’**edizione 2011**. Nella prima edizione del 2008 sono attentamente riportate ed esaminate le sentenze della CGCE (pagg. 103/110) e quelle della S.C. sino alla data del “Correttivo” n. 4/2008, evidenziandosi che, a partire da quest’ultimo decreto, non sono più indicate (come vietate) le operazioni di *cernita e selezione* (pag. 138) le quali, pertanto, risultano **compatibili** con la definizione del sottoprodotto.

Nella versione del volume del 2011 (v. pagg. 146 e ss.), l’autorevole studioso aggiunge importanti specificazioni sul tema della produzione e gestione del sottoprodotto, precisando, fra l’altro, che: il processo produttivo non deve essere necessariamente di natura “industriale” e dunque potrebbe essere anche di **“produzione di un servizio”** (v. pag. 150, come già affermato da Cass. pen. n. 41839/2008); che risulta ormai pacifica in giurisprudenza, interna e dell’U.E, la possibilità dell’**utilizzo presso terzi**; che non è necessario né imposto l’**utilizzo integrale** del sottoprodotto (pag. 153); che il riutilizzo deve essere inteso **in senso oggettivo non temporale**, ammettendo, pertanto, che possa essere **differito nel tempo**, sempre che sia certo (ivi).

In definitiva, la parte prevalente della **dottrina** significativa, superando la condizione del trattamento “tal quale” del sottoprodotto, ha ritenuto, unitamente ad una significativa giurisprudenza, **la ammissibilità di trattamenti limitati come la cernita, la selezione, la frantumazione**, ecc. osservando come la tesi contraria e riduttiva “... potrebbe determinare, in concreto, una forte limitazione dell’operatività della norma, dal momento che, tra i trattamenti preventivi necessari per soddisfare i requisiti merceologici dei reimpiego, **potrebbero includersi anche tutte quelle operazioni che, senza alterare lo stato fisico e chimico dei residui, siano comunque necessarie per adattarli, anche solo sotto il profilo delle caratteristiche dimensionali, al**

Da ultimo, si rimanda a **TAR Lombardia, 10.8. 2012, n. 1230** relativo alla “auto esecutività” ed immediata operatività dell’art. 184-bis, e dunque alla “non necessità dei decreti ministeriali attuativi” e sulla dichiarazione che “... le condizioni previste dalla norma, contrariamente ai pareri negativi provinciali... sono tutte soddisfatte **nel caso dell’asfalto fresato**”.

Sulla ricorrenza del “sottoprodotto” nel settore delle **vinacce** vergini, delle vinacce esauste, e dei loro componenti, bucce, vinaccioli e raspi, nonché.... **della pollina** (e delle materie fecali), ai sensi dell’art. 2-bis del d. l. 3 novembre 2008, n. 171, come modificato dall’art. 18 della legge 96/2008, v. **Consiglio di Stato, sez. IV, 28 febbraio 2013, n. 1230**, secondo il quale la **pollina** deve ritenersi, quanto meno allo stato della normativa vigente al momento dell’autorizzazione contestata (2011), **biomassa combustibile** utilizzabile ai fini della produzione di energia elettrica, ai sensi della parte V, allegato X, parte II, sez. 4, del Codice dell’ambiente, sempre che sussistano i presupposti e le condizioni per classificarla quale **sottoprodotto**, avuto riguardo all’utilizzo fattone dal produttore, secondo le valutazioni compiute dall’ente competente.

4.4. Recenti provvedimenti dal governo: il materiale da scavo.

Una fonte normativa rilevante per apprendere quali sono, attualmente, le posizioni assunte dal nostro legislatore e dal Governo, in tema di sottoprodotti, ci è offerta dal recente **D.M. n. 161/2012**, sulla gestione dei **materiali da scavo** - comprensivo delle **terre e rocce**.⁸⁰

nuovo utilizzo” (così, E. Pomini, “Rifiuti, residui di produzione e sottoprodotti, alla luce delle linee guida della Commissione CE, della (proposta di) nuova direttiva sui rifiuti e della riforma del decreto legislativo 152/2006”, in Rivista giuridica dell’ambiente n. 2/2008, pp. 355-380.

⁸⁰ Di cui si è fatto cenno a par. 1. Sul tema, mi permetto di richiamare la mia nota: “*Il nuovo statuto delle terre e rocce cit., in lexambiente del 21 novembre 2012, cit. V. Paone, ne “I Sottoprodotti: una parola chiara cit.(Postilla), critica alcune prescrizioni del Regolamento 161/2012, sui seguenti punti: a) per omessa indicazione o non specificazione di “... chi possa attuare il trattamento e dove lo possa attuare”. A me sembra che tale carenza non sussista visto che non era necessaria alcuna indicazione, in conformità al dettato dell’art. 5, della Direttiva 2008/98, che non pone alcun limite soggettivo (e dunque consente il trattamento tanto al produttore che al terzo o all’intermediario, come indicato dalla Commissione UE nel 2007 e ribadito nel 2012); b) perché ammette trattamenti che “migliorino le caratteristiche merceologiche del sottoprodotto” che, invece, sarebbero vietati in quanto il sottoprodotto deve essere usato “tal quale”. L’affermazione - per quanto detto e si dirà oltre - non può essere condivisa in quanto i trattamenti sono consentiti, e di varia ampiezza e incisività, purché rientrino nella (non diversi dalla) “normale pratica industriale”. Essi, pertanto, possono essere teoricamente illimitati e di notevole rilevanza soprattutto nel caso in cui il sottoprodotto va a sostituire la materia prima vergine (v. parr.4 e 8.2).*

Lo stesso A. afferma, altresì, **c)** che la natura **speciale e derogatoria** del Regolamento impedirebbe ogni **applicazione analogica** “fuori dei casi previsti”. A mio avviso, se **la specialità** del decreto è ovviamente predicabile con riferimento al settore disciplinato (e cioè il materiale da scavo), merita peraltro aggiungere che detto decreto, costituendo *corretta applicazione dell’art. 5, della direttiva* (e dell’art. art. 184-bis) - oltre che degli indirizzi interpretativi e/o delle linee guida della Commissione europea - *rappresenta esemplarmente e autorevolmente un precedente significativo* di puntuale e fedele applicazione della normativa primaria citata, con valenza di precedente a portata generale, anche per i futuri interventi del Governo; **d)** che, in alcune disposizioni, esso risulta **illegittimo** per es. per contrasto con la direttiva comunitaria del 2008, quanto ai trattamenti ammessi. Su alcuni profili di illegittimità, a mio avviso, si può convenire: per es. con riferimento alle **disposizioni che creano nuova fattispecie di reato** non previste del T.U.A. (in tema, per brevità, rimando alla mia nota “*Il nuovo statuto delle terre e rocce, cit.*); non, invece, sul punto in cui il decreto consentirebbe “trasformazioni preliminari” che incidono sull’identità del sottoprodotto, come accennato sopra **sub b)**. Sulla ammissibilità della “**selezione granulometrica** e la **stabilizzazione** a calce e cemento” l’attento studioso asserisce: **e)**: “*vi è il dubbio che questa pratica possa includersi nella normale pratica industriale*”, mentre sostanzialmente esclude iniziative quali: “...la **riduzione della presenza**, nel materiale da scavo, di elementi/materiali antropici (quali frammenti di vetroresina, cementiti,

Secondo il nuovo regolamento, il materiale di scavo mantiene la caratteristica di sottoprodotto anche qualora registri *la presenza di pezzature eterogenee* di natura antropica non inquinante, entro una misura data, e “risponda ai *requisiti tecnici/prestazionali per l'utilizzo delle terre nelle costruzioni*, se tecnicamente fattibile ed economicamente sostenibile”.

Sulla decisiva questione dei trattamenti ammessi, il Governo fornisce la seguente definizione: “Costituiscono un trattamento di *normale pratica industriale* quelle **operazioni**, anche condotte non singolarmente, **alle quali può essere sottoposto** il materiale da scavo, **finalizzate** al miglioramento delle sue caratteristiche merceologiche per renderne l'utilizzo maggiormente produttivo e tecnicamente efficace”.

“Tali operazioni in ogni caso **devono fare salvo** il rispetto dei requisiti *previsti per i sottoprodotti*, dei requisiti di *qualità ambientale*” – in linea generale - e garantire l'utilizzo del materiale da scavo conformemente ai criteri tecnici stabiliti dal progetto.”

Ove si proceda a verificare **le forme e la incidenza** di questi trattamenti che - per essere diventati “... operazioni più comunemente effettuate - **rientrano**”, di diritto, “... tra le operazioni di **normale pratica industriale**”, ovviamente con riferimento ai materiali da scavo, si apprende che esse sono molteplici e incisive, *di natura fisica e chimica*:

- la *selezione granulometrica* del materiale da scavo;
- la *riduzione volumetrica* mediante macinazione;
- la *stabilizzazione* a calce, a cemento o altra forma idoneamente sperimentata per conferire ai materiali da scavo *le caratteristiche geotecniche necessarie per il loro utilizzo*”, anche in termini di umidità (*con la prescrizione di concordare “... preventivamente le modalità di utilizzo con l'ARPA o APPA competente in fase di redazione del Piano di Utilizzo*”);

- la stesa al suolo per consentire *l'asciugatura e la maturazione del materiale da scavo* al fine di conferire allo stesso migliori caratteristiche di movimentazione, l'umidità ottimale e favorire l'eventuale *biodegradazione naturale degli additivi utilizzati* per consentire le operazioni di scavo;

- la *riduzione della presenza* nel materiale da scavo **degli elementi/materiali antropici** (ivi inclusi, a titolo esemplificativo, *frammenti di vetroresina, cementiti, bentoniti*), **eseguita sia a mano che con mezzi meccanici**, qualora questi siano riferibili alle necessarie operazioni per esecuzione dell'escavo”.

bentoniti) eseguita *a mano con mezzi meccanici*”, come dire “... *in presenza di un vero e proprio recupero dei rifiuti derivanti dallo scavo*, funzionale ad un loro successivo reimpiego che, per quanto detto, non potrà che avvenire **tal quale**”. Anche questa notazione non ci trova concordi. Le terre e rocce da scavo delle gallerie sono *terre allo stato naturale* (sottoprodotto: v. art. 185, comma 4) che *possono essere interessate* dalla presenza di materiale derivante dalle *stesse operazioni di scavo o altro materiale antropico* (da attività pregresse) in una determinata percentuale *minima* predeterminata. Poiché *non vale, in senso assoluto*, il principio dell'utilizzo “tal quale” del sottoprodotto – su cui si fonda la tesi criticata – in quanto si **ammettono gli interventi di “n. p. i.** sul sottoprodotto (e cioè i trattamenti di cernita, selezione, separazione, ecc, v. retro par. 4 e ss.), ne deriva che è **correttamente autorizzata** dal Regolamento la cernita, la separazione e *la rimozione dal sottoprodotto* (terra e roccia allo stato naturale) *di componenti estranee* (in presenze limitate), da destinare – come rifiuti - allo smaltimento o al recupero.

In conclusione, anche con riferimento ai *trattamenti consentiti* - **appare manifesta l'intenzione** del Governo di superare i più ristretti e severi limiti posti, in precedenza, dall'art. 186 T.U.A. per rilanciare, *grazie ad una normativa "più favorevole"* e di **sostegno**, un utilizzo più ampio, diffuso e celere, per il momento..., delle terre e rocce.

5. Le ragioni di una scelta fra indirizzi prevalenti e indirizzi minoritari della giurisprudenza italiana.

Le conclusioni appena proposte, potrebbero essere suscettibili di più di una obiezione del seguente tipo:

- a) *la prevalente giurisprudenza italiana* si presenta assai critica verso una tale lettura "liberalizzatrice", espressione, comunque, di indirizzi *minoritari*;
- b) la Comunicazione del 2007 della Commissione U.E. risulterebbe superata dalle novità normative rappresentate dalla direttiva del 2008/98 CE, come trasposta nel 2010 in Italia, che introduce innovazioni marcate tali da *determinare una frattura o "soluzione di continuità"* con il passato regime.

Ebbene nessuna delle osservazioni accennate mi sembra persuasiva.

La constatazione di orientamenti giurisprudenziali *prevalenti*, contrari alle decisioni della S.C. e del giudice amministrativo, riportate retro a sostegno della lettura ritenuta più corretta (v. par. 4.3), *non assurge ad argomento decisivo*. Perché il *criterio della maggioranza* si risolve in un dato statistico che *non tiene conto del merito* delle pronunce più restrittive.

Salvo a credere - ma sarebbe un approccio metodologico del tutto improprio - che la prevalenza delle decisioni "*più severe*" debba fare aggio *su quelle più "comprehensive"*, a prescindere dal *rigore e della attendibilità* delle rispettive motivazioni.

Prendendo a base del necessario confronto fra i due indirizzi *il criterio di merito*, a me sembra che l'orientamento minoritario, "più aperto", si presenta molto meglio *argomentato* e soprattutto informato e consapevole del **contesto comunitario**, sopra tratteggiato, rispetto a quello rigorista, le cui "ragioni" appaiono ripetitive e *tecnicamente obsolete*, oltre che *giuridicamente* schiacciate su indirizzi giurisprudenziali *formatisi su normative abrogate*...., come si evince dalla disamina delle sentenze richiamate a par. 2 e 3.

Di più: la giurisprudenza che *esclude ogni tipo di intervento* sul sottoprodotto - pretendendo di riservare tale qualifica al residuo produttivo utilizzato "**tal quale**" (negando anche gli interventi di *cernita o di separazione*...) - **non solo sottovaluta** l'ampia esperienza giurisprudenziale e normativa che ha caratterizzato gli ultimi decenni dell'Unione Europea. Ma addirittura - e nella grande maggioranza - finisce con il **disconoscere** sostanzialmente detta esperienza (giuridica, tecnica e commerciale) tanto da eludere, *senza confutarli espressamente*, gli argomenti, **tecnici e di diritto** che la Commissione nel 2007 (e successivamente nel 2012: v. par. 6) pone a base delle sue interpretazioni più liberali di cui, sovente, non troviamo alcuna traccia nelle decisioni dei giudici nazionali (che insistono nel perseguire e accreditare *una indiscussa continuità con la giurisprudenza interna* precedente, su cui si appiattiscono nei termini tratteggiati ricordati).

Neppure accettabile risulta il rilievo critico secondo cui l'opinione della Commissione U.E., espressa nel 2007, non solo non è *vincolante* (ovviamente); *ma risulterebbe superata* dalla nuova direttiva del 2008/98, che avrebbe modificato la disciplina in materia.

Non solo perché *l'autorevolezza* di detta "Comunicazione" si radica – ricostruendoli con grande rigore – su consolidati orientamenti giurisprudenziali della CGCE che indicano, *in forma vincolante*, il significato e la portata delle direttive CE, oggetto di trasposizione nel diritto interno, e rappresentano una realtà industriale e di mercato *ampiamente rappresentativa dei 27 Stati membri* (rispetto al nostro più angusto mercato nazionale...).

Ma anche in quanto la pregressa normativa, *si presentava*, per unanime giudizio, *molto più severa dell'attuale* (fondata sull'art. 5 della direttiva 2008 cit.) che dà espressamente e formalmente spazio ad "**ulteriori trattamenti**" purché non diversi dalla "normale pratica industriale" ("*used directly without any further processing other than normal industrial practice*"). Il che comporta, come evidenziato, che oggi risultano consentiti interventi che vanno molto al di là di quelli ammessi dalla precedente legislazione. *Ben oltre*, comunque, la "separazione" o la cernita".

6. Le nuove – e coerenti - linee guida della Commissione U.E. del giugno 2012 ("*Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*").

Le descritte "aperture" della CGCE e della Commissione U.E., lungi dall'essere *rifiutate o superate* dalla direttiva 2008/98 CE, costituiscono *il fondamento stesso e il retroterra culturale e giuridico* su cui si fonda e si articola la nuova norma (art. 5) che, da quella precedente esperienza, ha tratto, in parte, il **lessico, la logica** e la *ratio* nonché argomenti sulle *condizioni di ammissibilità* della stessa nozione, peraltro con **innovative aperture** proprio sui "trattamenti" ammessi"⁸¹.

A questa stessa conclusione induce anche il recentissimo documento, edito dalla stessa Commissione Europea – Direzione Generale Ambiente, **del giugno 2012**, titolata "*Orientamenti per l'interpretazione delle disposizioni chiave della Direttiva 2008/98/CE relativa ai rifiuti*"⁸² che chiarisce, in premessa:

"... Questo documento contiene le linee guida non vincolanti della direttiva 2008/98/CE ... relativa ai rifiuti che abroga alcune Direttive, anche conosciuta come la direttiva quadro sui rifiuti. Questo documento di orientamento ha lo scopo di aiutare le autorità nazionali⁸³ e gli operatori economici a interpretare questa direttiva." "Il contenuto, **con esempi**, riflette il punto di vista della direzione generale Ambiente della Commissione europea e in quanto tale non è giuridicamente vincolante...".

1. Con riferimento **alla definizione della nozione di rifiuto, il quadro non cambia**, per l'**attuale** pensiero della Commissione, come si desume da questo passo:

⁸¹ Che non sono sfuggiti ad una parte della dottrina e della giurisprudenza.

⁸² Nella versione inglese: EUROPEAN COMMISSION - DIRECTORATE GENERAL ENVIRONMENT - **Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste**). Non trovando una versione ufficiale italiana del documento, ma solo delle bozze con una pessima traduzione, ho riportato – di seguito - molti brani in inglese con la traduzione italiana da me approntata.

⁸³ Fra cui vanno ricompresi gli organi giurisdizionali, ordinari e non.

(1.1.1.) “ **The definition of waste itself has not been modified compared to the previous Waste Framework Directive (2006/12/EC).** The CJEU has been required to clarify and interpret the concept of waste on several occasions, having regard to the definition of waste under the previous directives. In two key areas, however, the legislator has tightened up the concept of waste by incorporating **concepts of by-products** (see Chapter 1.2 below) **and of end-of-waste criteria** (see Chapter 1.3 below).

Both the concepts 'by-product' and 'end-of-waste' introduce a distinction between waste and non-waste.

(1.1.2.1) Key term '**discard**' The key term of the waste definition is '**discard**', used in three alternatives ('any substance or object (1) which the holder discards or (2) intends or (3) is required to discard'), without providing definitions or clarification on the exact meaning of these.

2. Mentre per la **definizione di sottoprodotto**, resta confermato che l'attuale art. 5 della direttiva **recepisce gli esiti della giurisprudenza comunitaria, non mutando il quadro passato**, con lo **scopo precipuo** di dare maggiore *certezza giuridica* su tale nozione (già elaborata ed utilizzata in passato, come risaputo⁸⁴). Questo è il brano che conferma tale assunto:

. “ **The concept of 'by-product'**- (1.2.1) Subject and background - The CJEU, through a number of rulings “ (si citano le sentenze Palin Granit e Saetti –Frediani) “ *has given guidance on when a material can be regarded as something which an undertaking wishes to exploit rather than a substance or object which is being discarded.*

*** **The new WFD** (waste frame directive) **does not change these legal considerations in substance but has codified them** in Article 5 **to improve legal certainty** and has introduced, in Article 5, **a mandate for the Commission** to determine technical criteria for certain materials based on these legal considerations. It should be emphasised that whether a material is waste or not must be determined **in the light of all the circumstances**, taking due account of the aim of the WFD”.

3. Quanto, infine, al merito della **definizione di sottoprodotto**, La Commissione, **nel giugno 2012**, ricalca, sostanzialmente (e spesso anche testualmente) i concetti e gli argomenti svolti, in precedenza, nella sua Comunicazione del 2007, avallando espressamente la tesi di una certa **continuità della disciplina e delle relative categorie giuridiche**, in questi termini:

(1.2.1.) “**prodotto (product)** - tutto il materiale che si ottiene *deliberatamente* nell'ambito di un processo di produzione. In molti casi è possibile individuare uno (**o più**) prodotti "primari", questo o questi essendo il materiale/i principale/i prodotto/i”;

• **residuo di produzione (production residue)** - un materiale che non è ottenuto deliberatamente, in una processo di produzione, **ma che può essere o non può essere un rifiuto.**⁸⁵
Un residuo di produzione che soddisfa le condizioni di cui all'articolo 5 della direttiva quadro è un sottoprodotto.

* Tenendo presente che **qualsiasi sostanza od oggetto può essere sia rifiuto o non rifiuto,**⁸⁶ **i sottoprodotti** sono considerati, **per definizione, come non rifiuti.**”

⁸⁴ V. retro, il testo e le note di par. 3.1.

⁸⁵ Come ho sostenuto a par. 3.1. criticando la nozione di “complementarietà” indicato dalla sentenza commentata, che va inteso invece, come rapporto di “*alternatività*”.

* “Questo significa che i sottoprodotti devono essere soggetti, ove applicabile, alla *legislazione che esclude i rifiuti dal suo ambito* (scopo), come ad esempio **il REACH**” (v. oltre).

* “**La decisione sull'opportunità o meno che una particolare sostanza o un oggetto sia un prodotto deve essere fatta, in prima istanza, da parte del produttore della sostanza o dell'oggetto**, insieme alle autorità nazionali competenti, sulla base della normativa vigente nazionale di recepimento della direttiva quadro”.⁸⁷ ...

4. Nell'ambito delle **nuove linee-guida** sul sottoprodotto e la *normale pratica industriale*, la Commissione evidenzia la differenza fra **residuo di produzione e prodotto** in questi termini:

“(1.2.2): “.. Un residuo di produzione è qualcosa di diverso o che va oltre il prodotto finale che il processo di produzione mira direttamente a produrre” (... is something *other than* the end product that the manufacturing process directly seeks to produce).

“Dove la produzione del **materiale in questione** è il **risultato di una scelta tecnica**, non può essere un residuo di produzione ed è **considerato un prodotto**”.

“Se il fabbricante avesse potuto produrre il prodotto principale **senza produrre** il materiale in questione, ma ha scelto di non farlo, **questo può essere la prova che il materiale in questione è un prodotto** e non un residuo di produzione.”

“Inoltre, una modifica del processo di produzione, al fine di dare ai materiali in questione specifiche caratteristiche tecniche, potrebbe indicare che la produzione del **materiale** in questione era una scelta tecnica.”

5. Entrando nel vivo del discorso, la Commissione si prospetta il quesito fondamentale dei trattamenti ammessi, con l'interrogativo seguente: “Cosa si intende per utilizzato direttamente **senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla “normale pratica industriale?”** La risposta non è diretta ed esplicita ma passa attraverso ipotesi distinte:

a) La prima ipotesi, di principio e generalissima, è questa: “Se un residuo di produzione **deve essere trattato prima** di poter essere utilizzato, *questo può indicare* un'operazione di trattamento di un rifiuto (*this may indicate a waste treatment operation*), sulla base delle indicazioni giurisprudenziali:

⁸⁶ V. nota precedente.

⁸⁷ Nella versione inglese questi concetti sono espressi nei seguenti termini:

“ • **Product** — *all material that is deliberately created in a production process. In many cases it is possible to identify one (or more) 'primary' products, this or these being the principal material(s) produced;*

“ **Production residue** — *a material that is not deliberately produced in a production process but may or may not be a waste. A production residue that fulfils the conditions of Article 5(1) WFD is a by-product*”.

“Bearing in mind that *any substance or object can be either waste or non-waste, **by-products are regarded by definition as non-waste***”. This means that **by-products** should be subject, where applicable, to legislation *which excludes waste from its scope*, such as REACH.

A decision on whether or not a particular substance or object is a by-product first instance **be made by the producer** of the substance or object together with the competent national authorities based on the applicable national legislation transposing the WFD”.

b) la CGUE ha sottolineato, nelle sue decisioni sulla definizione di rifiuti, che **un residuo di produzione** può essere considerato come **un sottoprodotto** se il suo *ulteriore utilizzo* è certo senza previa trasformazione (“Therefore, the CJEU stressed in its rulings on the definition of waste that a **production residue** can only be regarded as a **by-product** if its further use is certain without prior processing”).

Resta dunque confermato – secondo la *giurisprudenza comunitaria precedente* – che il residuo produttivo (e non di consumo) intanto può essere definito “sottoprodotto” in quanto vi sia *la certezza* che il suo *utilizzo ulteriore* sia **tecnicamente possibile e di fatto avvenga** senza un “previo *trattamento recuperatorio*” (l’espressione inglese: “*prior processing*”⁸⁸ va inteso, in questo brano, come equivalente alle altre formulazioni sinonime, già incontrate, di: “*further processing* o “*full recovery operation*: v. par. 4.1.)

c) Nel brano successivo la Commissione propone una “**comparazione**” fra **sottoprodotto e materia prima** (primaria), di grande interesse logico-sistematico per la soluzione del nostro quesito (sui *trattamenti che rientrano nella normale pratica industriale*) anche se in forma molto ellittica e implicita.

Essa osserva che, *come per la materia prima primaria*, anche per il sottoprodotto si rendono necessari usualmente **dei trattamenti**, prima che possa essere impiegato nel processo produttivo. Questo il passo:

“ D'altra parte, si deve considerare che anche le *materie prime primarie* solitamente richiedono qualche trattamento (*processing*) prima di poter essere utilizzate in processi di produzione” (“On the other hand, it has to be considered that **primary raw materials**” (*analogamente al sottoprodotto*)” usually also require some processing before they can be used *in production processes*” .

Da tale specifica considerazione trae una più solida *giustificazione* – e *fondamento* – quella proposta interpretativa, già affacciata dalla dottrina, secondo cui i trattamenti ammessi sul sottoprodotto **hanno la stessa natura ed estensione** di quelli che l'imprenditore compie per trasformare la “*materia prima primaria*” (che il sottoprodotto rimpiazza) in un prodotto finito. Come dire una estensione potenzialmente *molto ampia e una tipologia apertissima di interventi*, non limitabile (tecnicamente e giuridicamente) *a priori*.⁸⁹

d) Del tutto ovvia la riflessione successiva che riguarda *i residui produttivi contaminati e/o pericolosi* i quali richiedono dei veri e propri **trattamenti recuperatori** che li rendono qualificabili come **rifiuti**. In definitiva, osserva la Commissione, i trattamenti sopra considerati (sul sottoprodotto) vanno tenuti distinti da:

“Those treatment techniques **that address typical waste-related characteristics of the production residue**, such as **its contamination** with components which are **hazardous or not useful**, would **prevent** classification as non-waste. This is **to ensure that such operations, which**

⁸⁸ Tratta da CGCE, Caso 194/05, Commissione contro Italia, punto 39.

⁸⁹ Si richiamano, in tema, le riflessioni degli Autori citati nelle note 29, 44, 53, 59 ecc. (L. Prati, A. Muratori, S. Maglià, Rosolen, Gavagnini, Pomini, *il sottoscritto*, ecc.) favorevoli ad una apertura dei trattamenti ammessi, proprio in forza del parametro della “**normale pratica industriale**” soprattutto riferita alla “**materia prima lavorata**” che il sottoprodotto va a sostituire. In senso contrario e minoritario, le proposte interpretative di V. Paone e G. Amendola, opp. citt.

might pose risks to the environment or human health, are monitored *under waste management law* in accordance with the precautionary principle.

e) Nella proposizione seguente, l'Organo di governo comunitario - riprendendo la fattispecie sub c), relativa ai sottoprodotti veri e propri - **esemplifica alcuni trattamenti** che possono interessare questi ultimi, senza trasformarne la qualifica in rifiuti.

** Si tratta di interventi per **modificare** la *taglia o la dimensione o la grandezza* (“**size**”) del sottoprodotto ed ogni forma di **trattamento meccanico**:

“On the other hand, a treatment **which is normal industrial practice**, e.g. **modification of size or shape by mechanical treatment**, **does not prevent** the production residue from **being regarded as a by-product**”.

Come osservato retro, sia la Commissione, sin dal **2007** (ed oggi con le conferme offerte dalle linee guida del giugno **2012**), che una parte della giurisprudenza italiana, anche della Cassazione (seguita di recente dal Governo, in tema di materiale da scavo), **non dubitano** della riconducibilità dei trattamenti appena indicati (*modifica delle dimensioni/grandezza/taglio del materiale o sul trattamento meccanico*) alla “normale pratica industriale”.

f) In un passaggio immediatamente successivo, la Commissione fornisce **degli esempi concreti** di tipologie di “sottoprodotti” (che peraltro sono ripresi, di sana pianta, dalla sua Comunicazione del 2007). Mi riferisco alle esemplificazioni dell'Allegato 1, punto 1, relativo alle “**Scorie e polveri derivanti dalla produzione siderurgica**” (pag. 12 dello stampato) che viene indicata con qualche nota aggiuntiva di commento (rispetto al documento del 2007) del seguente tenore:

“Per soddisfare il criterio di *essere utilizzato direttamente* senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale”, *il punto cruciale è quello di determinare che cosa sia la normale pratica industriale*”.

*** “Normale pratica industriale **può includere tutti i passi - interventi (steps) che un produttore avrebbe preso per un prodotto**, quali quelli in cui **il materiale viene filtrato, lavato, essiccato o vi sia l'aggiunta di materiali necessari per un ulteriore utilizzo**, o (si effettui) un controllo di qualità” (nella versione inglese: *Normal industrial practice can include all steps which a producer would take for a product, such as the material being **filtered, washed, or dried; or adding materials necessary for further use; or carrying out quality control***”).⁹⁰

g) Dopo un'ovvia frase parentetica, che fa salvi, escludendoli, i trattamenti con **natura e finalità di recupero**,⁹¹ la “Guida” conferma quanto già affermato nel 2007 e cioè che questi trattamenti **ammessi**, perché rientranti nella “normale pratica industriale,”

⁹⁰ Nel brano precedente, riferito alle “materie prime primarie”, si richiamano tutti i trattamenti (*processing*) cui esse sono sottoposte “prima di essere utilizzate in un processo di produzione”. Nel brano appena riportato si fa menzione di “tutti i passi (*steps* or *processing tasks*) che un produttore prenderebbe per un **prodotto**” cioè per realizzare un prodotto, “in cui il **materiale** viene essiccato, lavato, ecc.

⁹¹ Tuttavia, i “trattamenti” solitamente considerati una operazione “di recupero” non possono, in linea di principio, essere considerati come “normale pratica industriale” in questo senso (“*However, treatments usually considered as a **recovery operation** cannot, in principle, be considered as normal industrial practice in this sense...*”).

possono essere compiuti **anche da terzi** – a cui il sottoprodotto è ceduto, ex art. 5, lett. d), della direttiva, in questo brano:

“... Alcune di tali operazioni di trattamento” (“*processing tasks*”) **ammesse** “possono essere effettuate **sul sito** di produzione *del fabbricante*, altre sul sito del *primo utente*, altre dagli *intermediari*, nella misura in cui esse soddisfano il criterio di essere effettuate come **parte integrante di un processo di produzione**” (Some of such *processing tasks* can be carried out on the *production site* of the *manufacturer*, some on the site of the *next user*, and some by *intermediaries*, as long as they also meet the criterion of being 'produced as **an integral part of a production process**').

h) nella esemplificazione sopra menzionata – relativa alle **scorie di alto forno** prodotte contemporaneamente alla ghisa liquida - la Commissione fa espresso riferimento alla*** **frantumazione** come trattamento ammesso:

“... le scorie di altoforno sono prodotte in parallelo con la ghisa liquida. Il processo di produzione del ferro è *adattato per conferire alle scorie le caratteristiche tecniche richieste*, in base a una scelta tecnica operata all'inizio del processo di produzione che determina il tipo di scorie da produrre. Aggiungasi che *l'utilizzo delle scorie è peraltro certo per una serie di impieghi finali ben determinati ed esiste una domanda elevata*. Le scorie di altoforno possono essere **utilizzate direttamente** al termine del processo di produzione, senza doverle sottoporre ad alcuna trasformazione che non sia parte integrante del processo di produzione in corso (ad esempio, **la frantumazione**, per ridurle alle dimensioni richieste). Si può quindi ritenere che **la definizione di rifiuto non si applica** a questo materiale.⁹²

i) Dopo aver fornito dei criteri generali e delle esemplificazioni dei trattamenti consentiti – contrapposti alle operazioni di recupero - la “Guida” propone alcune riflessioni sull'ulteriore parametro della “**normale pratica industriale**”, in cui detti trattamenti devono rientrare.

In particolare indica una specifica disciplina cui far riferimento (il **documento BREF**: v. oltre) e prospetta un secondo caso esemplificativo.

1) Preso atto che il trattamento consentito del sottoprodotto presuppone che la sostanza o l'oggetto sia prodotto come *parte integrante di un processo di produzione*, si chiarisce che:

- “... il processo in cui il sottoprodotto viene generato deve essere **parte integrante** di un processo di produzione” (The wording of Article 5(1)(c) WFD requires that the substance or object 'is produced as **an integral part of** a production process. *It can be taken from this that the process where the by-product is generated has to be **an integral part of** a production process.*).

⁹² Di contro, la produzione delle **scorie di desolfurazione** – specifica la stessa Commissione – nel 2007 come nel 2012 – “... avviene a causa della necessità di **desolforare** il ferro prima di trasformarlo in acciaio. *Ricche di zolfo, queste scorie non possono essere **utilizzate o riciclate** nel circuito metallurgico*, ragion per cui sono generalmente smaltite in discarica. Un altro esempio è dato dalla **polvere estratta durante il processo di produzione dell'acciaio**, quando si depura l'aria all'interno dello stabilimento. Mediante un processo di estrazione, *la polvere è trattenuta da filtri*, i quali possono essere **puliti** e il cui **contenuto metallico riciclato è reintegrato nel ciclo economico**. Entrambi questi residui di produzione **sono pertanto rifiuti fin dalla loro produzione**, con il contenuto ferroso estratto dai filtri che cessa di esserlo una volta riciclato” (trattasi, infatti, di operazione di “riciclaggio” rientrate in quelle di recupero).

Pertanto un materiale, che è realizzato come già *pronto per l'uso*, come parte integrante del processo di produzione, può essere considerato come un **sottoprodotto** (“Therefore a material, which is made ready for further use, through an integral part of a production process, can be regarded as a **by-product**”).

2) Nel prosieguo dell'argomentazione, detta “*integrazione*” viene interpretata **in senso spaziale** come produzione del sottoprodotto nel processo produttivo realizzato **nello stesso impianto** (o sede dello stabilimento) come si inferisce dal seguente passo:

“Se un materiale **lascia il sito o stabilimento** in cui è prodotto al fine di sottoporsi ad un'ulteriore lavorazione, questa potrebbe essere *la prova* che tali operazioni (interventi) *non fanno più parte dello stesso processo di produzione*: questo squalifica il materiale come un sottoprodotto (If a material **leaves the site or factory** where it is produced in order to undergo further processing, this may be **evidence** that such tasks are no longer **part of the same production process**, thus disqualifying it as a by-product).

Questo tipo di prova (di natura *presuntiva*) risulta, però, **superata** ove si accerti che:

“ Tuttavia, secondo il principio della *verifica cumulativa*, in base all'articolo 5, comma 1, lett. b) della direttiva quadro, si deve inoltre tener in considerazione che: le operazioni di trattamento le quali ricadono nella “normale pratica industriale” **non escludono la classificazione di un residuo di produzione come sottoprodotto, indipendentemente da dove tale trattamento industriale viene effettuato**: nel sito del *produttore* del materiale, **nel sito** dell' impianto industriale che *utilizza* il materiale, o in un *sito intermedio*”.⁹³

3. Intendendo fornire delle esemplificazioni concrete, la Guida del 2012 propone la seguente vicenda (peraltro già suggerita nel 2007):

“... **gli impianti di desolfurazione di fumi eliminano** lo zolfo dai fumi - che si producono quando i *combustibili fossili* solforosi vengono bruciati nelle centrali elettriche - al fine di evitare tali emissioni che contribuiscono all'inquinamento atmosferico e delle piogge acide. Il materiale risultante, desolfurazione (FGD) **gesso, ha la stessa gamma di usi come gesso naturale**, in particolare nella produzione di cartongesso. *Il processo è modificato e controllato* per gesso FGD con le caratteristiche richieste. La generazione di gesso dai **residui della depurazione dei fumi** sul sito della centrale può essere considerata *come parte integrante di un processo di produzione* (Generazione di energia), e il gesso FGD, *un sottoprodotto*”.⁹⁴

⁹³ Queste esemplificazioni, e relative spiegazioni, erano già state espresse dalla Commissione nella Comunicazione del 2007. Nel testo inglese: “ However, following the cumulative test principle, Article 5(1)(b) WFD must also be taken into account: further treatment operations which are normal industrial practice **do not exclude the classification of a production residue as a by-product, irrespective of where such industrial treatment is carried out** — on the site of the generator of the material, on the site of the industrial facility using the material, or on an intermediate site”.

⁹⁴ Nella versione inglese: “*Flue gas desulphurisation facilities remove sulphur from the flue gases that are produced when sulphurous fossil fuels are burnt in power plants, in order to prevent these emissions contributing to air pollution and acid rain. The resulting material, flue gas desulphurization (FGD) gypsum, has the same range of uses as natural gypsum, notably in the production of plasterboard. The process is modified and controlled to produce FGD gypsum with the required characteristics. The generation of gypsum from the residues from flue gas cleaning on the site of the power plant can be regarded as an integral part of a production process (energy generation), and FGD gypsum a by-product*”.

4) La Commissione precisa, infine, dei *criteri generali* (piuttosto generici...) di orientamento in favore delle **Autorità di controllo** deputate a valutare, in sede amministrativa, l'esistenza o meno, *nel singolo caso concreto*, del sottoprodotto, in quanto la sua produzione costituisce "parte integrante del processo produttivo":

– "I seguenti punti possono essere considerati dalle autorità competenti a determinare in un caso particolare, se una sostanza o un oggetto è prodotta come parte integrante di un processo di produzione:

* Qual è *la natura e la portata* delle operazioni necessarie per preparare il materiale per il suo diretto uso successivo?

* Le attività che vengono intraprese *rientrano nella normale prassi industriale* e costituiscono anche "una parte integrante di un processo di produzione?"⁹⁵

5) Più specifico, invece, si presenta il rinvio al "...**documento di riferimento pertinente – REACH**" che, secondo la Giuda dell'U.E., "potrebbe essere preso in considerazione" ai fini della **qualificazione** del residuo produttivo come **sottoprodotto**, in base a quanto indicato a conclusione della seguente frase:

"Are the tasks that are undertaken as part of "normal industrial practice" also "an integral part of a production process"? The relevant Reference document – REACH might be taken into consideration".

Nel successivo par. 1.2.9., la Commissione esplicita quale sia *la relazione fra* una sostanza od oggetto che ha acquisto la qualifica del *sottoprodotto* e *il Regolamento REACH*, in questi termini:

"What is the *relationship between* achieving 'by-product' status and REACH legislation? An object considered a **by-product**, under the WFD, **is in principle subject to REACH Regulation (EC) 1907/2006**, since the exclusion provisions of Article 2 REACH Regulation No 1907/2006 apply to 'waste' only."

Ciò comporta, in linea di principio, che il **sottoprodotto è soggetto** alle prescrizione di detto Regolamento, come qualsiasi altra "sostanza", in quanto tale o **come componente di prodotti** (ex art. 2), atteso che le esclusioni previste dall'art. 2 si applicano solo ai rifiuti⁹⁶.

⁹⁵ Nel testo inglese: "The following points can be considered by competent authorities in determining in a particular case if a substance or object is 'produced as an integral part of a production process:

• What is *the nature and extent of the tasks* needed to prepare the material for direct further use? *How integrated are these tasks in the main production process?*

• "Are the tasks that are undertaken as part of 'normal industrial practice'". Queste attività sono "integral part of a production process".

⁹⁶ Questo il tenore dell'**articolo 2 - Ambito d'applicazione**: 1. Il presente **regolamento non si applica**:

a) alle sostanze radioattive...; b) alle sostanze, in quanto tali o in quanto componenti di preparati o articoli, che sono assoggettate a controllo doganale, purché non siano sottoposte ad alcun trattamento o ad alcuna trasformazione e che siano in deposito temporaneo o in zona franca o in deposito franco in vista di una riesportazione, oppure in transito;

c) alle sostanze intermedie non isolate;

d) al trasporto per ferrovia, su strada, per via navigabile interna, marittimo o aereo di sostanze pericolose in quanto tali e in quanto componenti di preparati.

2. I rifiuti quali definiti nella direttiva 2006/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (2) non sono considerati né sostanze, né preparati, né articoli a norma dell'articolo 3 del presente regolamento..... Omissis

Con la conseguenza che: “All REACH requirements (e.g. registration and communication obligations) have to be fulfilled where applicable”, con un’unica eccezione: “Regulation applies only on the condition that by-products **are not imported or placed on the market themselves.**”

Si ha la conferma di tale ultima affermazione nell’Allegato V, del Reg. dove *l’obbligo di registrazione è riferito testualmente ai* “sottoprodotti che sono appunto quelli indicati dall’art. 5, della direttiva:

-“ It should be noted that Annex V of REACH Regulation **includes** an exemption from the registration obligation concerning '**by-products**'. Note that the term '**by-products**' is not defined in REACH Regulation itself. The *Guidance Document for Annex V* of the REACH Regulation issued by the **European Chemicals Agency (ECHA)** refers to article 5 of the WFD for the definition of 'by-product'.⁹⁷

6) In conclusione, nei passi decisivi del Documento esaminato (“*Guidance on the interpretation of key provisions of DIRECTIVE 2008/98/EC on waste*”) del 2012, testualmente richiamati sopra, **la Commissione:**

- a) conferma, sostanzialmente, la interpretazione complessiva della nozione di sottoprodotto, già formulata nel 2007, nei suoi punti salienti;
- b) fa intendere, espressamente, che la **nuova disciplina dell’art. 5**, della direttiva del 2008, ha **ratificato e formalizzato** – non rivoluzionato... – gli approdi giurisprudenziali e le ricostruzioni teoriche che essa stessa aveva formulato sotto la normativa previgente;
- c) chiarisce, in modo univoco, con riferimento alla “*normale pratica industriale*”, che in essa rientrano **tutti quei trattamenti** che l’imprenditore compie **sulla materia prima** su cui opera il processo produttivo (“Normale pratica industriale **può includere tutti i passi-interventi (steps) che un produttore avrebbe preso per un prodotto**, quali (quelli in cui) il materiale viene filtrato, lavato, essiccato, o vi sia l’aggiunta di materiali necessari per un ulteriore utilizzo...”);
- d) chiarisce che il sottoprodotto è soggetto alla regolamentazione REACH proprio in quanto **prodotto** e non rifiuto e pertanto è sottoposto *a controlli ed obblighi di registrazione, comunicazione, ecc.*⁹⁸

⁹⁷ Ecco il testo: **ALLEGATO V - ESENZIONI DALL’OBBLIGO DI REGISTRAZIONE A NORMA DELL’ARTICOLO 2, PARAGRAFO 7, LETTERA b)**

1. Sostanze risultanti da una reazione chimica che si produca in connessione con l’esposizione di un’altra sostanza o di un altro articolo a fattori ambientali quali aria, umidità, organismi microbici o luce naturale.
2. Sostanze risultanti da una reazione chimica che si produca in connessione con l’immagazzinamento di un’altra sostanza, di un altro preparato o di un altro articolo..... Omissis

5. Sottoprodotti, tranne se sono essi stessi importati o immessi sul mercato... Omissis

⁹⁸ Un noto tecnico (chimico), cultore della materia ambientale, **Mauro Sanna**, ne *La normale pratica industriale*, in *Industriambiente.it*, - con riferimento a) ai **trattamenti ammessi** - ipotizza, per i sottoprodotti non ancora disciplinati dalla Commissione U.E. o dai Governi nazionali, che il *criterio di ammissibilità* sia da ricercare nella comparazione fra: a) gli interventi che si intendono effettuare su di essi e quelli che risultano

normalmente eseguiti *sulla materia prima* nello specifico settore e/o attività produttiva a cui i sottoprodotti risultano destinati. Analogamente si dovranno poi confrontare: b) le **caratteristiche del sottoprodotto** con quelle della materia prima. La dimostrazione dei dati costitutivi del raffronto (che dovrebbero *coincidere...*) *sarebbe posta a carico* di chi afferma che il trattamento praticato sul residuo produttivo **rientra nella n. p. i.**, in base alla regola dell'*inversione dell'onere della prova*.

Su tale premessa logica – fondata sul convincimento che il sottoprodotto debba avere le stesse caratteristiche e gli stessi trattamenti della materia prima (sostituita) - si suggerisce che “... **sarà utile riferirsi** a quelli previsti e definiti dalle *norme UNI o altre norme similari* e, se presi in considerazione nelle IPPC” (cioè dall’A.I.A.), “... al *Bref del settore relativo...* Ovvero, in caso di assenza, *ai manuali operativi di settore dedicati a quella specifica attività*”. Anche **le caratteristiche del prodotto ottenuto** dal materiale residuale, saranno “.. quelle riscontrabili nelle norme UNI relative ”...e devono esser uguali alle caratteristiche del prodotto ottenuto .. non usando il sottoprodotto ma le materie prime originarie”.

L’opinione espressa dal menzionato Autore - prima in termini di suggerimento (“... **sarà utile riferirsi** a quelli...”) poi sotto forma di **obbligo** (“...**non possono che essere quelli** ...) - desta molte perplessità. L’affermazione di principio (ma con rilevanti effetti pratici) secondo cui i trattamenti effettuati sul sottoprodotto e i suoi caratteri merceologici devono coincidere (cioè essere comuni), nei termini sopra riportati, a quelli propri della materia prima, non ha fondamento giuridico.

1. Sia la risalente *giurisprudenza*, comunitaria e nazionale, in cui va ricercata l’origine della nuova categoria (e dei suoi specifici connotati) che *la successiva normativa* - dell’U.E. e interna - *non consentono* di sostenere questa necessaria **equiparazione e identità di attività** (trattamenti) e di **connotati** (merceologico-ambientali). Lo stesso dicasi per la dottrina formatasi sull’argomento, richiamata nel testo e nelle note.

2. Un requisito così decisivo, per la sussistenza della nozione di sottoprodotto, *avrebbe dovuto essere esplicitamente indicato* nell’ambito della *definizione e/o delle quattro condizioni* poste dall’art. 5, della direttiva ove, all’opposto, non si richiede siffatta corrispondenza (di trattamenti e caratteri e relativo onere di a verifica). Proprio in ragione della **non costitutività** di tali requisiti, neppure sembra prevedibile che essi verranno introdotti *nei “criteri”* di cui al comma due dell’art. 184-bis, ovvero nelle “*misure*” previste dall’omologo comma della norma comunitaria, in termini così rigorosi.

3. Quando nella lett. d) dell’art. 184-bis, ai fini di una *maggiore certezza dell’utilizzo effettivo* del sottoprodotto e della *legalità della sua circolazione*, si richiede che vengano soddisfatti “... i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell’ambiente..” **non si è inteso né si è voluto** imporre: a) che, dopo il trattamento, *il sottoprodotto rivesta le medesime caratteristiche della materia prima da sostituire*. Sia le fonti comunitarie che la dottrina riconducono tale condizioni alla sostanziale esigenza che le *caratteristiche merceologiche* del sottoprodotto e il suo utilizzo *non provochino condizioni peggiorative* all’ambiente rispetto a quelle delle attività produttive, ovvero, *a impatti complessivi negativi*, in senso lato (oltre all’ulteriore giustificazione secondo cui, se l’utilizzo non fosse legale, il detentore avrebbe l’obbligo di disfarsi del materiale [da cui discenderebbe la sua diversa natura di “rifiuto”). Aggiungasi che, con riferimento agli **impatti derivanti dall’uso del sottoprodotto**, l’U.E. non ha voluto pronunciarsi specificamente, benché qualche Stato abbia posto il problema se l’uso del sottoprodotto non debba avere impatti significativamente più elevati di quelli derivanti dall’utilizzo della materia prima vergine ovvero meno elevati degli impatti generati dalla gestione dei rifiuti (v., sul punto, **Röttgen, Commento alla direttiva** cit. pagg. 60/62).

4. Ove si imponga, in via interpretativa, un obbligo del genere – possesso delle stesse caratteristiche merceologiche-ambientali della materia prima primaria sostituita – **si chiuderebbe del tutto la porta all’applicazione**, in concreto, **delle norme** sul “sottoprodotto”, in evidente conflitto *con il principio della gerarchia dei rifiuti* oltre che di espansione dell’utilizzo di questo tipo di residuo produttivo. Lo stesso è a ripetersi **sul piano economico**: il ricorso al sottoprodotto verrebbe *penalizzato o disincentivato*, ove si costringesse l’impresa ad impiegare sottoprodotti con le medesime caratteristiche della materia prima rimpiazzata ovvero a sobbarcarsi a trattamenti che consentano di raggiungere questo scopo, ove mai fosse possibile.

5. Le stesse ragioni, appena esposte, non permettono di condividere l’affermazione secondo cui “...i trattamenti a cui sottopone il materiale residuale ... **non possono che essere quelli** previsti dal BREF di settore o dalle norme UNI relative ecc.”. Anche questa affermazione, peraltro non motivata, è priva di riscontri di diritto positivo perché le norme **non impongono** espressamente o implicitamente quelle tipologie di trattamenti; né tale specificazione è rivolta alla Commissione (art. 5, comma 2) o ai Governi degli Stati membri (v. art. 184-bis, comma 2) per le misure integrative da adottare obbligatoriamente. E, d’altronde, tale assunto *riceve una chiara smentita nel recente D.M. 161/2012* che, nelle sue prescrizioni tecniche e comportamentali, individua **dei trattamenti** autonomi e specifici (vedili in Allegato 3).

Altrettanto va ripetuto in ordine alle “**caratteristiche merceologiche e ambientali**” delle terre e rocce per le quali), il Decreto 161, lungi dal pretendere una coincidenza o corrispondenza con le caratteristiche delle terre “vergini” (*suolo escavato non contaminato, altro materiale allo stato naturale*: v. artt. 185, comma 1, lett.

7. I trattamenti “rientranti nella n. p. i. come quelli operati dall’impresa sulla “materia prima”: inaccettabilità dei limiti posti dalla sentenza n. 17453/2012.

Si è osservato, nel commentare la sentenza n. 17453/2012, che la S.C. interrogandosi sul significato della nuova formula (“normale pratica industriale”) – in base alla duplice premessa della “genericità della disposizione” e della aprioristica affermazione che comunque essa “non poteva comportare trasformazioni radicali del materiale trattato” – opta per una nozione di “trattamento” (vietato) *estesissima*, desunta,

c) e comma 4, ha fissato dei criteri-limite di qualità tecnica e ambientale oltre i quali detti residui non possono essere più qualificati come sottoprodotti (si rimanda agli allegati I – 9 del decreto e si sottolinea, in specie, quanto indicato nell’ultima frase dell’allegato 3: “Mantiene la caratteristica di sottoprodotto quel materiale di scavo anche qualora contenga la presenza di pezzature eterogenee di natura antropica non inquinante, purché rispondente ai requisiti tecnici/prestazionali per l’utilizzo delle terre nelle costruzioni, se tecnicamente fattibile ed economicamente sostenibile”. Sui requisiti di qualità ambientale, v. l’All. 4, Tabella 4.1. secondo cui “... l’utilizzo dei materiali da scavo, come sottoprodotto, è garantito quando il contenuto delle sostanze inquinanti all’interno del materiale da scavo sia inferiore alle CSC di cui alle colonne A e B, Tabella I, Allegato V, Parte IV del TUA. Come dire che è ammessa una presenza di sostanze inquinanti, entro l’indicato limite. Il che esclude il principio secondo cui il sottoprodotto debba avere le stesse caratteristiche della materia prima, allo stato naturale ovvero i medesimi “trattamenti”).

6. Si conferma, da ultimo (v. p. 3), che pretendere che il sottoprodotto “... dovrà avere delle sue proprie caratteristiche che non potranno che corrispondere a quelle definite dalle norme Uni....per la materia prima utilizzata nel processo produttivo ...” significherebbe la sostanziale **sterilizzazione o inapplicazione** dell’art. 184-bis. E d’altronde anche da un punto di vista tecnico, merceologico e logico, non si vede come possa pretendersi tale “corrispondenza di caratteristiche” fra uno **scarto di produzione** qual è il sottoprodotto – che conserva comunque le tracce (indesiderate) delle sostanze impiegate nel processo produttivo, tanto da poter essere trattato secondo la n. p. i. - e una materia prima primaria (che, per definizione, non risulta interessata da alcuna precedente manipolazione). In definitiva, i sottoprodotti costituiscono pur sempre dei residui produttivi che, per la loro origine, rivestono caratteristiche diverse (*il più delle volte inferiori e/o peggiori*) rispetto a quelle delle materie prime “vergine”, tali da richiedere, sovente, appositi trattamenti (che, ove pure della stessa natura di quelli applicati alle materie sostituite, potrebbero comunque risultare più spinti e/o di diversa e/o maggiore incisività).

7. L’Autore cit. sembra voler porre un **rapporto giuridico diretto di assoggettamento del residuo produttivo alle “norme UNI relative o del BREF o del manuale di settore”**, lasciando intendere che dette prescrizioni **si impongano**, in modo **vincolante**, sulla sua gestione. Ebbene, è appena il caso di chiarire che le norme UNI e le altre “normative simili” costituiscono disposizioni di tipo “volontaristico” prive, di per sé, di una efficacia obbligatoria e cogente (v., *ex multis*, **TAR Lazio, Roma, Sez. II, 14 ottobre 2010, n. 32824** secondo cui “... i documenti BREF sono elaborati in sede UE al fine di suggerire agli Stati membri ed agli operatori del settore l’individuazione delle BAT (migliori tecniche disponibili) e le condizioni di applicabilità alle singole vicende. In tal caso, le regole scaturite dai BREF e, in particolare, i livelli d’emissione là posti non esprimono né valori massimi inderogabili, né tampoco valori limite d’emissione per i singoli inquinanti, servendo piuttosto ad indicare (**seri**) **modelli di riferimento**, applicati sulla scorta delle linee-guida, per migliorare allo stato dell’arte le prestazioni ambientali. Dal canto loro, dette linee-guida vanno non eseguite tout court, ma applicate in modo calibrato al tipo ed alle particolarità dell’impianto e del sito in cui si colloca, negli ovvi limiti non solo delle conoscenze tecniche, ma soprattutto della loro **sostenibile realizzabilità tecnica ed economica nel singolo contesto**, al fine d’ottenere il miglioramento sperato in termini di valori d’emissione”. Queste prescrizioni, dunque, possono assumere **rilevanza giuridica prescrittiva** solo qualora siano **recepite o richiamate** da altre fonti normative - direttamente efficaci e cogenti a carico del soggetto destinatario (per es. il titolare dell’impresa che gestisce il sottoprodotto) – ovvero da provvedimenti amministrativi (gli atti autorizzatori all’esercizio di attività industriali: per es. l’AIA). Solo a queste condizioni, qualora non vengano rispettate le specifiche tecniche o i trattamenti dettati dalle norme UNI, ecc. - **richiamate in sede autorizzatoria** - il residuo produttivo non sarà qualificato dall’Autorità amministrativa come sottoprodotto. Ma, in tal caso, detta qualifica potrà essere negata, con conseguenze anche di tipo penale, *non perché* i trattamenti cui è sottoposto il residuo siano difformi dalle “norme UNI... BREF o dei manuali di settore” ma in quanto l’utilizzo del sottoprodotto risulterebbe *contrario ad una prescrizione di autorizzazione* e quindi **non “legale”**, in violazione della lett. d) dell’art. 184-bis cit. (Il che significa che quel residuo, oggetto del medesimo tipo di “trattamento”, qualora impiegato in un altro processo produttivo assentito da una autorizzazione *che non richiami le stesse norme UNI*, ben potrebbe legittimamente configurarsi come sottoprodotto, in presenza delle altre condizioni di legge).

incomprensibilmente⁹⁹, dalla precedente disciplina sul **conferimento in discarica** dei rifiuti (del 2003), del tutto settoriale e non pertinente (in quanto afferente la gestione dei residui **rifiuti** anziché quella dei residui- **sottoprodotto**: v. retro par. 3. 2.e 3.3.).

Costretta, poi, a ricondurre tale nozione nell'ambito della lett. c) del comma 1, dell'art.184-bis – cioè all'interno del **nuovo parametro normativo** individuante i trattamenti ammessi, *perché compatibili* con la “normale pratica industriale” - lo stesso Collegio sceglie, *con assai dubbia coerenza*, un parametro tecnico-normativo che riguarda gli interventi che si compiono “normalmente” sulla **materia prima**, estendendo, implicitamente, a dismisura, i trattamenti consentiti¹⁰⁰.

Mi sembra, infatti, del tutto intuitivo, sulla base di un dato di comune esperienza – confermato dalla prassi e dalle tecnologie di processo presenti (e, ancor più, future) – che, sulla **materia prima** (che il sottoprodotto va a sostituire, a vantaggio del suo utilizzatore, perché meno costoso sul mercato), l'imprenditore **è libero di compiere tutti gli interventi utili e necessari** (cioè tecnologicamente funzionali) **a realizzare il prodotto finale**, senza alcuna limitazione tecnica o *giuridica* del tipo di quelle dirette, invece, al sottoprodotto già pronto per l'uso, come bene finale (v. retro, par. 4; 4.1 e 6)¹⁰¹.

⁹⁹ Vedi gli Autori citati a note 44 e 101.

¹⁰⁰ Ecco il passo: “...Tale lettura della norma, *suggerita dalla dottrina* e che considera conforme alla normale pratica industriale **quelle operazioni che l'impresa normalmente effettua sulla materia prima** che il sottoprodotto **va a sostituire**, sembra maggiormente rispondente ai criteri generali di tutela dell'ambiente cui si ispira la disciplina in tema di rifiuti..., rispetto ad altre pur autorevoli opinioni che, *ampliando eccessivamente il concetto*, rendono molto più incerta la delimitazione dell'ambito di operatività della disposizione e più alto il rischio di una pratica applicazione che ne snaturi, di fatto, le finalità”.

¹⁰¹ In tema, cfr. **P. Fimiani**, *La tutela penale... cit.*, 2011, pag.146 e ss., secondo cui, in base alla giurisprudenza italiana, citata in nota, sul sottoprodotto si è pervenuti ai seguenti punti fermi: 1) “non è necessario che il materiale qualificato “sottoprodotto” avvenga nello stesso processo produttivo da cui ha avuto origine, potendo essere utilizzato anche presso altre imprese per le quali viene commercializzato, con certezza; 2) non rientrano fra i trattamenti proibiti la selezione e cernita (cfr. **Cass. pen., sez. 3, sentenza n. 41839/2008**, con riferimento agli *scarti legnosi e residui di lavorazione meccanica del legno: segature, tondelli, cortecce, cippato* utilizzati come biomasse vegetali per un impianto di produzione di energia: v. pagg. 153/156); 3) quanto **ai trattamenti ammessi**, escluso il precedente “riferimento normativo” (trattamenti preventivi, trasformazioni preliminari), si è introdotto **un criterio merceologico** – “la normale pratica industriale” – che costituisce una “*circostanza di fatto desumibile dalla prassi*”, con rischio di violazione dell'art. 25 Cost. (ove tale circostanza non risponda “a parametri di oggettività e certezza”).

Con riferimento alle operazioni indicate di *frantumazione, lavaggio essiccazione, omogeneizzazione, raffinazione, controllo di qualità, ecc.* (v. nota 67 a pag. 157 del volume cit.), l'attento Autore si chiede quali siano “le basi giuridiche di riferimento” per sostenerne la ammissibilità/legittimità. E la risposta che mi sono dato non sembra – a mio avviso - né difficile né *forzata*: le attività – sopra elencate - **sono state enucleate** (in quanto ritenute ammissibili sul sottoprodotto) **da una** (parte della) **giurisprudenza nazionale** (anche di legittimità) **e comunitaria** (si vedano le sentenze richiamate nei paragrafi precedenti, sub nn. **4 e 4.3. e nota 37 di par. 3.1.**), in un periodo in cui la nozione di sottoprodotto era già riconosciuta dalla giurisprudenza (e, prima ancora, dalla dottrina), **in via interpretativa**, in attesa di un doveroso (anche se tardivo) riconoscimento formale del legislatore.

Di più: l'art. 5, della direttiva 2008/98, che riconosce formalmente tale categoria giuridica, lungi dal formulare **una nozione affatto nuova** (e magari più restrittiva), per convincimento pacifico - autorevolmente esplicitato e **avallato dalla Commissione CE**, nel 2007 e nel 2012 (v. parr. **4.1. e 6**) - **ha fatto propri, recependoli, i criteri** elaborati proprio dalla giurisprudenza citata, **dilatandoli**, come diffusamente riconosciuto, sulla base di “prassi consolidate” nei 27 Stati membri, con riferimento a settori produttivi ben individuati (e menzionati espressamente dalla Commissione CE: settori siderurgici, agroalimentari, della combustione, della produzione del legno, della carta, del vetro, ecc.) **nei quali si riscontrano**, sul sottoprodotto, attività – appunto - di *frantumazione, lavaggio essiccazione, omogeneizzazione, raffinazione, controllo di qualità, ecc.* Questa, dunque, **“è la base giuridica di riferimento”**: una giurisprudenza “pretoria” che risale agli anni '90 del secolo scorso, fondata, fra l'altro, secondo il diritto positivo: a) sulla **assenza** (nei singoli casi) di alcuni elementi costitutivi della nozione giuridica di “rifiuto” e b) sulla **presenza** di altre condizioni, affatto proprie, formalizzate e ratificate – da ultimo - dall'art. 5 (quali: l'utilizzo diretto, senza operazioni di recupero; gli

Come è noto, l'impresa normalmente effettua sulla materia prima **i più ampi interventi di manipolazione** – fisici e/o chimici e/o termici e/o biologici e/o di miscelazione con altre materie prime - realizzando “*mutamenti strutturali*, delle componenti fisico-chimiche-biologiche del materiale, **assai più spinti** della semplice *separazione, selezione, macinazione, frantumazione*, di cui si è detto retro, **purché funzionali** al raggiungimento del prodotto finito programmato.

Sul punto anche la dottrina più attenta (con collaudate conoscenze tecniche) è concorde, quando rileva che “... *Nei processi di produzione dei beni*, le **materie prime vengono ordinariamente sottoposte a trasformazioni [anche] profonde (trattamenti) finalizzate**, appunto, a far perdere la loro originaria identità, per dare luogo alla realizzazione dei beni, oggetti o nuove sostanze che costituiscono il «fine» dell'attività produttiva”¹⁰².

interventi ricadenti nella *n. p. i.*; ecc.). E' chiaro, poi, che, nel **caso concreto**, dovrà accertarsi se il trattamento praticato dal singolo imprenditore rientri o meno in dette “prassi” (normativamente descritte come “normale pratica industriale”).

Restano ovviamente margini di indeterminatezza e il rischio che *nuove forme di trattamento*, essendo *innovative e non diffuse*, siano considerate vietate sol perché non consolidate ancora come “pratica normale”; 4) secondo **Fimiani**, “il concetto di **ciclo industriale è ampio**” e ricomprende .. “tutte le attività organizzate per la produzione di beni, *incluse quindi le attività edilizie e quelle agricole* .. finalizzate alla *trasformazione e o valorizzazione* della produzione agricola” (ivi, pag. 158). Da ultimo, non ritengo di poter condividere, per le ragioni ampiamente esposte nei primi paragrafi, l'affermazione del medesimo **A.** secondo cui la normativa sul sottoprodotto possa qualificarsi, in senso proprio, **come “derogatoria”** rispetto a quella sui rifiuti. In quanto, come ripetuto, si tratta di due nozione (rifiuto / sottoprodotto) *autonome ed alternative*. Donde la incongruenza e non condivisibilità della deduzione - che se ne ricava - sull'**onere della prova** (la quale incomberebbe sull'interessato) attesa la presunta... **eccezionalità** della relativa disciplina (presunzione che si allontana e *contraddice* la previsione dell'art. 4, comma 1, lett. a), della direttiva 2008/98, sulla “gerarchia dei rifiuti”, la quale pone all'impresa, come obiettivo primario, la “**prevenzione**”, cioè la non produzione del rifiuto e dunque **l'utilizzo del residuo o dello scarto produttivo**, come sottoprodotto, ogni volta che sia possibile (per condizioni di *qualità e caratteristiche* del materiale, per motivi *tecnologici, di mercato* ecc. V. retro per ulteriori riflessioni).

¹⁰² Così. **A. Muratori**, *Sottoprodotti: la Suprema Corte in difesa del sistema Tolemaico?*, cit., in *Ambiente&Sviluppo*, n. 7/2012, nota 15, pag. 609. il quale, rileva, fra l'altro : “Ma, a ben vedere, anche tale opzione” (trattamenti effettuati **sulle materie prime**, come indicato in sentenza), “...è ben lungi dal risultare risolutiva: sia perché **praticamente sconfinata**, sia perché **non è raro** che un sottoprodotto possa essere impiegato, ad esempio, **come reagente o come catalizzatore**, nell'ambito di un ciclo produttivo (finalizzato alla realizzazione di un determinato bene), in sostituzione di *sostanze pure* (che non sono però *materie prime*), di regola acquistate pronte per l'uso; o può avvenire che, *grazie all'additivazione del residuo*, da sottoporre a trattamento *pur minimale* per un impiego utile, il prodotto, ferme restandone le materie prime, *assuma caratteristiche diverse*. In questi casi, dunque il tentativo di giocare sull'eventuale omogeneità dei trattamenti previsti sulla materia prima ordinariamente impiegata per realizzare un bene, o sul sottoprodotto impiegato in sua vece, e' destinato al più completo fallimento, *perché il sottoprodotto svolge un ruolo diverso nel processo produttivo del bene, e non ne sostituisce alcuna materia prima.*”

Assume una posizione critica nei confronti di **A. Muratori**, **G. Amendola**, ne *Il partito del sottoprodotto* cit., il quale non accetta che, nella “normale pratica industriale”, possa rientrare *qualsiasi intervento* anche quello che comporti **una trasformazione radicale** che stravolga l'originaria natura del residuo, perché tale tesi si pone in *contrasto* con gli indirizzi della Corte di giustizia europea e con quelli della Cassazione” (si cita la sentenza n. 17453/2012 che esclude gli interventi radicali .. e manipolativi del residuo diversi da quelli ordinariamente effettuati nel processo produttivi nel qual esso viene riutilizzato, nonché la sentenza n. 45023/del 2011, ric. Negrini). Nonostante l'ambiguità, la formula della **n. p. i.**, secondo **G. Amendola** “... vuole quanto meno imporre **precisi limiti ai trattamenti**”, per es. l'uso del residuo “**direttamente**”.

Su tale ultimo rilievo, è appena il caso di osservare, come ripetuto sino alla noia, che l'impiego *diretto* va declinato *contestualmente* alla “normale pratica industriale” e che, pertanto, *dopo la sua venuta ad esistenza*, il sottoprodotto può ancora essere trattato (appunto “secondo la n. p.i.”) **prima - e al fine** - del suo utilizzo (dal produttore e dal terzo).

Subito dopo l'affermazione di principio, appena riportata, lo stesso **A.** aggiunge però che, a suo avviso, **l'utilizzo diretto** “... può comprendere anche un residuo oggetto di trattamento *in fase di produzione* al fine

di renderlo **successivamente utilizzabile**” (l’idea non è nuova perché espressa da tempo - dal 2007 - dalla Commissione UE). Mi permetto solo di aggiungere che, *prima della nascita del sottoprodotto*, **non ci sono limiti** nei trattamenti adottati dal produttore nel processo di produzione e che **di limiti** si può parlare solo *dopo la venuta ad esistenza* del sottoprodotto, in ragione della successiva utilizzazione, come già osservato da **Röttgen** op. cit. a nota 53).

Per **G. Amendola** la dottrina avversata sosterebbe che sarebbe consentito “... qualsiasi tipo di intervento, anche di trasformazione radicale, **nel ciclo produttivo a valle**, cioè quello che lo trasforma in un bene per il mercato”. “L’equivoco” consisterebbe nel fatto che ... il ciclo a valle deve utilizzare il residuo per produrre un bene che potrebbe venire prodotto anche con una materia prima **e non deve servire invece per consentire l’utilizzo del residuo**, perché in tal caso, si tratterebbe di un’operazione di recupero di un rifiuto.” Peraltro, queste battute finali, contenute nella nota critica cit., a prescindere dal merito, sono male indirizzate a **Muratori**, perché tratte..... da un articolo di **S. Maglia**. in *Ambiente e Sviluppo*, 2012, op. cit., pag. 619.

Secondo **Muratori**, invece, poiché il sottoprodotto può svolgere diversi “ruoli” (cioè può essere utilizzato in sostituzione di *diversi tipi di materiale*: prodotto, semilavorato, **materia prima**, reagente, ecc.) – analogamente a quanto si ritiene in questo scritto (v. par.8.2., in conformità e alla lettura di **L. Prati** cit.) – appare evidente che il produttore o l’utilizzatore, per trasformare il sottoprodotto-materia prima in prodotto finale, lo potrà/dovrà assoggettare, necessariamente, anche a trasformazioni radicali che ne **mutino l’identità** (altrimenti resterebbe materia prima.....). Si legge, infatti, a **nota 15** di “*Sottoprodotti: la Suprema Corte in difesa del sistema tolemaico?*” cit. che “Nei processi di *produzione di beni*, le **materie prime** vengono ordinariamente sottoposte a trasformazioni (anche) **profonde (trattamenti), finalizzate**, appunto, a **far perdere la loro originaria identità**, per dar luogo alla realizzazione di **beni, oggetti o nuove sostanze** che costituiscono il “fine” della attività produttiva”. Questa lettura, oltre ad essere *realistica e giuridicamente ineccepibile*, è stata *implicitamente e poco coerentemente* accolta nella sentenza, in oggetto, con la seguente espressione (v. punto 8) : (sono) “ conformi alla normale pratica industriale quelle operazioni che l’impresa **normalmente effettua sulla materia prima che il sottoprodotto va a sostituire**”. Con il solito garbo e arguzia, lo stesso Autore aggiunge: “ ... Infatti, per quanti sforzi facciamo, ... le nostre forse sopite competenze tecniche *non ci suggeriscono alcun processo di produzione di beni*, all’interno del quale i trattamenti **indifferentemente applicabili alle materie prime o a potenziali sottoprodotti** presentino, contestualmente, e fino in fondo (in termini ovviamente rigorosi), *i due requisiti prescritti dalla S.C.: assenza di trasformazioni radicali e interoperabilità*” (cioè possibilità di sostituzione del sottoprodotto alla materia prima vergine). Il trattamento radicale non serve, dunque, “per il riutilizzo (o recupero)” del residuo-rifiuto (al fine di produrre una materia prima secondaria, come prospetta o teme **Amendola**) **ma per utilizzare un residuo- sottoprodotto** che ha già le caratteristiche della materia prima (che va a sostituire la materia prima vergine) *per produrre un bene*.

Nella stessa logica, ove il sottoprodotto sia *destinato a sostituire un semilavorato o, più ancora, un prodotto finito*, i trattamenti necessari, secondo la n. p. i., saranno più ridotti, fino ad essere **minimi o nulli** nel caso di sottoprodotti già pronti per una loro utilizzazione come beni finiti (v. par. 8.2).

Neppure convince del tutto la tesi di **Maglia**, secondo cui bisogna distinguere due processi: **quello di origine** (a monte) del materiale, “che potrebbe essere classificato come tale” (sottoprodotto) e quello “... **a valle**, cioè il successivo (eventuale) processo produttivo che lo trasforma in un bene per il mercato”, per il quale sarebbero sempre **consentite** (a differenza del primo) **trasformazioni radicali** (v. op. cit. pag. 612).

A mio avviso l’entità e la eventuale radicalità del trattamento, rientrando nella n.p.i., vale tanto per *il primo processo* (dopo che sia stato generato il sottoprodotto ove, per es. lo si tratti come materia prima secondaria) che *per il secondo* (quello del terzo utilizzatore) *in base al dato normativo che non distingue le due fasi* (del produttore e/o del terzo) e all’interpretazione più diffusa (compresa quella della Commissione U.E.), come indicato nel testo.

Conclusivamente, le argomentazioni di **Amendola** sono da disattendere perché:

- 1) **la n. p. i.** può essere costituita anche da “*trasformazioni radicali*” come nell’ipotesi considerata del sottoprodotto-*materia prima*;
- 2) tale diversa interpretazione rispetta sia il dato testuale che la *ratio* della norma (che non va confusa né con “*la ratio complessiva della normativa dei rifiuti*” né con quanto emerge dalla giurisprudenza della CGCE, *anteriore* all’art. 5). Nel processo produttivo, in cui si usa il residuo-materia prima, il suo utilizzo comporta **necessariamente** trasformazioni radicali, come chiarisce **Muratori**, per arrivare ad un bene finale (macinazione, triturazione, miscelazione, aggiunta di altro materiale, ecc.);
- 3) l’interpretazione suggerita dall’**Amendola** *non costituisce “l’unica condizione possibile* per garantire la tutela della salute e dell’ambiente ad opera di rifiuti mascherati da sottoprodotti”. Poiché, come sottolinea perspicuamente **Cass. pen. n. 25203/2012** (rel. *Fiale*), cit. retro a par. 4.3. – secondo cui “sottoprodotto è ciò che non è mai stato rifiuto, costituendo, invece, materiale *immediatamente riutilizzabile*”, ovviamente

Nello stesso senso, si è sottolineato che: “.. si impone quindi una lettura sistematica, che consenta di bilanciare due opposte letture che porterebbero entrambe a risultati paradossali. Nonostante l’inevitabile permanere di aree grigie, dovrebbe potersi affermare che certamente rientrano nella “normale pratica industriale:

- “.. **tutte quelle attività industriali** che possono essere **indifferentemente condotte con un sottoprodotto piuttosto che con una materia prima, un intermedio od un prodotto** senza che ciò comporti aggravii sotto il profilo dell’impatto ambientale.”

“Volendo esemplificare, un processo di **distillazione o raffinazione** di una sostanza, così come **la rifusione** di uno scarto di produzione metallico, rientrano certamente nella “normale pratica industriale” a prescindere dal fatto che essi intervengano su un materiale “*vergine*” piuttosto che **decadente da un altro processo industriale finalizzato alla produzione di un diverso bene primario**. Si tratta quindi di **trattamenti identici o comunque assimilabili** a quelli a cui l’impresa sottopone *prodotti, intermedi o materie prime* che certamente non costituiscono rifiuti in forza della loro origine”¹⁰³.

Come si vede, con la **distillazione, raffinazione e ri-fusione**, siamo ben al di là della semplice “separazione” (nozione ripresa dalla disciplina dei rifiuti destinati alla discarica) e dalla **logica del divieto** di operare “*trasformazioni radicali o mutamenti strutturali*” (del tutto corretta per la **gestione dei rifiuti**, ma illogica e irrealistica, sul piano industriale, se riferita ai “sottoprodotti sostitutivi delle **materie prime**”).

“**senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale**” - non possono essere confusi i requisiti del rifiuto con quelli del sottoprodotto.

Si potrà, pertanto, accertare, fin dall’origine ed in ogni momento successivo - da parte degli organi di controllo - la sussistenza degli uni o degli altri, stante *la loro marcata differenziazione* (adottando le relative misure preventive e cautelari) ai fini della tutela della salute e dell’ambiente. Ma guai a confonderli o a ritagliare una nozione “restrittiva” di sottoprodotto confezionandola su un preventivo, ideologico intento di “ampliare la nozione di rifiuto” con “.. l’obbligo di limitare al massimo la nozione di sottoprodotto” (così **G. Amendola**, in *Sottoprodotti: le prime sentenze ecc. cit.*) contro il dettato della legge e i programmi comunitari di *rafforzamento ed espansione* della nuova categoria giuridica. In tal modo sottovalutando le sue forti potenzialità e soprattutto - per rispondere al menzionato A. - *le finalità ambientali di ridurre preventivamente la produzione di rifiuti* (come si desume dai “Considerando” nn. **6 e 8** della direttiva 2008/98CE, dall’univoco tenore **in favore** dell’**espansione** dell’area del sottoprodotto, alla cui utile lettura, si rinvia (v. retro, n. 21). Ovvero perseguire lo stesso fine (di restringimento o ridimensionamento della portata dell’art. 184-bis, in favore dei rifiuti) con lo strumento più *sottile ed episodico* dell’ermeneutica giuridica, tramite sentenze “restrittive” fondate, come nei casi considerati, sul criterio dell’utilizzo “tal quale”.

¹⁰³ Così **L. Prati**, “*La nuova definizione di sottoprodotto ed il trattamento secondo la “normale pratica industriale”*”, in *AmbienteDiritto.it* del 15 febbraio 2011, cit. a nota 7. In precedenza, v. **P. Giampietro**, *Rifiuti, sottoprodotti e M.P.S. nella nuova direttiva CE*, in *AmbienteDiritto.it*, del 28 giugno 2008, cit., in questi termini: “L’art. 5 sceglie cioè di sottrarre al pesante regime dei rifiuti, per affidarla alle leggi del commercio, l’ampio e fiorente mercato di quei prodotti che, pur **non** costituendo “lo scopo primario delle produzione”, ne formano **parte integrante**; possono essere e sono ulteriormente e legalmente utilizzati *per sé o per altri*, senza trattamento ulteriore o con un trattamento che rientra nella “normale pratica industriale” (come quello cui sono sottoposte **anche le materie prime**). Le condizioni poste dalla direttiva sono già note, perché elaborate dalla giurisprudenza comunitaria e tradotte poi in leggi nazionali (come nel caso dell’ordinamento italiano che ha, da ultimo, definito il sottoprodotto nella **lett. n) del comma 1, dell’art. 183**, del T.U., poi modificato dal nuovo art. 183 comma 1, lett. p), del “secondo correttivo”.

“Di tale definizione merita segnalare che:

1) L’ulteriore utilizzo è **certo** (sub a) e **senza ulteriore trattamento** (lett. b). Le due condizioni costituiscono una logica conseguenza della *nozione di rifiuto*. Il sottoprodotto se fosse (di fatto) smaltito, abbandonato o sottoposto ad un trattamento di recupero dovrebbe qualificarsi residuo **produttivo-rifiuto, in quanto oggetto di un’attività di “disfarsi”** (e dunque non ancora immediatamente utilizzabile secondo la definizione di sottoprodotto).”

Si intende dire, in definitiva, che la sentenza n. 17453/2012, per un verso, indica in premessa, *a priori*, un *limite angusto ai trattamenti ammessi* (escludendo **la separazione** con la motivazione ricordata); e, per altro verso, dovendo riportare detti trattamenti nel nuovo parametro della **n. p. i.**, finisce con l'ammettere poco coerentemente con le premesse formulate - che sono consentite "*tutte quelle operazioni che l'impresa normalmente effettua sulla materia prima*" ovvero "tutti gli interventi manipolativi del residuo" che rientrano fra" (cioè "non diversi" da) "... *quelli ordinariamente effettuati nel processo produttivo nel quale esso (sottoprodotto) viene utilizzato*" (v., retro, par. 2.1., in fondo).

I quali, si ripete, per *ragioni tecniche oggettive* (relative alla varietà dei processi produttivi) e sulla scorta delle *prassi industriali*¹⁰⁴ (note e consolidate), *si presentano come assai più complessi e radicali* rispetto alla... "**separazione**" (pur *interdetta dalla sentenza*, in via generale e di principio; a prescindere, ovviamente, dal caso deciso)¹⁰⁵.

7.1. Interventi sulla materia prima e inammissibilità dei "trattamenti minimali": confutazione dell'assunto.

In verità la S.C. intenda sostenere - anche dopo le riportate premesse sulla **n. p. i.** (riconducibile "*a tutti i interventi ordinariamente effettuati nel processo produttivo nel quale esso sottoprodotto viene utilizzato*") - che detti "interventi manipolativi" (ammessi, in astratto) non possono, *comunque*, ricomprendere neppure i c.d. "*trattamenti minimali* individuabili in operazioni quali *la cernita, la vagliatura, la frantumazione o la macinazione, compresa la separazione*, ecc. considerati operazioni di recupero (in applicazione della normativa sulle discariche....)"¹⁰⁶

Ma se queste sono le sue conclusioni (ove abbia ben inteso), la decisione, per quanto detto sino ad ora:

¹⁰⁴ V. retro, le considerazioni di **Muratori e Prati** a note 109 e 110.

¹⁰⁵ In proposito **G. Amendola**, in *Sottoprodotto e normale pratica industriale: finalmente interviene la Cassazione*, in *lexambiente.it*, per un verso plaude alla decisione, e, per altro verso, nello specifico tema del significato dato dalla Corte al termine "**trattamenti**", finisce per allontanarsene e *contraddirlo del tutto* quando fa rilevare che questo vocabolo **non** va usato nel significato proprio desunto **dalla normativa sulla gestione dei rifiuti** (come fa invece la S.C. desumendolo dal d. lgs n. 36/2003 sulle discariche) perché esso assume un significato affatto diverso e atecnico (in quanto rapportato alla **n. p. i.**). Questo il passo: "... A questo proposito, peraltro, è ben vero che, come già evidenziato in altro lavoro precedente, la definizione di "*trattamento*" contenuta nella direttiva UE e nel D. Lgs 152/06 comprende «*operazioni di recupero o smaltimento, inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento*» (art. 3, n. 14 della direttiva e art. 183, lett. s del quarto correttivo), riferendosi, quindi ad un rifiuto; ma è proprio per questo che tale definizione non può essere riferita al sottoprodotto che, per definizione, non è un rifiuto (ma una sostanza o un oggetto). Si deve allora concludere che nell'art. 184 bis il termine "*trattamento*", riferito alla "*normale pratica industriale*", è usato in senso atecnico, diverso da quello contenuto nella definizione normativa...". Peraltro, nel prosieguo della nota, l'A. non indica cosa si debba intendere per "normale pratica industriale" e quali trattamenti siano compatibili con essa, una volta sottolineato, del tutto correttamente, che il termine "*trattamenti*" non è stato usato in senso atecnico...". In posizione molto critica, verso la decisione in esame, si pone anche **S. Maglia**, come si desume già dal titolo del suo attento contributo: "*Normale pratica industriale: la contraddittoria e "pericolosa" interpretazione della Cassazione (nota a Cass. n. 17453/2012)*, in *Ambiente&Sviluppo*, n. 7/2012, pag. 611, cit. nonché **S. Rosolen**, op. cit. in *Ambiente & Sicurezza* n. 12/2012 pag. 94 e ss; e **G. Gavagnini**, *La normale pratica industriale nella interpretazione della Cassazione: chiarezza non ancora fatta*, op. cit.

¹⁰⁶ V. par. 7, in fondo, della sentenza n. 17453/2012.

a) incorrerebbe nella svista, già segnalata, di far ricorso ad un *criterio interpretativo inconferente, perché desunto dal regime dei rifiuti* (v. retro par. 3 e 4);

b) finirebbe **per abrogare**,¹⁰⁷ in via ermeneutica, la portata ed il significato proprio della “normale pratica industriale”, ex lett. c) del comma 1, dell’art. 184-bis (pur teoricamente ammessa nella sua effettiva portata, in quanto riferita a: “... *tutti gli interventi ordinariamente effettuati nel processo produttivo nel quale esso [sottoprodotto] viene utilizzato*”), in violazione della norma **interna e della direttiva CE (art. 5)** e dunque dell’**obbligo** gravante sugli organi degli Stati membri (nel caso: l’Autorità giudiziaria italiana) di *adeguare il diritto nazionale* – e di interpretarlo – *in conformità della fonte comunitaria*¹⁰⁸;

c) continuerebbe ad ignorare gli **orientamenti interpretativi e i principi-guida** formulati dalla **Commissione CE**, nel 2007 cit. (come *ribaditi nel giugno 2012*, proprio con riferimento all’art. 5, direttiva 2008/98 CE), individuati **sulla base esclusiva della giurisprudenza della C. G. C. E.** e diretti, esplicitamente, agli *Stati membri* e agli operatori “... *una corretta interpretazione della direttiva sui sottoprodotti* (come si legge, in esordio, alla “Guida” del giugno 2012), con la seguente indicazione:

- “Questo documento (come ricordato a par. 6), “...ha lo scopo di **aiutare le autorità nazionali e gli operatori economici** a interpretare questa direttiva. Il contenuto, con esempi, *riflette il punto di vista della Direzione generale Ambiente della Commissione europea*” (ovviamente le indicazioni *non sono formalmente vincolanti*, ma restano autorevolissime oltre che seriamente argomentate).

¹⁰⁷ Così anche **L. Prati**, op. cit.

¹⁰⁸ Cfr. **Pasquale Giampietro**, *Nuovo capitolo sulla nozione di rifiuto*, cit. Una posizione molto limitativa della portata innovativa dell’art. 5, della direttiva cit., è proposta, come rilevato retro (v. par.3.2. e nota 43) da **V. Paone**, in *Sottoprodotti: una parola chiara*, cit. quando, per ragioni di principio, ispirate alla massima cautela, conclude nel senso che “.. *il riutilizzo del sottoprodotto postula l’assenza di “trasformazioni preliminari...”* da intendersi in senso tecnico tradizionale, cioè che attengono **all’identità** del residuo produttivo (v. pag. 914). A me sembra che questo “recupero” del passato, si scontri con *dati testuali, di natura sistemica e di politica legislativa*, che non vanno sottovalutati. In ragione dei quali, le vecchie categorie giuridiche devono essere verificate e, se nel caso abbandonate, nel rispetto della nuova legge. Sul piano lessicale, la scelta del nuovo legislatore dell’U.E. è stata, come rilevato, fra “utilizzo diretto” (senza alcun trattamento) e utilizzo *previo “ulteriore trattamento”*. Pur essendo noti gli attribuiti assegnati, di volta in volta, dalla CGCE ai “trattamenti” (di recupero completo, parziale, preliminari ecc.: v. par. 4), nell’art. 5 **si sono rifiutate tali qualificazioni**, optando: **1)** per un **parametro**, affatto nuovo, come (la diversità o la riconducibilità degli interventi ne) “la normale pratica industriale”. Su questo innovativo *criterio* - e non sulle precedenti tipologie di trattamento - occorre spostare l’attenzione considerando contestualmente, come secondo **parametro: 2)** la *funzione sostitutiva*, in concreto assolta dal sottoprodotto, a seconda che esso rimpiazzi una “materia prima”, un “intermedio”, un prodotto finito”, ecc. (v. oltre par. 8.2) . Risultando evidente, come rilevato, che *i rispettivi e distinti utilizzi* comporteranno trattamenti **ad effetti diversi e decrescenti** (che risulteranno *massimi sulle materie prime* [di vera e radicale *trasformazione preliminare*] e *minimi o nulli sul sottoprodotto*, con le caratteristiche del prodotto finito (del tipo dei vecchi “trattamenti minimali”); sul tema v. **parr 7.1. e 8 e ss.** e v. **n. 43**, sub e).

Il timore che “... il residuo potrebbe essere sottoposto a vere e proprie *operazioni di recupero* sulla cui pericolosità ambientale nessuno potrebbe esercitare il benché minimo controllo...” (ivi, pag. 914) *si può superare* considerando che stiamo parlando di un residuo di produzione, ovviamente previsto (e voluto) dall’imprenditore (e non di un rifiuto), di cui si richiede, quanto a **presupposti di esistenza** (tutti controllabili, in sede di polizia amministrativa e giudiziaria, a monte e a valle, oltre che nella movimentazione del materiale): *la certezza e la legalità* dell’utilizzo; trattamenti che devono (anch’essi) far *parte integrante del processo* di produzione; “*tutti i requisiti* pertinenti riguardanti *i prodotti* e la *protezione dell’ambiente e della salute*”, ecc. Senza dire che, per fugare i residui sospetti, **la gestione del sottoprodotto** è sottoposta, contestualmente, alla disciplina - di registrazioni, comunicazioni obbligatorie, ecc. - del **Regolamento REACH** n. 1907/2006 CE (v. oltre par. 6 e, retro, note 105 e 102).

Mi sia permessa una notazione finale su tale ultimo aspetto. Stupisce constatare che tanto la **giurisprudenza** più severa (soprattutto penale) sul tema dei trattamenti ammessi sul sottoprodotto (fra cui va annoverata la decisione in esame: v. par. 3) quanto **la dottrina** che la condivide e/o la supporta - lungi dal *confutare la richiamata "Comunicazione"* del 2007, come *consolidata ed aggiornata* nel 2012, della Commissione (come sarebbe doveroso aspettarsi) - *mostrino di trascurarle del tutto* (tanto da non menzionarle *neppure* nelle loro argomentazioni, benché in dette "Comunicazioni interpretative" era ed è possibile **rintracciare, fin dal 2007**...e poi nel 2012, la casistica ricordata dei **trattamenti ammessi** (v., retro, parr. 4 e 6) oltre al noto argomento espresso, al punto 3.3.2. della "Comunicazione" del 2007, la cui valenza risulta generalissima.¹⁰⁹

Di più: tali omissioni o disattenzioni.... della giurisprudenza non le hanno impedito di criticare, con diversa intensità di accenti, quegli Autori che **valorizzano gli indirizzi** più liberali della Commissione e della Corte di Giustizia¹¹⁰ - per ragioni logico-giuridiche e per un più forte sviluppo del mercato dei sottoprodotti (*con contestuale e derivata riduzione del flusso dei rifiuti e connessi minori rischi per l'ambiente*) - *senza farsi carico* però di dimostrare *le presunte forzature* interpretative che, a questo punto, non sarebbero tanto degli annotatori o degli interpreti (eccessivamente liberali o addirittura imprudenti) ma

¹⁰⁹ Che merita ancora evocare: "...Il materiale può essere riutilizzato senza che sia previamente trasformato? In alcuni casi questa condizione è difficile da valutare. La catena del valore di un sottoprodotto **prevede spesso una serie di operazioni necessarie** per poter **rendere il materiale riutilizzabile**: dopo la produzione, esso può essere **lavato, seccato, raffinato o omogeneizzato, lo si può dotare di caratteristiche particolari o aggiungere altre sostanze** necessarie al riutilizzo, può essere oggetto di controlli di qualità ecc. Alcune operazioni sono condotte nel luogo di produzione del fabbricante, altre presso l'utilizzatore successivo, altre ancora sono effettuate da intermediari." **Nella misura in cui tali operazioni sono parte integrante del processo di produzione** (si veda il prossimo capitolo), non impediscono che il materiale **sia considerato un sottoprodotto**".

Le parole e il pensiero della Commissione, appena richiamate, mi sembrano smentire, in modo inequivocabile, l'argomento di **V. Paone**, op. ult. cit., secondo cui, "...al di là della maggiore o minore incisività dell'operazione, se il trattamento del residuo è *effettuato per renderlo meglio idoneo all'utilizzo* vuol dire che ...di fatto si realizza un *recupero di rifiuto*", ai sensi "dell'art. 3, punto 15, della direttiva 2008/98 (v. pag. 914). Tale spiegazione non convince. Ancora una volta l'attento Autore invoca una nozione di "recupero" desunta da una norma (art. 3, punto 15) che si rivolge a una categoria giuridica diversa: quella di un residuo produttivo con *le caratteristiche giuridiche del rifiuto* e non con i connotati, **affatto diversi**, del residuo-sottoprodotto. Nel primo caso, i residui produttivi sono "*diventati rifiuti*" (perché disfatti: v. art. 3, comma 15); nel secondo, i produttori dei residui **non intendono** disfarsene avendo essi già le caratteristiche della **materia prima, del semilavorato, del prodotto finito** (che vanno a sostituire) e vogliono "riutilizzare", ex art. 3, comma 13, direttiva (come "prodotti che non sono rifiuti") nel loro processo di produzione o presso una impresa terza. Il trattamento sul sottoprodotto *presuppone che il residuo abbia*, fin dalla sua formazione, *tutte le caratteristiche e la destinazione di legge*, ex art. 5 (**affatto distinte** da quelle del rifiuto). Da ultimo, **la finalità del trattamento**, ricadente nella **n. p. i**, non è quella propria del "recupero del rifiuto" (volto a restituire al rifiuto determinate caratteristiche merceologiche e o ambientali che esso, per definizione, *ha perso* ovvero al suo "**reimpiego**" una volta che "i prodotti o le componenti di prodotto **siano diventati rifiuti**": v. art. 3, punto 16 della direttiva); ma ha il distinto scopo di facilitare, funzionalizzare, rendere più vantaggioso il suo successivo utilizzo, come *materia prima, semilavorato, prodotto finito*. Si pensi alla macinazione, frantumazione, essiccazione, riduzione volumetrica, selezione granulometrica, stabilizzazione, ecc. volte al "**miglioramento delle sue caratteristiche merceologiche**" (**già possedute**) ovvero "per renderne l'utilizzo *maggiormente produttivo*" o infine "tecnicamente efficace" (per ripetere le parole del Reg. 161/2012, All. 3, relativo all'utilizzo delle terre e rocce da scavo, come sottoprodotti). D'altronde lo stesso **V. Paone**, nel prosieguo della sua densa nota, finisce con l'ammettere che: "Invero, come si è già detto, non è fattibile (?) un'interpretazione per cui *il trattamento cui fa cenno la norma sui sottoprodotti, coincida* con il trattamento citato dalla **direttiva con riguardo ai rifiuti**...".

¹¹⁰ Con l'argomento di un permissivismo incauto

della stessa Commissione CE, come osservato, e, prima ancora, della Corte di Giustizia europea¹¹¹.

8. I trattamenti ammessi: sulla “materia prima” o sul “prodotto industriale”?

Il tema della estensione dei “trattamenti ammessi” risulta *strettamente correlato*, sul piano logico e tecnico, ad un secondo, distinto problema: quello del **materiale** oggetto di intervento.

Mi chiedo: dobbiamo considerare – come situazione di riferimento - le operazioni compiute dall’industria sulla “**materia prima primaria**” (*primary raw material*), come indicato dalla S.C., e da una parte della dottrina¹¹², ovvero sul “**prodotto finale grezzo**” (che si ricava dalla materia prima, all’esito del processo produttivo), anteriormente alla vendita, quando viene preparato per i suoi impieghi specifici?

Il quesito non sembri teorico o di scuola.

A) Perché, nel primo caso (trattamenti effettuati sulla “*materia prima primaria*”, sostituita dal sottoprodotto) sarebbero consentiti – anche sul sottoprodotto - una *gamma*

¹¹¹ Cui, dunque, andrebbero indirizzate le preoccupazioni di “.. rendere molto più incerta la delimitazione dell’ambito di operatività della disposizione” (ci si riferisce all’art. 184-bis) “ e più alto il rischio di una pratica applicazione che ne snaturi, di fatto, le finalità”, secondo quanto si legge nella sentenza n. 17543 in esame. In proposito, **V. Paone**, in *Sottoprodotto: una parola chiara*, cit., pag. 915 - sulla premessa che “ **sono vietate** le operazioni di trasformazione *preventiva* sul residuo” - desume che “il concetto di normale pratica industriale (che delimita l’area del trattamento consentito), **deve** per forza di cose **identificarsi in quelle operazioni** che l’impresa normalmente attua sulla *materia prima* sostituita o, più in generale, in quelle lavorazioni in *uso nello stabilimento nel quale il sottoprodotto verrà utilizzato*”. Con la conseguenza che, per accertare la liceità del trattamento, occorrerà “... compiere le analisi del processo produttivo di destinazione” con una “*valutazione caso per caso*”.

In coerenza con quanto già osservato sopra (v., in particolare, note **43**, sub e); 108 e 109), ritengo che l’art. 5 cit. - e conseguentemente l’art. 184-bis del TUA - *non consentano* una ricostruzione che *riservi esclusivamente all’utilizzatore terzo* gli interventi di trattamento riconducibili alla n.p.i.

Questi interventi, infatti, rientrando nella nozione di “**utilizzo diretto**” (che li permette in quanto previsti dalla n.p.i.), **riguardano**: a) anche il **produttore del residuo** (e non solo il **terzo**, nel suo distinto processo produttivo) e b) con la molteplicità e incisività che caratterizza i trattamenti della **materia prima** (come ammesso, dalla stessa Cassazione cit. che, per un verso, esclude le “trasformazioni radicali e, per altro verso, le *consente al terzo*, nel momento in cui acconsente, in linea di principio, a tutte le “operazioni che l’impresa normalmente effettua sulla materia prima che il sottoprodotto va a sostituire”).

Neppure convince la lettura secondo cui il concetto di **n. p. i.** andrebbe riferito, caso per caso, “.. *alle lavorazioni effettuate nello specifico processo di nuovo utilizzo del sottoprodotto*”, **presso il terzo**, in quanto il legislatore, se avesse voluto introdurre tale parametro – del tutto *particolaristico e dunque scarsamente rappresentativo*, come *criterio generale* - avrebbe usato altre espressioni del tipo di quella suggerita dallo stesso A. di “ **normale pratica aziendale**” (non industriale). Ma ciò non è avvenuto e la formulazione adottata ha una portata **più ampia e di maggiore utilità pratica**, in conformità all’aggettivo (“*normale*”: cioè *diffusa e consolidata*) e al sostantivo usati (“*pratica*”: cioè *prassi generalizzata* rispetto al settore industriale interessato e non alla singola azienda). D’altra parte lo stesso **V. Paone** non può ignorare che la sua interpretazione, sopra riportata, è stata drasticamente e autorevolmente rifiutata, fin dal 2007, dalla Commissione CE, e ribadita, dalla stessa, nella *Guidance* del 2012 (v. par. 6), peraltro non menzionata.

Quando, dunque, l’art. 184-bis, al comma 2, prevede l’intervento dei regolamenti ministeriali per la indicazione dei “**criteri qualitativi o quantitativi** da soddisfare per la qualificazione dei sottoprodotti in ordine a specifiche tipologie di sostanze o oggetti”, il Governo non potrà sottrarsi dall’individuare - *in via generale ed astratta e*, necessariamente, sulla base, di una ricognizione della “normale pratica industriale” - i trattamenti ammissibili *proprio in relazione ai singoli settori produttivi*” (e non alla “normale pratica **aziendale**”), così come avvenuto con il D.M. n. 161/2012 (v. allegato 3) sulle “terre e rocce”.

¹¹² V. retro, par. 2.1.

vastissima di interventi, come sopra chiarito, proprio in nome della ammissibilità dei trattamenti **non** diversi dalla n. p. i.

B) Se, invece, si debba ritenere che il sottoprodotto sia configurabile come una “sostanza o un oggetto” - il quale, soddisfacendo già le condizioni di legge, si connota, fin dalla sua origine, come **un vero e proprio prodotto o merce, con “utilizzo certo e diretto”** da parte del suo *produttore o del terzo* (ex lett. b) e c) dell’art. 184-bis) - sarebbe coerente e giuridicamente corretto ammettere, fra i trattamenti consentiti, solo **quelli minimali o di completamento** cui è parimenti assoggettato **il prodotto** (grezzo) ottenuto con le materie prime primarie. Quelli cioè utili al fine di “rendere l’utilizzo maggiormente produttivo e tecnicamente efficace”¹¹³.

¹¹³ Per usare le parole del **decreto 161/2012**, sui materiali da scavo. In tema, v. anche **par. 2.1**. Richiamando il pensiero di **S. Maglia**, *Normale pratica industriale* cit., **V. Paone**, in *Sottoprodotti: una parola chiara* cit. (pag. 917/8) non comprende come i trattamenti rientranti nella n. p. i. (ricodotti da **Maglia** a quelli normalmente adottati dall’impresa sul *prodotto industriale*), possano essere riferiti sia “a valle della produzione del bene” che “a monte” (ci si riferisce alla cernita, selezione, vagliatura, essiccazione, ecc.).

Ma il rilievo non sembra decisivo ove si consideri che la tesi di **Maglia** è molto aperta e onnicomprensiva (aderendo alla ricostruzione di **A. Muratori**, op cit.), ricomprendendo, nella n. p. i. qualsiasi trasformazione del sottoprodotto nelle sue molteplici funzioni (di *materia prima*, semilavorato, *prodotto finito*), “a prescindere dalle variazioni sulla (sua) originaria natura”. Pertanto la citazione delle operazioni sopra riportate (cernita, selezione, ecc.) andranno genericamente collegate, nel rispetto del pensiero di **S. Maglia**, al tipo di utilizzo, in concreto, praticato al sottoprodotto, *a monte o a valle* della sua produzione. D’altronde la tesi confutata ha avuto il suo autorevole avallo, nel 2007 e 2012, dalla Commissione CE che ha indicato, altrettanto genericamente, i trattamenti citati **come tutti possibili e consentiti** – in quanto **n. p. i.** – prevedendoli per il sottoprodotto in via generalissima (a prescindere dalle modalità di utilizzo, come “materia prima” o come “prodotto finito”) *da parte del produttore o del terzo*.

Né le sentenze citate da **V. Paone** – per dimostrare che gli interventi in oggetto sono stati qualificati “attività di recupero” e non di trattamento minimale del sottoprodotto (ivi, pagg. 918/919) - appaiono decisive. Non solo perché quelle decisioni sono deboli nella loro motivazione (*non tenendo neppure conto della evoluzione della normativa comunitaria*, come interpretata dalla Commissione UE, nel 2007 e nel 2012: v. retro par. 6); ma anche in quanto detti indirizzi **risultano contraddetti** da altre pronunce della stessa Cassazione penale (anche della medesima sezione, v. retro **par. 4.3**), proprio in tema di *frantumazione, separazione, cernita, vagliatura di scarifica del materiale bituminoso per realizzare nuovo conglomerato bituminoso*, ecc. (sentenze che non vengono però richiamate).

Sulla recente pronuncia della **S.C., del 29 gennaio 2012 n. 7374**, ric. Aloisio, in tema di materiale ricavato da *scarifica del manto stradale utilizzato – come sottoprodotto - nella produzione di nuovo conglomerato bituminoso*, la motivazione di rigetto della Corte non convince. Essa ha negato *la prima condizione* (utilizzo *diretto* senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale) in quanto risulta che il materiale fosse oggetto di **miscelazione** “in apposito impianto”. Ebbene come si è visto, a par. 4.3, tale trattamento di miscelazione è stato *considerato ammissibile da altra pronuncia* della stessa Corte..., oltre che dalla Commissione UE nel 2007 (allorché ha previsto e consentito “... l’aggiunta” (al sottoprodotto) **di altre sostanze necessarie al riutilizzo**”: v. par. 3.3.2). Peraltro lo stesso Collegio *nutre qualche dubbio* sulla sua conclusione tanto da aggiungere in motivazione: “ .. In ogni caso anche qualora questo ulteriore trattamento **non fosse diverso** dalla normale pratica industriale, ... *non sussiste comunque il requisito di cui alla lett. a)*, perché *non si tratta di sostanza od oggetto originato da un processo di produzione di cui costituisce parte integrante*”. Quest’ultima affermazione, oltre ad essere assertiva e non dimostrativa (in quanto non spiega **perché vi sarebbe assenza** del rapporto di connessione/dipendenza fra materiale proveniente da scarifica e processo produttivo), non risulta appagante. Il ciclo produttivo **di posa del nuovo manto stradale ricomprende** (oltre che partire) **dalla scarifica del vecchio**. Si può pertanto affermare che Il processo produttivo (*di lavorazione del conglomerato bituminoso*) *costituisce parte integrante del processo produttivo di rifacimento e/o manutenzione del manto stradale* (che genera, come **scopo primario**, beni [nuove strade] e/o servizi [manutenzione delle strade]). Esso prevede, come anticipato, **anche l’attività di scarifica** (della strada su cui si interviene) con la formazione di un **residuo produttivo** (materiale da scarifica) “sottoponibile” a **riutilizzo diretta** (v. sopra) - **previa miscelazione con altra materia prima** - per la produzione di *nuovo conglomerato bituminoso* (sul tema, cfr. **P. Giampietro**, *Il fresato d’asfalto come sottoprodotto*, in *lexambiente.it* 19.10.2011).

Da ultimo, l’**A.** cit., richiama, a sostegno della sua impostazione, la sentenza della **Cass. del 26 giugno 2012**, Russo, sulla *triturazione dei rifiuti plastici da imballaggi*, osservando che è stata esclusa la loro

Ebbene, in prima battuta, ho ritenuto corretto proporre *la prima lettura* – **sub A** - facendo riferimento “...all’ampio e fiorente mercato di quei prodotti che, pur non costituendo “lo scopo primario delle produzioni”, ne formano *parte integrante*; possono essere e sono ulteriormente e legalmente utilizzati *per sé o per altri*, senza trattamento ulteriore o con un **trattamento che rientra nella “normale pratica industriale”** (come quello cui sono sottoposte **anche le materie prime**)”¹¹⁴.

Successivamente, ragionando sulla qualifica (di prodotto) del “sottoprodotto”, mi è sembrato più corretto prospettare la seconda tesi – **sub B** - per le seguenti ragioni:

“.. Sembra potersi dire - sulla base del testo della lett. b) dell’art. 5 (per il quale l’uso “diretto” è compatibile con trattamenti ricadenti nella “normale pratica industriale”) e in forza di un criterio logico e di *ratio legis* (in base al quale vengono **assimilate le due fattispecie**) - che detti trattamenti sono quelli e solo quelli (limitati/circoscritti) che interessano tanto il **“prodotto”** (già ottenuto dalla *materia prima primaria*) che il **“sottoprodotto”**, che risulta sostanzialmente utilizzabile “tal quale”.

“In definitiva, fra i residui del processo produttivo... possono, talvolta, generarsi dei **materiali o sostanze da considerare veri e propri “prodotti”** (successivamente definiti dalla stessa Corte **“sottoprodotti”** e non residui produttivi - rifiuti) che, di fatto, **non** necessitano di interventi di recupero.”

“Essi risultano – infatti - idonei ad essere *direttamente utilizzati* nel corso del processo produttivo di provenienza, o presso terzi, “tal quali”, fin dall’origine, subendo, se

qualifica di sottoprodotti. Detto materiale, infatti, non era pronto per il suo reimpiego nel momento in cui si originava poiché doveva essere **sottoposto a macinazione**.

Merita osservare che la S.C. si prospetta, di fronte all’utilizzo della plastica usata (per l’imballaggio di materiali per la produzione di medicinali), due ipotesi: a) che si tratti di *rifiuti di imballaggio* qualificati dal ricorrente **“materia prima secondaria fin dall’origine”** ovvero: b) **“sottoprodotti”**. Quel Collegio *esclude* la prima ipotesi, in quanto i materiali plastici venivano sottoposti a trattamento di triturazione, *prima di essere reimpiegati*, e dunque *recuperati come rifiuti* di imballaggio e non come “materia prima secondaria fin dall’origine” (si veda, in proposito, l’art. 218, comma 1, lett. m) del TUA: “recupero di rifiuti generati da imballaggi”); *nega*, altresì, la qualifica di **sottoprodotti**, dopo aver affermato, comunque, che: a) l’attività di **cernita e selezione** “non sono più incluse tra quelle di recupero nella definizione di sottoprodotto” (dissentendo dalla tesi esposte da **V. Paone** e dalla sentenza n. 17453/2012 della S.C. sopra commentata); b) che **“.. è sottoprodotto ciò che non è mai stato rifiuto**, costituendo invece materiale immediatamente riutilizzabile”. La Corte conclude in questi termini: c) “... La plastica già usata per gli imballaggi” (contenenti prodotti per la produzione di farmaci) *“ al contrario, non era pronta per il reimpiego, nel momento in cui si originava, nel corso del processo rivolto alla produzione di medicinali, e veniva appunto sottoposta a macinazione, quale operazione non costituente parte integrante del processo produttivo principale, ed avente la funzione di contribuire alla trasformazione del materiale per consentirne l’inserimento in un nuovo ciclo produttivo”*. In queste ultime battute l’esclusione della qualifica invocata dal ricorrente è fondata sul fatto che **“la macinazione”** (del materiale plastico) più che essere vietata in sé, era considerata come *“non costituente parte integrante del processo produttivo principale”* (del tutto correttamente, ai sensi dell’art. 184-bis, comma 1, lett. a), in quanto detto “processo principale” riguardava *la fabbricazione di medicinali contenuti negli involucri di plastica*). Quanto, infine, alla **“macinazione”** come trattamento, isolatamente considerato, si è già visto che essa **è stata ritenuta compatibile** con la nozione del sottoprodotto in sede giurisprudenziale, governativa ed europea, da parte della Commissione CE (v., per la giurisprudenza, retro, 4.3) oltre che come **un utilizzo** del sottoprodotto come **materia prima**, “secondo la normale pratica industriale”.

¹¹⁴ V. P. Giampietro, in *Rifiuti, sottoprodotti e M.P.S. nella nuova direttiva CE*, cit. in *AmbienteDiritto.it*, pubblicato il 28 giugno 2008.

del caso, dei minimi trattamenti cui vengono sottoposti anche i prodotti industriali derivanti da materie prime (appunto il c.d. “normale trattamento industriale”).¹¹⁵

Contestualmente alle riflessioni che precedono, sulla scorta degli indirizzi della Commissione CE del 2007 e della giurisprudenza comunitaria e nazionale (citata a par. 4 e 4.3) indicavo, per il sottoprodotto (assimilato al prodotto industriale da materie prime primarie), la possibilità di adottare, legittimamente, i **noti trattamenti minimali**.¹¹⁶

Definivo, infine, i trattamenti della **“normale pratica industriale”** come: “...il complesso di operazioni o fasi produttive che - secondo una prassi consolidata nel settore specifico di riferimento – caratterizza un dato ciclo di produzione di beni”.

Aggiungendo che essi “... non devono incidere sull'identità e sulle qualità merceologiche - ambientali del “sottoprodotto”, qualità che sussistono, per definizione legale, sin dal momento della sua produzione (e dunque in una fase precedente).

In definitiva, il sottoprodotto:

a) non necessita di essere sottoposto al trattamento (recuperatorio), altrimenti *non rivestirebbe le caratteristiche merceologiche e ambientali che lo connotano, sin dall'origine*, e che lo qualificano come tale, contrapponendolo e distinguendolo **dal “rifiuto”** (soggetto a trattamento di recupero, proprio perché, come “residuo produttivo”, non possiede dette caratteristiche di qualità).

Ma, al contempo, *non è più richiesto*, in modo rigoroso che:

b) il sottoprodotto sia utilizzato “tal quale” (come un tempo) in quanto sono stati ritenuti giuridicamente possibili, dalla giurisprudenza richiamata, trattamenti rientranti nella **“normale pratica industriale”**, come sopra identificata.

¹¹⁵ Cfr. **P. Giampietro** in “Quando un residuo produttivo va qualificato “sottoprodotto” (e non rifiuto) secondo l'art. 5 della direttiva 2008/98 CE, in **lexambiente. It**, pubblicato l'8 novembre 2010.

¹¹⁶ Richiamandomi alla sentenza della **CGCE** (del 15 giugno 2000, Arco, più volte cit.), commentata retro a par. 4 e a nota 45. Nell'articolo, di cui a nota precedente, ho tentato di definire il concetto di **“normale pratica industriale”**, in questi termini: “... la lett. b) del comma 1, dell'art. 5, della direttiva 2008, **non accoglie alcuna formula precedente** (di “trattamento preventivo” o “trasformazione preliminare”) ...- introducendo una nuova dizione e distinzione tra: (i) *“ulteriore trattamento”* (non consentito, perché incompatibile con la nozione di sottoprodotti) e (ii) trattamento rientrante *“nella normale pratica industriale”*.

- Il primo (i): può assimilarsi, per quanto detto, alle precedenti nozioni di *“trattamento o trasformazione preliminare” (sostanziale)* ossia *“operazione di recupero completo”*: espresso, in lingua inglese, dalla nozione di **further processing** (tradotto, letteralmente come “ulteriore trattamento”).

- Il secondo (ii) (“normale pratica industriale” o *“normal industrial practice”*) ricomprende tutti quei trattamenti o interventi (non di trasformazione o di recupero completo, secondo il lessico precedente) i quali **non incidono o fanno perdere** al materiale la sua identità e le caratteristiche merceologiche e di qualità ambientale che esso già possiede - **come il prodotto industriale** (all'esito del processo di lavorazione della materia prima) **o come sottoprodotto** (fin dalla sua origine, in quanto **residuo produttivo**) – ma che si rendono **utili o funzionali per il suo ulteriore e specifico utilizzo**, presso il produttore **o presso ditte terze** (anche in altro luogo e in distinto processo produttivo), come le operazioni: di *lavaggio, essiccazione, raffinazione, selezione, cernita, vagliatura, macinazione, frantumazione, ecc.*

Il richiamo alla *“normale pratica industriale”* si spiega quindi – e si giustifica - quale **utile criterio di identificazione dei “trattamenti ammessi”** che, per quanto appena detto, sono sostanzialmente assimilabili a quelli a cui l'impresa sottopone anche il “prodotto industriale”, ricavato dalla materia prima lavorata, prima di immetterlo sul mercato, al fine di meglio **adeguarlo/integrarlo** alle singole e specifiche esigenze di produzione, di utilizzo **o di commercializzazione** (tale comunanza di trattamenti conferma che il **“sottoprodotto”** rientra nell'ambito merceologico dei “prodotti industriali”, pur con i dovuti distinguo e condizioni).¹¹⁷

Appare chiaro, comunque, che la formula usata nella direttiva si presenti *intrinsecamente generica* anche se tale difetto può risolversi in un vantaggio (che non deve essere sfuggito al legislatore comunitario) rappresentato dalla **apertura ed elasticità** del criterio adottato, *idoneo a ricomprendere qualsiasi futura (e inevitabile) evoluzione tecnologica* sia con riferimento ai **trattamenti** (“pratica industriale”) del produttore che a quelli *dell’utente e degli intermediari*.¹¹⁷

c) Resta fermo che non si pone una *questione di qualificazione* di un **residuo produttivo** come “sottoprodotto” nonché di “*limiti*” dei *trattamenti* ammessi, in tutte quelle evenienze in cui - come osserva la Commissione UE, nella Comunicazione cit. del 2007 e nella *Guidance* del 2012, ragionando *a contrario* sulla sentenza *Palin Granit cit. (in causa C-9/00)* - il residuo di produzione va considerato “**prodotto**” e non “sottoprodotto” in quanto costituisce “...il risultato direttamente ricercato dal processo di fabbricazione” e, più esplicitamente, quando “... il materiale in questione è il risultato di **una scelta tecnica** volta deliberatamente a produrlo” (si cita, in proposito, l’Ordinanza della CGCE in causa *Saetti del 15 gennaio 2004*).¹¹⁸

Con l’ulteriore conclusione - della Commissione cit. - secondo cui “... (Perciò) al momento di decidere se un materiale costituisce **un rifiuto o meno**, occorre innanzitutto chiedersi se il fabbricante *ha deliberatamente scelto di produrlo*.”

“Se il fabbricante avesse potuto produrre il prodotto principale *senza produrre detto materiale*, ma ha comunque **scelto di farlo**, è evidente che **tale materiale non è un residuo di produzione**. Un’altra prova del fatto che il materiale può essere il risultato di una **scelta tecnica** è data dalla **modifica** del processo di produzione, per conferire a tale materiale *caratteristiche tecniche specifiche*”.

Con riferimento a tale criterio di distinzione (elaborato dalla Commissione UE, nella Comunicazione del 2007) delle **tre nozioni indicate** (residuo-rifiuto, residuo-sottoprodotto, residuo-prodotto), merita ricordare una “*Risoluzione*” presa dalla *Commissione*

¹¹⁷ Aggiungendo, da ultimo, nelle riflessioni riportate a nota 115, che: “... Nonostante quanto sopra esposto, persistono **margini di incertezze** concettuali:

a) per quanto attiene *al momento in cui cessa il processo produttivo e inizia quello di utilizzo* del sottoprodotto (soprattutto nel caso, contemplato dalla Commissione CE, in cui i trattamenti finali, rientranti nella “normale pratica industriale”, siano compiuti dagli utilizzatori stessi o dagli intermediari);

b) in relazione *alla esatta individuazione delle “operazioni di recupero”* (che indicano o presuppongono la natura di “rifiuto” della sostanza) le quali erano e restano *genericamente individuate* dalla direttiva e spesso *non si differenziano neppure* da analoghe o identiche operazioni che si effettuano invece sulla “materia prima primaria”, come evidenziato dalla stessa Corte di giustizia;

c) sulla distinzione fra operazioni di recupero (*further processing*) e quelle indicate dalla formula della “normale pratica industriale (*normal industrial practice*)”.

Per i trattamenti ammessi sul riutilizzo dei noccioli di frutta, v. la nota di **P. Giampietro e A. Scialò / noccioli di pesca che residuano dalla produzione di alimenti e bevande: rifiuti o sottoprodotti? Il caso dei noccioli di albicocca: in Ambiente Diritto.it**, del 17.11.2010.

¹¹⁸ La stessa Commissione riassume la motivazione dell’ordinanza in causa Saetti e Frediani, in questi termini: “... la Corte era chiamata a stabilire se *il coke da petrolio*, una materia a base di carbone risultante dal processo di raffinazione del petrolio grezzo, fosse da considerarsi **un rifiuto**. La Corte ha affermato che il coke da petrolio **non può essere qualificato come residuo di produzione**, in quanto la produzione di coke è il risultato **di una scelta tecnica**, in vista del ricorso a un preciso combustibile. Ha inoltre sostenuto che, sebbene il coke da petrolio *sia il risultato automatico del processo di raffinazione*, dal momento in cui vi è la certezza che **l’intera produzione di coke verrà utilizzata, principalmente per lo stesso tipo d’impiego delle altre sostanze petrolifere ottenute dalla raffinazione**, detto coke è a sua volta un prodotto petrolifero fabbricato in quanto tale e non un residuo di produzione”.

Permanente del Senato della Repubblica (Territorio, Ambiente e beni ambientali), e approvata il 31 luglio 2008,¹¹⁹ la quale rileva testualmente: “ Nel documento... la Commissione fa una prima importante distinzione tra:

“- Prodotti: sono *generati cioè intenzionalmente*, come risultato di una *precisa scelta tecnica* dell'impresa (ad esempio con modifiche al processo produttivo per estrarli). In tal caso non si pone il problema della loro qualificazione in quanto **non sono mai rifiuti** e non è dunque necessaria nessuna altra valutazione.

- Residui (prodotti senza “intenzione”). In tal caso si pone il problema se inquadrarli **come sottoprodotti o rifiuti**. Le linee guida aiutano ad inquadrare questi casi specifici e lo fanno riferendosi ai principi che la Corte di giustizia ha consolidato, fissando tre criteri perché un residuo non sia un rifiuto ma un sottoprodotto”¹²⁰:

Si rintraccia una *conferma* normativa recente sugli indirizzi, appena richiamati, della Commissione UE – in tema di **residuo-prodotto** (in quanto scelto e programmato e dunque non rifiuto o sottoprodotto) - **nella legislazione italiana sulle cosiddette biomasse combustibili**.

Mi riferisco specificamente alla disciplina dettata **dall'art. 3, comma 30, lettera d)**, del decreto legislativo *29 giugno 2010, n. 128* (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo **3 aprile 2006, n. 152**, recante norme in materia ambientale, ai sensi dell'art. 12 della legge 18 giugno 2009, n. 69) il quale ha introdotto, nelle prescrizioni poste dalla Sezione 4 della Parte II, dell'Allegato X alla Parte V del d.lgs. n. 152 del 2006, **il paragrafo 1-bis**.

Esso prevede, appunto, che dette biomasse non sono “sottoprodotti” (ai sensi dell'art. 184bis) **ma prodotti**, qualora l'imprenditore abbia **deliberatamente scelto di produrle** e cioè siano state espressamente volute e, a tal fine, si sia intervenuti sul sistema produttivo.

Questo il tenore della norma che, alla luce dei chiarimenti comunitari, ci sembra univoco nella sua chiara contrapposizione fra *prodotti e sottoprodotti*:

1-bis “Salvo il caso in cui i materiali elencati nel paragrafo 1” (le biomasse combustibili) “ derivino da processi direttamente destinati alla loro produzione o ricadano *nelle esclusioni* dal campo di applicazione della parte quarta del presente decreto, la possibilità di utilizzare tali biomasse secondo le disposizioni della presente parte quinta è subordinata alla sussistenza dei **requisiti previsti per i sottoprodotti** dalla precedente parte quarta».

In definitiva: a) le biomasse combustibili sono “sottoprodotti” a condizione che rispondano ai requisiti del sottoprodotto, ex art. 184-bis cit. (in carenza dei quali restano residui–rifiuti recuperabili). Se, però, l'imprenditore ha predisposto il processo produttivo perché da esso derivino direttamente tali combustibili (requisito soggettivo della *intenzionalità e della scelta tecnica*) allora **prevale la qualificazione giuridica** di prodotto rispetto a quella di sottoprodotto, e si verifica una **ipotesi di esclusione** dalla applicazione del regime dei rifiuti come nelle fattispecie indicate nell'art. 185 TUA.

¹¹⁹ In Atti del Senato, XVI legislatura, Doc. XXIV, n. 1., pag. 3 dello stampato.

¹²⁰ Ci si riferisce, fra l'altro, alle seguenti condizioni: 1) L'utilizzo deve essere certo e non una mera possibilità; 2) l'utilizzo deve essere parte di un processo di produzione; 3) non devono esserci trasformazioni preliminari. “La Commissione U.E.” – rileva l'atto del Senato – “... dice chiaramente che spesso la *valorizzazione di un sottoprodotto include* una serie di operazioni *necessarie in vista della sua utilizzazione*. **Dopo la produzione** i materiali devono spesso essere **lavati, essiccati, raffinati, omogeneizzati, integrati, controllati**, ecc.: queste operazioni non costituiscono una trasformazione se fanno parte del processo produttivo, sia esso svolto presso il produttore che presso l'utilizzatore o presso degli intermediari.”

La specificazione legislativa richiamata non è sfuggita alla **Corte costituzionale** che, con ordinanza n. 276 del 21 ottobre 2011, nel giudizio di legittimità costituzionale sollevato dal Tribunale di Asti (sull'art. 2-bis del decreto legge 3 novembre 2008, n. 171 convertito in legge n. 205/2008, in materia di utilizzo, come combustibile, **di vinacce esauste**, definite, *ex lege*, sottoprodotti), ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni sollevate per omessa considerazione, da parte del giudice rimettente, delle "normative sopravvenute" fra cui si richiamano le seguenti disposizioni:

"... che inoltre, e con riferimento specifico *alla disciplina dettata per le cosiddette biomasse combustibili*, l'art. 3, comma 30, lettera d), del decreto legislativo 29 giugno 2010, n. 128 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, a norma dell'articolo 12 della legge 18 giugno 2009, n. 69) ha introdotto, nella disciplina dettata nella sezione 4 della parte II dell'allegato X alla parte quinta del d.lgs. n. 152 del 2006, il paragrafo 1-bis, il quale prevede che «... salvo il caso in cui i materiali elencati nel paragrafo 1 **derivino da processi direttamente destinati alla loro produzione** o ricadano **nelle esclusioni** dal campo di applicazione della parte quarta del presente decreto, la possibilità di utilizzare tali biomasse secondo le disposizioni della presente parte quinta è subordinata alla sussistenza dei requisiti previsti per i sottoprodotti dalla precedente parte quarta».

Nello stesso senso, il **Consiglio di Stato (sez. IV)**, con decisione 12/28 febbraio 2013, n. 1230, ric. Aziende Agricole Fattorie Menesello, in tema di utilizzo come combustibili di **materiale fecale e di pollina**, ha confermato e valorizzato la **valenza del paragrafo 1-bis** citato – proprio con riferimento alla nuova direttiva sul sottoprodotto del 2008/98 – in un passaggio della motivazione dal significato inequivocabile.¹²¹

8.1. L'oggetto dei trattamenti: il pensiero della Cassazione e della Commissione CE del 2012.

A fronte delle due soluzioni alternative indicate (interventi della normale pratica industriale che cadono sulla "materia prima" ovvero sul "prodotto", dovendosi considerare tale il "sottoprodotto"), la Cassazione nella decisione n. 17453/12, mostra di optare per *la prima soluzione*, là dove chiarisce che la **n. p. i.** consiste in "... quelle operazioni che l'impresa normalmente effettua **sulla materia prima** che il sottoprodotto va a sostituire" (**sub A**, di par. precedente)¹²².

¹²¹ Questo il testo: "... L'art. **2-bis** del DL. 3 novembre 2008, n.171, così come appunto modificato dall'art. 18 della legge 96/2010, in particolare prevede che "1. *Le vinacce vergini nonché le vinacce esauste ed i loro componenti, bucce, vinaccioli e raspi, derivanti dai processi di vinificazione e di distillazione, che subiscono esclusivamente trattamenti di tipo meccanico fisico, compreso il lavaggio con acqua o l'essiccazione, nonché, previa autorizzazione degli enti competenti per territorio, la pollina, destinati alla combustione nel medesimo ciclo produttivo sono da considerare sottoprodotti soggetti alla disciplina di cui alla sezione 4 della parte II dell'allegato X alla parte quinta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152*" (trattasi dell'allegato cui si è già fatto riferimento per i biocombustibili)."

"... La norma appare in linea con **la direttiva 2008/98/CE**. Essa, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, non prefigura *una perentoria esclusione* di un determinato scarto produttivo dal regime dei rifiuti, a mezzo della sua classificazione come sottoprodotto, ma si limita a richiamare – e sempre che la combustione avvenga nel medesimo ciclo produttivo - la disciplina di cui all'allegato X nella parte citata. Ed ivi è previsto, all'art 1-bis (invero inserito solo con Decreto Legislativo 29 giugno 2010 n.128, art. 3), che "Salvo il caso in cui i materiali elencati nel paragrafo 1 (nдр. ossia i **biocombustili**) *derivino da processi direttamente destinati alla loro produzione* o ricadano nelle esclusioni dal campo di applicazione della parte quarta del presente decreto, la possibilità di utilizzare tali biomasse, secondo le disposizioni della presente parte quinta, è subordinata alla sussistenza dei requisiti previsti per i sottoprodotti dalla precedente parte quarta".

¹²² In tal senso, **S. Maglia**, *Normale pratica industriale*, cit., pag. 62, cita l'ultimo brano della motivazione, riportato nel testo, con questo commento: "Peraltro anche la stessa Cassazione formula questa considerazione nella medesima sentenza", ritenendo quel brano conforme alle premesse che l'A. stesso ha indicato in questi termini: "I trattamenti della **normale pratica industriale** possono dunque definirsi, come il

Peraltro *la conclusione restrittiva* della Corte, nell'un caso (trattamenti sulla materia prima) come nell'altro (trattamenti sul sottoprodotto sostitutivo del prodotto finito), **sono gli stessi**, nel senso indicato, e cioè che **non** sarebbero consentiti neppure gli interventi "**minimali**" (come *la separazione*: v. retro).¹²³

*** **

Merita, da ultimo, riconsiderare l'opinione autorevole della **Commissione CE**, nella più recente "esternazione" del **giugno 2012**, - rintracciabile nella "*Guidance on the interpretation*", cit. retro, sulla direttiva del 2008 (art. 5), con riferimento alla "**normale pratica industriale**"- la quale conferma sostanzialmente l'approccio e le conclusioni sinora delineate in questa ricerca.

Sul punto, essa riconduce i trattamenti ammessi a quelli che sono richiesti anche per "**la materia prima**" (e non per il "prodotto") e fornisce alcune esemplificazioni, in questi termini:

Prima ipotesi (senza trattamenti): "... Therefore, the CJEU stressed in its rulings on the definition of waste that a production **residue can only be regarded as a by-product if its further use is certain without prior processing.**"

Seconda ipotesi (con trattamenti): "... On the other hand, it has to be considered **that primary raw materials** usually also require **some processing** before they can be used in production processes... **a treatment which is normal industrial practice**, e.g. **modification of size or shape by mechanical treatment**, does not prevent the production residue from being regarded as a by-product."

Si può pertanto concludere nel senso che, per l'Organo comunitario cit., la individuazione dei **trattamenti** rientranti nella **n. p. i.** vanno ricercati fra quelli che si compiono anche **sulla "materia prima primaria"** (seconda ipotesi), senza alcun cenno

complesso di **ordinarie** operazioni o fasi produttive che – secondo prassi consolidata nel settore specifico di riferimento - caratterizza un dato ciclo di produzione di beni **e che possono mutare da sottoprodotto a sottoprodotto** a prescindere dalle variazioni sulla originaria natura".

Propende per riferire i trattamenti della **n. p. i.** (anche) alle *materie prime*, **A. Muratori**, op. cit. quando osserva, in polemica con la S.C. "... sarebbe stata, caso mai, da declinare la nozione" (di normale pratica industriale) con riferimento "... **al trattamento (delle materie prime) nei processi di produzione dei beni che *nulla ha a che fare con i trattamenti*** da effettuare sui rifiuti destinati al deposito in discarica..."

Sul tema, **L. Prati**, op. cit., amplia la casistica in questi termini: "... Da un lato infatti la "normale pratica industriale" non può essere *eccessivamente circoscritta*, pena la sostanziale **abrogazione** dell'art. 184-bis, primo comma. Dall'altro lato però essa non può neppure abbracciare qualsiasi operazione comunemente inserita in un ciclo produttivo, altrimenti si finirebbe per trasformare anche ogni **operazione di recupero di rifiuti** tra quelle elencate ai punti da R1 ad R13 dell'Allegato II alla Direttiva in un trattamento preliminare all'utilizzo di sottoprodotto. Nonostante l'inevitabile permanere di aree grigie, dovrebbe potersi affermare che certamente rientrano nella "normale pratica industriale **tutte quelle attività industriali** che possono essere **indifferentemente condotte con un sottoprodotto piuttosto che con una materia prima, un intermedio od un prodotto** senza che ciò comporti aggravii sotto il profilo dell'impatto ambientale.

Volendo esemplificare, un processo di **distillazione o raffinazione** di una sostanza, così come la rifusione di uno scarto di produzione metallico, rientrano certamente nella "*normale pratica industriale*" a prescindere dal fatto che essi intervengano su un materiale "vergine" piuttosto che decadente **da un altro processo industriale finalizzato alla produzione di un diverso bene primario**. Si tratta quindi di trattamenti identici o comunque *assimilabili* a quelli a cui l'impresa sottopone **prodotti, intermedi o materie prime** che certamente non costituiscono rifiuti in forza della loro origine".

¹²³ V. par. 2.1. e i rilievi critici della dottrina prevalente citata a note 2, 8, 29, 53, 59 e 105.

agli interventi sui prodotti (ottenuti dalla materia prima), come prospettavo, sopra, nel mio contributo più recente e come ritenuto da una parte della dottrina citata.¹²⁴

Ferme restando le esemplificazioni date (interventi sulla *dimensione* del materiale [**modification of size**] o il *trattamento meccanico* [**shape by mechanical treatment**], ecc.), *si potrebbe ipotizzare* che la Commissione nel 2012, voglia introdurre **una distinta soluzione...** nel momento in cui distingue gli interventi propri del **processo produttivo** (*production processes*) da quelli **preventivi** sulla “materia prima primaria” (*nel quale sarebbero riconducibili i trattamenti ammessi sul “sottoprodotto”*) che dunque precedono e sono funzionali ai trattamenti propri del processo produttivo.

Questa “lettura” sembra rintracciabile o comunque suggerita dal brano sopra riportato (“... **that primary raw materials** usually also require some processing **before** they can be used in **production processes**”) dove si contrappone il generico “**some processing**” (preventivo: before they...) dal distinto e successivo “**production processes**”.

Se tali conclusioni non fossero frutto di una esegesi troppo spinta o forzata - ma riflettessero invece il pensiero della Commissione – ne conseguirebbe che i **trattamenti ammessi** sarebbero *ben più ristretti* di (in quanto propedeutici a) *quelli propri dei processi produttivi*, aventi ad oggetto “materie prime primarie” (*primary raw materials*) che il sottoprodotto va a sostituire.

Peraltro, in un altro passaggio della “*Guidance*” cit., la Commissione ritorna sul punto, come ricordato, chiarendo che:

“Normal industrial practice **can include all steps which a producer would take for a product**, such as **the material being filtered, washed, or dried; or adding materials necessary for further use; or carrying out quality control....** Some of such processing tasks can be carried out on the production site of the manufacturer, some on the site of the next user, and some by intermediaries, as long as they also meet the criterion of being ‘*produced as an integral part of a production process*’.

La prima indicazione (“**all steps which a producer would take for a product**”) potrebbe indurre a pensare che i trattamenti, in esame, siano quelli che **riguardano il prodotto** e non la materia prima. Ma la frase successiva *esclude tale lettura* perché le esemplificazioni delle operazioni ammesse risultano testualmente e palesemente indirizzate alla “materia prima primaria” (“...**such as the material being filtered, washed, or dried....** ecc.) allo scopo di realizzare un prodotto (“.. *for a product*”).

Come si vede, la genericità del linguaggio legislativo (circa la n. p. i.) rende assai problematica una interpretazione sicura, di tipo letterale e/o sistematico, della norma.

8.2. Nostra opinione sul materiale oggetto di trattamento rientrante nella normale pratica industriale.

Riflettendo ulteriormente sul tema relativo al **materiale oggetto di trattamento**, mi sono reso conto che *l’alternativa posta* sull’oggetto degli interventi (materia prima primaria o prodotto, da essa ricavato, con *evidente ricaduta sulla estensione degli interventi ammessi*) era ed è *da ripensare e integrare* perché si fonda *su due sole evenienze* che, al

¹²⁴ V. par. 8 e relative note.

contrario, nella **realtà** dei processi produttivi, risultano *molto più articolate e differenziate e, comunque, non alternative o contrapposte.*

Il residuo - che risponde alle condizioni di cui all'art. 5, della direttiva 2008 cit. (come riprodotte nell'art. 184-bis cit.), può assumere – e di fatto assume - **molteplici impieghi e/o funzioni** (nell'ambito del successivo processo produttivo).

Esso può essere utilizzato - presso il produttore o il terzo - al posto e in sostituzione:

1) della **materia prima primaria** (cioè come “materia prima secondaria:” *secondary raw material*);

2) di un **semilavorato**;

3) di una sostanza che rappresenta un **costituente e/o componente** di un prodotto finale risultante dalla unione, integrazione, **miscelazione** ecc. di più costituenti;¹²⁵

4) come “**reagente**” o “**catalizzatore**” all'interno di un ciclo produttivo volto a produrre uno *specifico bene o prodotto*.¹²⁶ Anche in questo caso, il reagente o catalizzatore, esaminato in sé, potrà essere definito “*sostanza od oggetto*”, sul piano commerciale e giuridico (ove non si ricorresse a tali residui produttivi, *essi andrebbero altrimenti acquistati sul mercato, prima della loro applicazione, come beni*). In altri termini, queste sostanze, derivando da un processo produttivo (che le ha generate) sono correttamente suscettibili di essere definite “sottoprodotti” anche “se svolgono un *ruolo diverso* dalla materia prima secondaria, nel processo produttivo di un altro bene, e *non sostituiscono* alcuna materia prima, trattandosi appunto di reagenti o catalizzatori”¹²⁷.

5) ovvero come **prodotto o merce**, pronta per l'uso (previa sua immissione nel mercato, cioè come **prodotto finito**, a seguito, se del caso, di *trattamenti minimali*¹²⁸ non recuperatori (che può subire anche il prodotto ottenuto con materie prime vergini).

In tal senso, appaiono pertinenti e di supporto, le riflessioni già menzionate di due attenti Autori che, nell'affrontare il problema *del ruolo svolto* dal “sottoprodotto”, hanno **allargato la casistica della sue possibili utilizzazioni**, rafforzando la soluzione interpretativa appena prospettata.¹²⁹

In conclusione, dalle precedenti considerazioni – fondate sulla realtà tecnologica della produzione e del mercato – oltre che desunte dalla *casistica giurisprudenziale*, interna e comunitaria (v. oltre e *supra*) come ricostruita dalla Commissione U.E. (v. par. **4.2. e 6**) - può coerentemente affermarsi:

¹²⁵ V. retro, par. 4.3. sulla “miscelazione”. Il sottoprodotto, in definitiva, può sostituire un prodotto ma può *anche essere usato come “ingrediente in un altro processo di manifattura per creare un prodotto diverso”* Così l'**Avv. Jacobs** nella causa Wallonie della CGCE del 18 dicembre 1997 (come ricorda **V. Paone**, nell'articolo richiamato).

¹²⁶ Così, **A. Muratori**, op. cit., p. 609, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 7/2012. Il sottoprodotto, in definitiva, può sostituire un prodotto ma può anche essere usato come “... **ingrediente** in un altro processo di manifattura per creare un prodotto diverso”.

¹²⁷ Cfr. **A. Muratori**, op. ult. cit., p. 609, del tutto correttamente, a mio avviso.

¹²⁸ V. retro, **par. 7.1 e 8**.

¹²⁹ Mi riferisco a **L. Prati** e **A. Muratori**, nelle rispettive note citt. retro.

a) che gli interventi ammessi – rientranti nella **n. p. i.** - non possono essere individuati *in astratto e ristretti* alle sole **due alternative** generalmente indicate¹³⁰. Ma debbano essere ricondotti ed avere per oggetto una gamma di trattamenti normalmente compiuti *dalle imprese di settore* (e non dalla singola azienda utilizzatrice) sul sottoprodotto nei suoi molteplici impieghi e cioè anche quando esso funge:

- da “*semilavorato*”;
- da materiale *costituente/componente* che, miscelato con altri materiali, consente di realizzare il prodotto finale (v. retro);
- da residuo con qualità di *reagente e di catalizzatore* o con altre finalità.

A seconda della natura/funzione del materiale trattato – che soddisfi, ovviamente, **le altre** condizioni del sottoprodotto ex 184-bis (lett. a, b,d) – i trattamenti ammessi, non diversi dalla **n. p .i.** (sub c), assumeranno estensioni e caratteristiche diverse in ragione della *tipologia e del ruolo da esso assolto, in concreto, ed* esemplificati retro (v. **sub punti nn. 1/5**).

I trattamenti saranno ovviamente *meno estesi o più estesi* - in forma crescente - a seconda che riguardino il sottoprodotto che *già riveste* le caratteristiche del prodotto finale (interventi minimi) ovvero *la materia prima*, che il sottoprodotto va a sostituire. In quest’ultimo caso, del tutto legittimamente, gli interventi potranno essere *molto più incisivi*, come rilevato, fino a *incidere e modificare l’identità stessa* del residuo produttivo–sottoprodotto, secondo le esigenze del processo produttivo di provenienza o del terzo utilizzatore¹³¹.

Questa differente incidenza del trattamento del sottoprodotto (consentito dall’art. 184-bis e dall’art. 5, direttiva), non è il risultato di un ragionamento giuridico aprioristico o deduttivo (che prescinda dall’esperienza) ma si presenta come conseguenza logica obbligata di una ricognizione del **mercato del sottoprodotto** e delle **tecniche di processo** adottate nella specifica area produttiva di pertinenza, nel rispetto del criterio giuridico della “normale pratica”¹³².

Tale realtà dei sistemi produttivi, ben noti al legislatore comunitario e interno, *consente di individuare diverse operazioni* - praticate, di fatto, sui sottoprodotti (di differente natura e *incidenza* sulla loro identità: v. retro) - *a seconda della funzione* che essi svolgono nel processo produttivo di provenienza (da parte del loro produttore) o di utilizzo (da parte del terzo), secondo la casistica¹³³ esemplificata retro (anche se non esaustiva).

¹³⁰ E cioè: interventi adottati sulla “*materie prime primarie*” ovvero sul “*prodotto*” (grezzo) da esse ricavato, come sostituiti dal “sottoprodotto”.

¹³¹ Su tale ultima conclusione, si rimanda alle corrette e “realistiche” considerazioni di **A. Muratori**, op. cit. nonché alla densa nota **L. Prati**, op. cit., il quale prospetta, in modo esplicito, la possibilità (fenomenica e giuridica) che il sottoprodotto sia chiamato a sostituire le **m.p. primarie**, ma anche un **intermedio** o un **prodotto finale**, con evidenti ricadute sulla portata dei trattamenti necessari: dai più radicali sino a quelli minimi.

¹³² Cioè **tutti** gli interventi manipolativi del residuo **non** “diversi da quelli ordinariamente effettuati nel processo produttivo nel quale esso viene utilizzato” (come si esprime la sentenza, n. 17453/2012, volta in positivo)

¹³³ All’inizio del seguente paragrafo.

Alla tesi secondo cui i trattamenti sul residuo produttivo *non devono servire per consentire l'utilizzo del residuo* – magari “attraverso radicali trasformazioni” - perché in tal caso si tratterebbe di un'operazione di recupero di un rifiuto (in tal senso, **Amendola**, *Il partito del sottoprodotto*, cit. pg. 6), si può rispondere ricordando che l'ipotesi da lui formulata **non va confusa** con (e non ricomprende) la vicenda citata del residuo-sottoprodotto trattato come “**materia prima**” (*secondary raw material*) al fine di realizzare un prodotto finito (o bene). In questa fattispecie, infatti, il residuo *possiede già le caratteristiche merceologiche e ambientali* della materia prima vergine (corrispondente) e i trattamenti cui è sottoposto (*consentiti*) sono quelli e solo quelli – *anche radicali* – necessari e/o funzionali a realizzare un bene/prodotto finale: cioè **gli stessi che si adottano** sulla “materia prima primaria” (*primary raw material*) sostituita.

D'altra parte, la pluralità degli interventi, *previsti e ammessi* dalla Commissione UE (sulla scorta delle decisioni della CGCE), *segue questa regola* (di incidenza degli interventi in funzione *dei molteplici impieghi* del sottoprodotto) ove si riesamini **la casistica** da essa affrontata:

1) per le **scorie di altoforno**, per rispondere alle dimensioni richieste, esse (scorie) possono essere oggetto di **frantumazione** (“crushing”), essendo già utilizzabili direttamente (ipotesi relativa ad un residuo produttivo *che ha già le caratteristiche del prodotto finale*: v. retro par. 4.1.);

2) quanto ai **sottoprodotti dell'industria alimentare** - utilizzati come “*ingredienti*”, *costituenti*, ecc. per produrre mangimi per agricoltori o terzi e costituenti residui della produzione di zucchero, amido, malto – essi vengono utilizzati come componenti per **miscelazioni** con altre sostanze al fine di ottenere “alimenti composti per animali” (trattamenti assai spinti che fanno perdere al sottoprodotto la sua identità);

3) per i **sottoprodotti** della combustione, si ricorda che lo **zolfo**, presente nei fumi desolforati, viene “**separato**” dai fumi e consente di ottenere un sottoprodotto (**gessi** da impianto di desolfurazione fumi FGD) che *va a sostituire il gesso naturale* utilizzato nella produzione di pannelli. La “**separazione**” viene considerata dalla Commissione (già nel 2007 e ora nel 2012) come “trattamento” ammesso, diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 17453/2012;¹³⁴

¹³⁴ Per tale casistica v., retro, par. 4 e ss. con esemplificazione dei vari trattamenti accettati dal giudice ordinario o amministrativo. Con riferimento alla “Comunicazione” della Commissione del 2007, **V. Paone**, in *Sottoprodotti: una parola chiara* cit., “.. non ha nulla da contestare se il titolare del processo produttivo, da cui originano gli scarti, *scelga di apportare le opportune modifiche del ciclo produttivo* per ottenerne un residuo che presenti, al termine di tutte le varie fasi, le caratteristiche di immediata utilizzabilità .. cioè un sottoprodotto, già studiato all'uopo, fin dall'inizio... da utilizzare **tal quale**” (v. pag. 915). Mentre, a suo dire, sarebbe vietato, *pure al produttore del residuo*, di “effettuare, *al termine del ciclo che origina il residuo*, **ulteriori operazioni** necessarie per rendere il materiale utilizzabile” (in ordine a questa considerazione, ripresa da **Amendola**, mi riporto alle brevi osservazioni fatte, appena sopra, nel testo; in tema, v. retro a nota 43).

Non appare, a mio avviso, condivisibile la addotta necessità che “.. al momento della formazione del residuo”, quale sottoprodotto”, l'impresa che l'ottiene **deve avere già individuato il successivo sbocco produttivo**” (ivi pag. 916). A differenza delle precedenti formulazioni normative previste dalla legislazione italiana (v. artt. 183, lett. n); 183, comma 1, lett. p) n. 2), l'attuale 184-bis non richiede, infatti, **né l'immediato utilizzo** (come sottolineato anche da **P. Fimiani**, cit. a nota 79) né che il “successivo sbocco” **sia individuato al momento** della sua produzione”, limitandosi a prevedere che “è certo che la sostanza o l'oggetto sarà utilizzato” (in futuro) ex lett. b), comma 1, senza pretendere alcuna **contestualità o individuazione immediata** dell'utilizzatore (che potrebbe non essere, per ragioni contingenti, esigibile).

4) per **le terre e rocce da scavo**, la “stabilizzazione a calce o a cemento” costituisce un trattamento spinto con effetti di natura anche chimica, come previsto e consentito dal recente D.M. n. 161/2012 (per altre esemplificazioni, v. retro, par. 3.4)¹³⁵.

Merita, a questo punto, formulare *un ultimo rilievo*.

Le problematiche, in esame, benché assai “tormentate” e dai contorni ancora “sfuggenti”, sono comunque destinate a *ridursi, fino a sparire (quasi) del tutto* nella misura e nei **tempi** nei quali, in sede europea, saranno fissati dalla Commissione, con le procedure di “regolamentazione con controllo”, di cui all’art. 39, par. 3, della direttiva 2008/98 cit. (tramite apposito Comitato¹³⁶), “**misure da adottare** per stabilire i criteri da soddisfare affinché sostanze o oggetti specifici siano considerati sottoprodotti” (fatte salve le “anticipazioni” dei governi nazionali).

Allo stesso fine - e nel rispetto del paragrafo 4 dell’art. 5 - l’art. 184-bis, nel suo comma 2, prevede, come è noto, l’intervento di decreti ministeriali per fissare i **criteri qualitativi o quantitativi per specifiche tipologie di sottoprodotti** (ovviamente in assenza di precedenti provvedimenti comunitari per dette tipologie).

¹³⁵ Lo stesso **M. Sanna**, cit. a nota 98, con riferimento ai **sottoprodotti** regolati dal D.M. 161/2012 (terre e rocce da scavo) - considerate “*normate*” ma non “*non normali*” in quanto consistenti “... in attività che è estremamente difficile che possano essere riscontrate in un manuale di settore, specie se internazionale...” - formula le seguenti considerazioni:

a) “le modalità di gestione” (cioè di *trattamento*) previste in tale decreto rientrano “.. nella normale pratica industriale ... per questo materiale e *solo per questo...*”; b) i regolamenti non possono derogare alle condizioni poste dalla norma primaria, ex art. 184 bis e art. 5 della direttiva; c) i trattamenti regolamentati dal D.M. 5.2.1998, sul recupero dei rifiuti, non sono riferibili o estensibili ai sottoprodotti. Anzi il loro impiego *può far escludere* che si tratti di un sottoprodotto in quanto il materiale individuato dal tale decreto “... è solo un rifiuto ... che può essere assoggettato a una procedura semplificata di recupero”.

Condivido, **sub a)**, la conclusione secondo cui l’apposita disciplina del decreto ministeriale conferisce, alle terre e rocce, la qualifica di sottoprodotto, in base alle condizioni ivi introdotte, anche se non è chiaro perché **le attività** di gestione di questo materiale, sarebbero “normate ma non *normali*”, nel senso sopra specificato. Né la direttiva 2008/98, né la Commissione UE, nelle sue Comunicazioni del 2007 e 2012 citt, né altra fonte normativa giustificano una tale ripartizione o distinzione (“normato”/normale), a fronte della forza espansiva della nuova categoria. Rilevo, piuttosto, che le *attività di trattamento consentite* (in Allegato 3) del d. m. 161 sono molto più estese di quelle ammesse dalla Cassazione n. 17453/2012, ma tale contrasto (fra Governo e S.C.) non è esaminato dall’Autore, che pur aderisce alla motivazione della sentenza. Del tutto pacifica la riflessione **sub b)**, anche se l’art. 5 non riveste diretta e immediata efficacia nell’ordinamento nazionale.

Dissentito, infine, per quanto già esposto nel testo, dalle considerazioni **sub c)**, in quanto il richiamo al D.M. 5.2.1998 non è pertinente. Esso *si riferisce, infatti, ai rifiuti* e non alle attività di trattamento dei sottoprodotti e fu redatto quando la nuova categoria giuridica non era stata ancora formalmente riconosciuta (tanto da **contemplare** delle **sostanze o materiali oggi qualificati sottoprodotti**: v, per es., **la voce 11.7** sulle *fecce e vinacce*; e la voce **7.31** sulle *terre e rocce*; nonché tutte quelle tipologie di residui che sono utilizzabili *senza alcun trattamento recuperatorio* e pertanto *destinati a rientrare* nella categoria dei sottoprodotti. Ed, infine, perché, come chiarito sopra, il sottoprodotto, **potendo assumere il ruolo** della materia prima, del semilavorato o del prodotto finito, è *suscettibile di ricevere i trattamenti più diversi* (anche radicali, quando cade, per es., sulla materia prima). Senza dire poi che, da un decennio, la giurisprudenza della CGCE ha inequivocabilmente chiarito - facendo riferimento ai trattamenti dei rifiuti descritti dagli all. II A e II B alla direttiva rifiuti 91/156, all’epoca vigente - che essi *non sono indicativi della natura di rifiuto della sostanza trattata* e che **anche una materia prima** può subire **trattamenti analoghi** a quelli praticati sul rifiuto (cfr. le note sentenze: ARCO e Niselli, punti 36 e 37 della motivazione).

¹³⁶ Prevista dal par. 2 dell’art.5, stessa direttiva - che introduce la nozione di “*misure per stabilire i criteri da soddisfare per i sottoprodotti (ai sensi dell’art. 3, p.1)*”.

È ovvio, pertanto, che l'adozione di questa disciplina attuativa/integrativa - che fisserà, fra l'altro, la gamma e l'intensità **dei trattamenti ammessi** sul "sottoprodotto"-**colmerà il vuoto** normativo lamentato e *ridurrà*, di conseguenza, *il compito degli interpreti* (e soprattutto della *giurisprudenza*), nel momento in cui si disporrà:

- a) sulla *indicazione delle tipologie* di sottoprodotto, contrapposte al residuo-rifiuto;
- b) sulla corretta individuazione degli *interventi consentiti*, in base al diritto vigente;
- c) sulla specificazione "dei *requisiti pertinenti* riguardanti i prodotti" (sostituiti) e "la *protezione della salute e dell'ambiente*" (requisiti che il residuo deve soddisfare);
- d) sugli *impatti ammessi* sull'ambiente e/o la salute umana (che, per ciò stesso, non potranno essere considerati "impatti *negativi*")

Laddove **i trattamenti** sul singolo residuo produttivo siano **indicati e regolati** dalla Commissione UE e/o dai 27 Stati membri, detta sostanza assumerà, *incontestabilmente*, la qualifica di "sottoprodotto", comunque sia lata e/o incisiva **la tipologia degli interventi**, di volta in volta, consentiti (ovviamente nel rispetto di tutte le condizioni poste alle operazioni di trattamento e delle prescrizioni adottate sul riutilizzo). E fatto sempre salvo, comunque, *il sindacato di legittimità degli atti comunitari*, quanto al rispetto dell'art. 5 cit., e dei regolamenti ministeriali, secondo il diritto interno, in relazione all'art. 184-bis, *riservato all'autorità giudiziaria* (a seguito di impugnazione degli atti ritenuti illegittimi nelle sedi giurisdizionali competenti, interne o dell'U.E.¹³⁷).

Per quanto attiene all'Italia, si è già ricordato che il Regolamento sui materiali da scavo – come sottoprodotti (ex D.M. 162/2012) - *ha specificato* (nell' Allegato 3) *il tipo di trattamenti ammessi* che vengono ricondotti nella "normale pratica industriale".

Fra di essi troviamo una *nutrita esemplificazione* degli **interventi praticabili** su detto materiale: dai trattamenti minimali o superficiali a quelli *anche molto spinti*.

L'atteggiamento più recente del **Governo** italiano ma, soprattutto, **i messaggi del tutto espliciti** inviati nel 2007 e nel 2012 dalla **Commissione CE** ai 27 Stati membri - su come *intendere e regolare* la categoria del "sottoprodotto"¹³⁸ – finiranno, nel tempo, con il **rafforzare** quell'auspicato orientamento interpretativo **più liberale**, di cui si è fatta frequente menzione, sempre più deciso a *leggere*, nella più recente *normativa* e nel *canone* della "gerarchia dei rifiuti", *una piena equiparazione* (e non sottordinazione) fra la categoria giuridica di "sottoprodotto" e quella di "rifiuto". Non più in termini di "*complementarietà*" ed *eccezionalità* (con derivata illazione sull'*onere della prova*) ma in ragione della "**alternatività**" e "**prevalenza**" (del primo rispetto al secondo).

Il **ruolo** potenzialmente espansivo ed estensivo, svolto, nei singoli casi, dal "sottoprodotto" (da materia prima, a semilavorato; da costituente di miscele a reagente, sino a rivestire le caratteristiche del prodotto finale vero e proprio: vedi retro), rappresenta **un dato di fatto** (*id est*: una esperienza industriale e commerciale in atto) che si radica, oggi, su una **realtà normativa europea** destinata a sconvolgere *i precedenti parametri* (in particolare quelli sui "*trattamenti*" *ammessi o vietati*, a seconda che incidano o meno sulla identità merceologica e/o sulle caratteristiche ambientale del residuo produttivo).

¹³⁷ Cfr., in proposito, **V. Paone**, in "*Postilla*" a *Sottoprodotti: una parola chiave*, cit., pg. 919.

¹³⁸ Ampiamente rassegnati, retro, a par. 4.1.; 4.2. e 6.

I quali - evidentemente **concepiti e destinati** alla nozione/gestione del *rifiuto* – risultano, *al presente*, ineluttabilmente *regressivi*, tanto da essere ignorati – e giuridicamente superati - dall'art. 5, della direttiva 2008.

Nel nuovo contesto legislativo, si porrà, con ragionevole certezza, **un limite preciso e invalicabile**: gli unici trattamenti che verranno banditi dai futuri provvedimenti comunitari o ministeriali, rispettivamente ex artt. 5, comma 2, cit., e 184-bis comma 2 , T.U.A., saranno quelli diretti esclusivamente: 1) *a rendere il residuo produttivo compatibile con l'ambiente e la salute umana, tramite operazioni* di decontaminazione, neutralizzazione, ecc. *ovvero*: 2) *ad attribuirgli caratteristiche merceologiche* che esso non possiede e che dovrebbe invece rivestire, fin dal suo nascere, in forza della sua qualifica¹³⁹.

In questa prospettiva – che inizia al presente e si proietta in un futuro prossimo – i precedenti **canoni** distintivi del “*trattamento minimo*” (o pretrattamento) e “trattamenti pieni o recuperatori” (descritti anche come “trasformazioni preliminari”) *cesseranno di essere validi e utilizzabili* perché non più giuridicamente *pertinenti* nell'area del “**sottoprodotto**”.

Essi continueranno, però, a mantenere *legittimità* e *utilità* nel distinto e (ci si augura) sempre più ristretto comparto della **gestione dei rifiuti**, da cui dette nozioni provengono (e in cui saranno ricacciate) per indicare, come risaputo, quando un rifiuto, sottoposto a trattamento, **resta tale** (a seguito di pre-trattamenti o di operazioni *preliminari*) o viene *trasformato* in *materia prima secondaria* (per interventi di recupero) dando luogo, secondo il nuovo lessico, alla: “Cessazione della qualifica di rifiuto”.¹⁴⁰

Roma 14 maggio 2013

Pasquale GIAMPIETRO

info@giampietroambiente.it

¹³⁹ La necessità di tali interventi dimostrerebbe, infatti, sul piano logico e giuridico, che il residuo produttivo, in quanto *privo, all'origine, di detti requisiti* (e dunque bisognoso di acquisirli), andrà qualificato senz'altro come *rifiuto* (e, in quanto tale, recuperabile o smaltibile) e non quale *sottoprodotto*. Poiché “**il sottoprodotto**” - come icasticamente sottolineato, finalmente, da **Cass. pen. 26.6.2012, n. 25203** (udienza 16.5.2012) – “**è ciò che non è mai stato rifiuto**”. Su tale nozione concorda anche la Commissione CE, nella *Guidance* del 2012, commentata a par. 6.

¹⁴⁰ Più nota come *End of Waste*, ex art. 6, direttiva 98/20008 e art. 184-ter T.U.A.