

La Cassazione insiste sulla “temporaneità” dell’art. 186, T.U.A. (“Terre e rocce da scavo”), con irretroattività del D.M. 161/2012, ai fini penali.

(Nota a sentenza n. 12229 del 17 gennaio – 14 marzo 2014, sui residui di lavorazione dei marmi: rifiuti recuperabili o sottoprodotti?)

Pasquale Giampietro e Michele Petronzi

Sommario

1. Applicazione (retroattiva) del D.M. n. 161/2012, ai sensi dell’art.2, commi 2 e 4, codice penale e il quadro normativo preesistente.
 - 1.1. I precedenti conformi della Corte di Cassazione.
2. La vicenda esaminata (di recupero agevolato di residui-rifiuti di lavorazione dei marmi) e la conferma del dispositivo, con rettifica della motivazione.
 - 2.1La supposta continuità normativa.
 - 2.2 Le ragioni di una “parziale rettifica”.
 - 2.3. Delimitazione del periodo di efficacia dell’art. 186, come norma “temporanea” e presunta compatibilità con l’art. 15, del D.M. 161/2012.
3. Rilievi critici: i fatti contestati precedono il periodo di (presunta) temporaneità dell’art. 186.
4. Ulteriori inesattezze e forzature della motivazione.
5. L’anomalia delle “norme integratrici temporanee ex post” nel nostro sistema penale.
 - 5.1. Confutazione dell’assunto e richiami a una dottrina isolata e non condivisa.
6. Sulla presunta “non sovrapposibilità dell’abrogazione differita alle norme penali sulla *abolitio criminis*.”
7. Abrogazione differita e inaccettabilità di misure straordinarie di criminalizzazione temporanea.
8. La disciplina transitoria dell’art. 15, D.M. 161 smentisce le conclusioni del giudice di legittimità.
9. Conclusioni.

1. Applicazione (retroattiva) del D.M. n. 161/2012, ai sensi dell'art. 2, comma 2 e 4, codice penale e il quadro normativo preesistente.

La 3^a Sezione penale della Corte di Cassazione, per la terza volta in poco più di un anno, si è pronunciata sulla *non retroattività* delle norme introdotte dal D.M. n. 161 del 2012, sull'utilizzo delle terre e rocce da scavo, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2 C.p.¹

Com'è noto, a partire dal 2006, la disciplina delle terre e rocce da scavo è stata dettata dall'art. 186, del D. L.vo n. 152 del 2006 (di seguito, T.U.A.) per essere da ultimo modificata dal D. L.vo n. 205 del 2010 che, in attuazione della Direttiva 2008/98/CE, relativa ai rifiuti, ha introdotto nel T.U.A. l'art. 184 *bis*. Quest'ultima disposizione, a sua volta, prevede l'adozione, con uno o più decreti ministeriali, "*... ai sensi dell'articolo 17, comma 3 della legge 23 agosto 1988, n. 400*", di "*misure per stabilire criteri qualitativi o quantitativi da soddisfare affinché specifiche tipologie di sostanze o oggetti siano considerati sottoprodotti e non rifiuti*".

Nello specifico, l'art. 39 del medesimo D. L.vo n. 205 cit. stabilisce che "*... dalla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'art. 184 bis comma 2, è abrogato l'articolo 186*" (v. comma 4) e preannuncia che, "*entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del mare adottato ai sensi dell'art. 184 bis, comma 2 del Decreto Legislativo n. 152 del 2006, come introdotto dal presente decreto, sono definite le condizioni alle quali sia da qualificarsi come sottoprodotto il materiale derivante dalle attività di estrazione e lavorazione di marmi e lapidei*" (v. comma 14).

Il percorso legislativo che ha condotto alla disciplina attuale si è completato con l'art. 49, del D.L. n. 1 del 2012 (convertito con legge n. 27 del 2012) per il quale: "*l'utilizzo delle terre e rocce da scavo è regolamentato con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti*", che è chiamato a stabilire "*... le condizioni alle quali le terre e rocce da scavo sono considerate sottoprodotti ai sensi dell'articolo 184 bis del decreto legislativo n. 152 del 2006*"; dalla data di entrata in vigore del decreto ministeriale "*è abrogato l'art. 186*".

L'art. 49, dunque, *conferma* testualmente l'abrogazione dell'art. 186, del T.U.A. *già prevista dall'art. 39*, del D. L.vo n. 205 del 2010 e **la differisce** "*alla data di entrata in vigore del decreto ministeriale*" di regolamentazione delle terre e rocce da scavo (già indicato dal comma 2, dell'art. 184 *bis*, T.U.A.).

Pertanto, in forza del richiamo di cui all'art. 49 cit., la disciplina attualmente vigente - precisamente dal 6 ottobre 2012, data di entrata in vigore del d. m. cit. - è quella contenuta nel Regolamento n. 161 e *l'art. 186 T.U.A.*, sempre dalla stessa data, *risulta abrogato*.²

Il decreto del 2012 assume, pertanto, a nostro avviso, la funzione di "parametro normativo" rispetto al quale - in sede di repressione penale degli illeciti - deve essere verificata la ricorrenza di

¹ I due precedenti sul tema, entrambi della stessa Sezione, sono costituiti dalla sentenza n. 33577, del 4 luglio 2012 e n. 12295, del 28 febbraio 2013. La prima decisione è stata commentata da **P. Giampietro, A. Scialò e M. Petronzi**, in "Il nuovo statuto delle terre e rocce da scavo *secondo il D.M. n.161/2012*", in Lexambiente.it, 21.11.2012, a cura di **Luca Ramacci**" (v. par. 5 e ss.) e in Altalex.it, 30.11.2012.

² Per approfondimenti, cfr. **P. Giampietro, A. Scialò e M. Petronzi**, *Il nuovo statuto delle terre e rocce da scavo secondo il D.M. n.161/2012*, cit.

tutti i reati connessi all'utilizzazione delle terre e rocce da scavo. La completa individuazione delle relative fattispecie incriminatrici – inerenti le attività di gestione dei rifiuti (v. artt. 255 – 260 T.U.A.) - non può prescindere dalla disciplina in esso contenuta in quanto volta a **definire, ex novo**, il **materiale da scavo** (comprensivo delle terre e rocce) e a **fissare i nuovi requisiti** per la sua **qualificazione** come “sottoprodotto” (e non come rifiuto) con conseguente individuazione della disciplina amministrativa applicabile, direttamente rilevante (ove inosservata) anche ai fini penali, **in quanto normativa extra penale integratrice della norma incriminatrice (v. oltre).**

In altri termini, le prescrizioni introdotte dal D.M. n. 161 *concorrono ad individuare il contenuto del precetto sanzionato* rispetto al quale assumono *una funzione modificativa/integrativa* e si pongono, pacificamente, come *più favorevoli rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 186 T.U.A.*³

Come diffusamente condiviso anche dal giudice di legittimità, il nuovo regolamento, infatti, comporta *l'ampliamento della nozione dei “materiali da scavo”*, utilizzabili quali sottoprodotti, e, contestualmente, **la riduzione del campo di applicazione delle fattispecie incriminatrici** attraverso l'attrazione, nell'ambito dei sottoprodotti, di una nutrita tipologia di materiali **in precedenza qualificati come rifiuti**. Con la conseguenza che alcune condotte, penalmente rilevanti, prima dell'abrogazione dell'art. 186 cit., risultano oggi pienamente lecite grazie alla disciplina secondaria sopravvenuta, come prevista dalle fonti primarie citt.

1.1. I precedenti conformi della Corte di Cassazione.

In questo contesto normativo si è profilato, in tutta la sua rilevanza, teorica e pratica, il problema di stabilire se, ai sensi dell'art. 2 comma 2 C.p.⁴, le introdotte norme regolamentari, pacificamente considerate *integratrici di norme penali* e più favorevoli di quelle abrogate, possano (*recte*: debbano) *applicarsi retroattivamente a fatti commessi anteriormente alla loro entrata in vigore*.

Con riferimento a questo specifico tema, con la sentenza in esame, la Suprema Corte *ha ribadito la propria posizione contraria* al riconoscimento dell'efficacia retroattiva delle regole *de quibus*, riaffermando *la natura “temporanea”* dell'art. 186, per effetto del tenore testuale dell'art. 39, del D. L.vo n. 205, del 2010 cit. Il quale, contemplando un termine finale di vigenza di quella disposizione (“... *dalla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'art. 184 bis comma 2, è abrogato l'articolo 186*”), le avrebbe assegnato **natura di norma temporanea**, con conseguente applicazione dell'art. 2, comma 5, C.p.⁵

Ebbene è doveroso riconoscere – in premessa – che rispetto alle precedenti due pronunce citt.⁶, la motivazione, in esame, si segnala, immediatamente, per il grado di approfondimento delle tematiche accennate, con una elaborata serie di argomenti che vanno ben oltre il mero, assertivo *obiter dictum* con il quale si era finora espressa la stessa Sezione con sentenza n. 33577/2012 (pronun-

³ Sulla natura più mite e comprensiva dei precetti regolamentari (pur con qualche appesantimento procedurale) si è formata una valutazione diffusa e pacifica, in giurisprudenza e dottrina: cfr., *ex multis*, **L. Butti e F. Peres**, *Terre e rocce da scavo – Le novità del D.M. n. 161/2012*, inserto di Ambiente e Sicurezza, 30.10.2012, n. 20, pagg. IV/XXXI; cfr. **P. Giampietro – A. Scialò**, *Il sottoprodotto, il fresato d'asfalto e la “normale pratica industriale”*, in *Lexambiente* 28.01.2014 e *Altalex* 28.03.2014.

⁴ Che detta: “ Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna [c.p.p.533], ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali [c.p.p. 648, 650, 671]”.

⁵ Il quale recita: “ Se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti”, v., in proposito, l'art. 14 del “Preleggi” al codice civile.

⁶ Cfr. nota n. 1

ciata il 4 luglio 2012, quando era ancora in vigore l'art. 186....(!), non essendo stato neppure emanato il decreto n. 161, del successivo 10 agosto, in vigore dal 6 ottobre 2012...)⁷ ripresa, l'anno seguente, con la pronuncia n. 12295, del 28 febbraio 2013, senza alcun autonomo apporto motivazionale.

Peraltro, pur riconoscendo l'impegno profuso, anche questo terzo tentativo, del 17 gennaio scorso, lascia perplessi sulla soluzione raggiunta, in termini di: adeguatezza giuridica degli argomenti addotti, di conformità costituzionale degli effetti che deriverebbero dalle conclusioni proposte oltre che di sostanziale, reiterata incomprensione del fenomeno sostanziale, sottostante alla questione giuridica, di natura tecnica e commerciale, afferente il mercato del riutilizzo delle terre e rocce.

2. La vicenda esaminata, di recupero agevolato di residui-rifiuti di lavorazione dei marmi, e la conferma del dispositivo, con rettifica della motivazione.

L'occasione per un ulteriore intervento sul tema è stata offerta – alla S.C. - dal ricorso presentato da una Società di lavorazione dei marmi avverso la pronuncia di condanna per il reato di cui all'art. 256, comma 4 T.U.A.⁸

La fattispecie contestata riguardava il trattamento, *con procedura semplificata*, dei residui di lavorazione della pietra, *“qualificati come rifiuti non pericolosi”*, in mancanza dei requisiti e delle condizioni richieste dal D.M. 5 febbraio 1998.

L'attività di lavorazione di pietre e marmi - come è noto - è stata assoggettata, nel tempo ad una peculiare disciplina fino ad essere equiparata e ricondotta nell'alveo dell'art. 186 T.U.A., destinato alle terre e rocce da scavo.

Al momento dell'accertamento dei fatti in contestazione (13 ottobre 2008), i residui di rocce, provenienti dalla lavorazione di estrazione in cave autorizzate, erano classificati *rifiuti non pericolosi*, ai sensi degli artt. 214 ss. T.U.A. e del D.M. 5 febbraio 1998 e assoggettati a procedura semplificata.

Con il D.L. n. 208 del 30 dicembre 2008, convertito in legge n. 13 del 27 febbraio 2009, la disciplina prevista dall'art. 186 T.U.A., per le terre e rocce da scavo, **veniva estesa** anche ai residui provenienti dall'estrazione *di marmi e pietre e a quelli di lavorazione degli stessi*.

L'entrata in vigore del D.M. n. 161 del 2012 (6 ottobre 2012), infine, ha determinato un ulteriore mutamento delle regole, nel senso che l'art. 186 è stato abrogato e le fattispecie da esso considerate - tra le quali anche *il trattamento dei residui di lavorazione della pietra* - sono confluite nella generale categoria del “sottoprodotto” (per ciò stesso estranea al regime dei rifiuti) a condizione di soddisfare i criteri qualitativi e quantitativi fissati dal nuovo decreto.

⁷ La cui motivazione sull'irretroattività non risultava pertinente in quanto non necessaria per risolvere il caso deciso, attese le ragioni cronologiche appena accennate.

⁸ Secondo cui: “Le pene di cui ai commi 1, 2 e 3 sono ridotte della metà nelle ipotesi di inosservanza delle prescrizioni contenute o richiamate nelle autorizzazioni, **nonché nelle ipotesi di carenza dei requisiti e delle condizioni richiesti per le iscrizioni o comunicazioni**” (come nel caso deciso di recupero agevolato con la sola “comunicazione” ed iscrizione nell'Albo dei recuperatori senza previa richiesta di autorizzazione).

2.1. La supposta continuità normativa.

Il Tribunale, benché sollecitato sul punto dalla difesa degli imputati, ha tuttavia escluso l'applicazione retroattiva della norma più favorevole, contenuta nel predetto decreto n. 161, sul presupposto di una continuità normativa tra disciplina in vigore al momento del fatto e disciplina sopravvenuta;, pervenendo alla conclusione che: "... in ogni caso, gli imputati, violando le disposizioni regolanti la materia, avessero integrato, con la loro condotta, la fattispecie di reato contestata" (art. 256, comma 4 T.U.A.).

La 3^a Sez., chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della sentenza, ha affermato di *condividere la posizione* del Tribunale nella parte in cui "... ha ritenuto che il precedente quadro normativo non consentisse di poter ravvisare una abrogatio criminis anche sul presupposto che la disciplina di favore fosse rimasta subordinata ad una serie di condizioni che l'esercente l'attività doveva preventivamente possedere, incombendo sullo stesso l'onere di provare la perdurante osservanza delle stesse".

In sostanza, par di capire che - nel caso specifico - sia per il Tribunale che per la Corte - la successione di leggi, sopra evidenziata, *non avrebbe avuto alcuna incidenza o riflesso sulla qualificazione delle condotte* contestate agli imputati i quali avrebbero integrato il reato di cui all'art. 256, comma 4, T.U.A. sia in base **alla disciplina originaria** (D.M. 5 febbraio 1998) che in forza **di quella sopravvenuta** (prima l'art. 186 T.U.A. e, infine, il D.M. n. 161). In tal senso si consideri il seguente passaggio della motivazione: "... lo *ius superveniens non ha comportato alcuna abolitio criminis perchè le fattispecie che costituivano reato hanno continuato, sebbene in un quadro amministrativo mutato, ad essere penalmente sanzionate, sussistendo una sostanziale continuità normativa tra vecchia e nuova disciplina e permanendo il medesimo disvalore delle condotte, in quanto i requisiti richiesti a tutela dell'ambiente e della salute sono rimasti, nel tempo e per quanto qui interessa, analoghi*".

2.2. Le ragioni di una "parziale rettifica".

Osserviamo, *in limine*, che se fosse vera tale valutazione comparativa (di "sostanziale continuità") delle prime due fonti normative cit., succedutesi nel tempo - quella applicata dal Tribunale (con riferimento alla violazione dell'art. 256, comma 4, che punisce fra l'altro "...le ipotesi di carenza dei requisiti e delle condizioni richiesti per le iscrizioni e comunicazioni", con riferimento specifico alle "condizioni" imposte dal D.M. 5.2.1998, per il recupero agevolato **dei rifiuti** non pericolosi consistenti, nella specie, *in residui di lavorazione della pietra piacentina*⁹ e quelle successive di cui all'art. 186 cit.(sulle terre e rocce "ottenuti come sottoprodotti") - il giudizio di legittimità poteva/doveva *semplicemente e doverosamente arrestarsi* alla compiuta constatazione della corretta motivazione espressa dal Tribunale.

Si intende dire che la (concordemente) **ritenuta "continuità"** delle menzionate discipline sarebbe stata, da sola, *motivazione adeguata e sufficiente* per sottrarre la fattispecie decisa al regime della retroattività di cui all'art. 2 C.p., invocato dai ricorrenti, *rendendo conseguentemente superfluo* il tema della vigenza o dell'abrogazione nonché della natura, *temporanea o meno*, dell'art. 186 T.U.A.

⁹ Condizioni non ottemperate, nella specie, a causa dell'omesso sistema di raccolta delle acque meteoriche, ai test di cessione incompleti, ecc., come si legge nella pronuncia del Tribunale.

Tuttavia, sulla falsariga dell'approccio valutativo già tenuto nella precedente sentenza n. 33577 del 2012¹⁰, anche in questo caso, la terza Sezione ha voluto ribadire il proprio orientamento - sulla natura "temporanea" dell'art. 186 T.U.A. - nonostante, si ripete, la fattispecie potesse essere risolta semplicemente *con un positivo sindacato di legittimità* sul percorso logico seguito dal Giudice di merito, in forza della *condivisa "sostanziale continuità"*.

Appellandosi all'art. 619 C.p.p., quel Collegio ha operato – invece - *una parziale rettifica* della motivazione di primo grado e, pur lasciando inalterata la parte dispositiva, ha tenuto a precisare – come chiarito a par. precedente - che l'applicazione della sopravvenuta disciplina più favorevole è interdetta "**... non tanto e non solo dalla continuità del tipo di illecito**", quanto dal fatto che, "*si no alla data di entrata in vigore dei decreti ministeriali previsti dall'art. 184 bis, comma 2 del D.lgs. n. 152 del 2006, l'art. 186 d. lgs. n. 152 del 2006 ha assunto la natura di norma temporanea e, come tale, insuscettibile di innescare, ai sensi dell'art. 2, comma 5, cod. pen., il meccanismo di cui ai precedenti commi dell'art. 2 cod. pen. (e del comma 4 in particolare)*".

In tal modo, pur dando atto del "*diverso avviso reiteratamente espresso in dottrina*", detta sezione ha ribadito l'indirizzo ermeneutico già esposto in altre sue pronunce - esplicitamente richiamate nella motivazione: "*Sez. 3, n. 33577 del 04/07/2012, Digennaro, Rv. 253662, nonché Sez. 3 n. 12295 del 28/02/2013 non mass*"- a tenore del quale l'art. 186 T.U.A., a seguito dell'abrogazione disposta dall'art. 39 comma 4 e differita al momento dell'entrata in vigore dei decreti ministeriali previsti dall'art. 184 bis comma 2, ha assunto "*la natura di norma temporanea, destinata ad applicarsi ai fatti commessi fino all'entrata in vigore del prescritto decreto di attuazione*".

2. 3. Delimitazione del periodo di efficacia dell'art. 186, come norma "temporanea", e presunta compatibilità con l'art. 15, del D.M. 161/2012.

Con riferimento al passaggio della motivazione relativo *al periodo* che va dall'art. 186 T.U.A. al D.M. n. 161 del 2012 – *che resterebbe al di fuori* del meccanismo successorio di cui all'art. 2 comma 2, c.p. - la stessa Corte rileva che la sua conclusione non risulterebbe smentita dall'art. 15 del suddetto Decreto "*... nella parte in cui ha previsto (con apposita disposizione transitoria) che, decorso il termine di centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del Regolamento, i progetti per i quali era in corso una procedura, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 186, del decreto legislativo n. 152 del 2006, potevano essere assoggettati alla nuova disciplina, con la presentazione di un piano di utilizzo ai sensi e per gli effetti dell'art. 5, oppure, in mancanza, potevano essere portati a termine secondo la procedura prevista dall'art. 186 del d.lgs. n. 152 del 2006*".

Questa disposizione, infatti, "*... lungi dal convalidare la tesi di una abolitio criminis differita*¹¹, *che implicherebbe l'applicazione dell'art. 2, comma 4 ai fatti pregressi*", avrebbe permesso - "*... a coloro che avessero in corso l'attività alla data di entrata in vigore del regolamento, e che nel frattempo si fossero uniformati alla normativa vigente regolata dalla disposizione temporanea*"- "*di proseguire ("portare a termine") l'attività stessa nell'osservanza della dismessa procedura, alle cui disposizioni è stata dunque attribuita una limitata ultrattività*".

Lo stesso Collegio ha inoltre precisato, in aperto e consapevole contrasto con la dottrina prevalente (potremmo azzardare: "unanime", o quasi), che il fenomeno dell'*abrogazione differita*, evidentemente ritenuto operante, nel caso di specie, anche dal Giudice di legittimità, non sempre si so-

¹⁰ Vedi, in proposito, le considerazioni elaborate ne *Il nuovo statuto delle terre e rocce da scavo*, cit., di P. Giampietro, A. Scialò e M. Petronzi, in *altalex.it* del 30 novembre 2012, cit.

¹¹ Come avevamo sostenuto nella nostra nota: "*Il nuovo statuto*" cit. par. 5.4 e 5.5.

vrappone o concorre con la disciplina penalistica dell'*abolitio criminis* sul presupposto che “... la natura temporanea di una norma non necessariamente richiede che la temporaneità sia stabilita, **in via genetica**, potendo essere attribuita (**fenomeno ricorrente proprio in materia di c.d. norme integratrici temporanee ex post**) per determinazione successiva”.

Ciò che rileva, secondo la pronuncia in commento, ai fini della successione nel tempo delle norme integratrici temporanee “... è la precisa determinazione **della natura di esse e non il momento in cui tale necessaria determinazione avvenga (ex ante o ex post)**”. “Rileva -prosegue la motivazione – “... **la riconoscibilità della norma come temporanea e non il momento in cui l'ordinamento le attribuisca tale natura**”.

Ne deriverebbe, in conclusione, che: “.. Sono dunque possibili casi in cui determinate norme, pur inizialmente varate in previsione di una loro persistente vigenza (nel nostro caso l'art. 186), vengano successivamente dotate di una ristretta efficacia temporale nel momento della loro abrogazione o sostituzione (v. art. 39 comma 4, del d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205), nella misura in cui risulti in modo certo che lo *ius novum* sia in grado di disciplinare solo ed esclusivamente i fatti perfezionatisi durante la propria vigenza, con la ovvia conseguenza che il diritto abrogato, in presenza di una precisa disposizione transitoria (v. art. 39 comma 4, cit.), resta in vigore per disciplinare i fatti che, verificatisi nella fase intertemporale, non sarebbero governabili dallo *ius novum* “a causa della mancanza di disposizioni che inevitabilmente ne condizionano l'operatività (come nella fattispecie, dove la qualifica di sottoprodotto poteva essere attribuita solo sulla base dei requisiti qualitativi o quantitativi fissati dai provvedimenti ex art. 184 bis, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006)”.

L'art. 186 T.U.A., in definitiva, secondo la ricostruzione della Corte, avrebbe assunto natura di “norma temporanea” (o, comunque, è diventato “riconoscibile “ come tale) **in virtù dell'art. 39**, del D. L.vo n. 205 del 2010 “nella misura in cui risulti in modo certo” che le norme del Decreto n. 161 non potevano governare i fatti **verificatisi nella fase (“intertemporale”)** che va dalla **previsione dell'abrogazione** dell'art. 186 (ex art. 39 cit.) **all'entrata in vigore del Decreto stesso** “... a causa della mancanza di disposizioni che inevitabilmente ne condizionano l'operatività (come nella fattispecie, dove la qualifica di sottoprodotto poteva essere attribuita solo sulla base dei requisiti qualitativi o quantitativi fissati dai provvedimenti ex art. 184 bis, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006)”, non ancora adottate ed entrate in vigore.

3. Rilievi critici: i fatti contestati precedono il periodo di (presunta) temporaneità dell'art. 186.

Il principio di diritto espresso nella parte finale del par. precedente – peraltro, come rilevato, sostanzialmente *superfluo* con riferimento al caso concreto, a fronte della **ritenuta continuità** tra le norme succedutesi nel tempo, sopra ricordate (D.M. 1998, sul recupero dei rifiuti con procedura semplificata; art. 186, TUA, sulle terre e rocce e D.M. 161/2012, sui materiali da scavo¹²) - **risulta irrilevante**, ai fini della decisione, anche per un altro motivo.

Si legge nella sentenza, in esame, che **la condotta** contestata è stata compiuta in data **13 ottobre 2008** e dunque non è comunque riconducibile cronologicamente a quei “... fatti che, verificatisi nella fase intertemporale” (cioè dal **10.12.2010**, data di entrata in vigore dell'art. 39, d.lgs. 205/2010, al **6.10. 2012**, data di iniziale vigenza del D.M. n. 161/2012), non sarebbero governabili dallo *ius novum* “... a causa della mancanza di disposizioni che inevitabilmente ne condizionano l'operatività”.

¹² Affermazioni assai azzardate e smentite dal diritto positivo come già rilevato a par. 1.

Il che comporta, logicamente, che l'art. 186 (anche a seguire, per ipotesi, la tesi della Corte, peraltro da respingere, v. oltre) avrebbe assunto natura di norma temporanea **solo** - e comunque - a partire dal 10 dicembre 2010 (data di entrata in vigore del D. Lvo n. 205 del 2010) e non oltre il 6 ottobre 2012, termine iniziale di efficacia del D.M. 161/2012, come appena ricordato. Sicché, per il principio di **retroattività della legge più favorevole** (nella specie, della norma amministrativa integratrice della fattispecie penale), le disposizioni del D.M. n. 161 dovrebbero **applicarsi, ex art. 2 comma 2, c.p. ai fatti commessi in epoca anteriore e sino al 10 dicembre 2010**, in quanto, fino a quest'ultima data, l'art. 186 non era stato ancora qualificato "norma temporanea".

Diversamente, e per la stessa ragione, per i fatti commessi tra il 10 dicembre 2010 e il 6 ottobre 2012 (entrata in vigore del Decreto n. 161), seguendo l'interpretazione prospettata in sentenza, troverebbe applicazione l'art. 186, *nel frattempo divenuto.... "norma temporanea"*.

Osserva, infatti, la stessa Corte che: *"(l'art. 186) resta in vigore per disciplinare i fatti che, verificatisi nella fase intertemporale, non sarebbero governabili dallo ius novum"*.

In conclusione: anche ad ammettere la teorica qualificazione dell'art. 186 come "norma temporanea" (ma l'ipotesi è radicalmente inaccettabile per i motivi che seguono), la fattispecie, in concreto giudicata, relativa **a fatti commessi il 13 ottobre 2008** (cioè oltre due anni prima), *doveva essere governata, ai fini penali*, dalla più favorevole disciplina introdotta dal Decreto n. 161 del 2012, in quanto l'art. 186 **non era divenuto ancora** "norma temporanea" (e pertanto non costituiva alcun ostacolo all'applicazione dell'art. 2, c.p.).

In definitiva: alla data della contestazione, i trattamenti dei residui di lavorazione della pietra ricadevano, per quanto detto, *sotto le disposizioni di cui all'art. 186 T.U.A.*, come successivamente modificate (sempre però *ante art. 39*, D. Lvo n. 205 del 2010) ed erano quindi soggette al meccanismo successorio governato dall'art. 2 **comma 2**, C.p. (e non comma 4, come si legge in sentenza).

Appurata, quindi la non riferibilità e dunque la **"irrelevanza"** – rispetto *alla vicenda storica decisa (risalente al 2008)* – delle affermazioni di principio circa la natura "temporanea" dell'art. 186 (che, pertanto, si presentano, ancora una volta, come un.... "recidivo" *obiter dictum*), merita aggiungere che le argomentazioni esposte in sentenza (oltre a non essere **pertinenti al caso esaminato**) restano – in sé considerate e nel merito - non condivisibili anche da un punto di vista più generale e di sistema.

4. Ulteriori inesattezze e forzature della motivazione.

Prima di affrontare il tema centrale della ritenuta anomalia di ipotizzare – come prospettato nella pronuncia in esame – la configurabilità *di norme extra-penali, integratrici temporanee* del precetto penale, *introdotte ex post nel nostro sistema* (su cui v. oltre par. 5), intendiamo evidenziare alcune *sviste minori*, rilevabili nel testo della sentenza che, peraltro, assumono un significato non meramente formale sia in relazione alla posizione apicale nella quale si colloca il Giudice di legittimità (da cui non ci aspetteremmo certe disattenzioni....) sia per *l'incidenza che esse giocano sulle conclusioni finali* della motivazione.

1) Come si desume dal tenore della pronuncia, la Corte assegna all'art. 39, comma 4, del d. lgs. n. 205/2010 l'attribuzione "postuma" della natura "temporanea" dell'art. 186 (v. pg. 5 dello stampato). Ma non si avvede – come rilevato - che, al momento della decisione, il 17 gennaio 2014, l'art. 39 *era stato già modificato* (da più di un anno) dall'art. 49, del D.l. 1/2012 il quale differisce la re-

golamentazione delle terre e rocce, alla “ data di entrata in vigore dei decreti ministeriali di cui all’art. 184 bis.”, il cui termine di decorrenza è, nel frattempo, cambiato. Infatti, i previsti 90 giorni *non decorrono più dal d. lgs. 205/2010* (è cioè dal 10.12.2010) ma dal *successivo* d.lgs. n. 1, del 24 gennaio 2012, come convertito in legge 24.03.2012 n. 27 (che sostituisce “il primo periodo dell’art. 39, comma 4, cit.”), cioè **oltre un anno dopo...** (decorsi gg. 90 dal 24 gennaio 2012, ex art. 49, del d. l. n. 1/2012 cit.) !

2) Rientra nel novero di un’ulteriore disattenzione l’aver ricondotto il fenomeno, in esame - della successione della norma extrapenale, integratrice della fattispecie penale, ai fini della non punibilità – alla ipotesi contemplata **dall’art. 2, comma 4** del c.p. (v. pg. 5 della sentenza in frase parentetica: “... e del comma 4 in particolare”), anziché, come doveroso, alla fattispecie distinta del *comma 2*, dello stesso art. 2.

Il comma 4, infatti, si riferisce alla successione di leggi penali diverse e, in tal caso, impone l’applicazione di quelle le cui disposizioni sono più favorevoli. Nella specie, invece, la situazione consisteva nell’evenienza in cui “*il fatto commesso in precedenza, secondo una legge posteriore, non costituisce più reato*”.

La norma amministrativa, integratrice della fattispecie penale (art. 256 T.U.A.)¹³, ha modificato infatti, e sostanzialmente, ampliandola la nozione di terra e roccia come sottoprodotto, previa abrogazione della disciplina amministrativa e tecnica dell’art. 186.

L’estensione della categoria del sottoprodotto (rispetto a quello dell’art. 186) ha ridotto, contestualmente, la nozione di rifiuto (ex art. 186, comma 5) e dunque *la fattispecie rientra nella previsione dell’art. 2, comma 2*, c.p., secondo l’interpretazione più autorevole delle Sezioni Unite della Cassazione penale¹⁴.

3) Accogliendo le conclusioni del Tribunale di Udine (applicabilità dell’art. 2 c.p. e “continuità” fra il D.M. 05.02.1998, All. I, punti 7.2; art. 186, comma 7, del T.U.A. e D.M. 161/2012), la Sezione ritiene “*condivisibile*” la motivazione della “**sostanziale continuità della normativa**” non solo perché essa non avrebbe prodotto, nella specie, l’*abolitio criminis*, “..... stante la continuità del tipo di illecito” (dalla data di accertamento del fatto, regolato “*dal D.M. 05.02.1998, all’aggiunta del comma 7 ter dell’art. 186, da parte della legge n. 13/2009, di conversione del d.l. n. 208/2008*”). Ma anche perché l’art. 186 “... **ha assunto la natura di norma transitoria**” (v. retro).

Nella sintassi del periodo i due argomenti della motivazione sono considerati, **congiuntamente** (ma anche da soli...) **giustificativi** delle conclusioni assunte dalla Corte (“... non solo dalla continuità quanto per il fatto che....”).

La tesi della “**continuità normativa**”, condivisa dalla Sezione 3[^] - tra D.M. 05.02.1998 e l’art. 186 T.U.A. (in particolare, con riferimento al comma 7 *ter* cit.) - appare una *palese forzatura*, tanto evidente risulta la sua *contrarietà* alla sopravvenuta normativa comunitaria (art. 5 direttiva 98/2008) e nazionale (T.U.A. del 2006).

Non poteva sfuggire alla Corte un primo dato normativa di base:

¹³ Costituita dal Regolamento 161/2012.

¹⁴ V., per tutte, la sentenza n. 2451 del 16.01.2008. Sul punto si rimanda a **P. Giampietro, A. Scialò, M. Petronzi**, *Il nuovo statuto delle terre e rocce da scavo*, cit., paragrafo. 4.

a) il D.M. 05.02.98 (All. 1, par. 7.2) si riferisce a *residui di lavorazione* della estrazione da cava qualificati, *fin dall'origine*, "rifiuti recuperabili"; mentre gli stessi residui sono successivamente **equiparati** alla disciplina delle "terre e rocce" dell'art. 186 e **qualificati**, sin dall'origine, "sottoprodotti", ove presentino le caratteristiche dell'art. 184 bis (v. comma 7 *ter* dell'art. 186 cit.).

b) Poiché al tempo del D.M. 05.02.98 detti materiali – anche se avessero avuto le caratteristiche attuali del sottoprodotto – in base al futuro art. 5, della direttiva cit. e 186 T.U.A. – **sarebbero stati comunque definiti rifiuti recuperabili**¹⁵, appare del tutto evidente e pacifico (ma non al Collegio giudicante), che la legislatura sui rifiuti ha registrato (non una sostanziale continuità ma) un marcato capovolgimento proprio nell'ambito della ri-definizione della **nozione** di rifiuto, anche con riferimento alla sua estensione (nella specie: del residuo di lavorazione di pietre e marmi): prima (cioè anteriormente al TUA del 2006) attribuita, in ogni caso, a tutti i residui di lavorazione anche se avessero rivestito le (successive ed) attuali caratteristiche del "sottoprodotto" (art. 186): poi, con la introduzione di una **nuova – e opposta** – categoria di **residui-sottoprodotti**.

c) Con la conseguenza che l'inosservanza delle prescrizioni del D.M. 05.02.98 comportava il passaggio dall'attività di recupero agevolato del residuo-rifiuto alla medesima attività di recupero con il regime ordinario (dell'autorizzazione), sempre dello stesso residuo-rifiuto.

Diversamente, nel caso d'inosservanza delle condizioni dell'art. 186, l'effetto sarà che il sottoprodotto, destinato alla disciplina delle merci, verrà assoggettato ad un regime diverso: quello dei rifiuti (dove, in precedenza, era sempre confinato) e potrà essere recuperato, a seconda del caso, in procedura semplificata ovvero ordinaria.

In sostanza, un residuo produttivo può nascere, in ipotesi, fin dall'origine come "sottoprodotto", in presenza delle "condizioni" di cui al comma 1, lett. a/d), dell'art. 184-bis; ma può essere trasformato in rifiuto se il suo produttore e/o utilizzatore proceda, per es., ad un "trattamento" non consentito (perché diverso dalla "normale pratica industriale") ovvero ad un utilizzo della sostanza non legale, ecc.

d) Ma v'è di più: alla 3^a Sezione – attestante la *continuità sostanziale* fra D. M. del 98 e l'art. 186 T.U.A. - è sfuggito del tutto che le "disposizioni" poste dal decreto ministeriale del 1998, sul recupero **erano e sono affatto diverse**, nel loro contenuto, da quelle introdotte da quest'ultima disposizione (art. 186 e, successivamente, dal D.M. 161/2012).

Le prime, infatti, *miravano a* garantire che il recupero del rifiuto rispettasse determinate norme tecniche generali ¹⁶ e che le relative attività di trattamento, **anche spinto**, del rifiuto garantisse "... l'ottenimento di prodotti o materie prime o materie prime secondarie" che non dovevano "... presentare caratteristiche di pericolo superiori a quelle dei prodotti o delle materie ottenute dalla lavorazione delle materie prime vergini", sempre nel rispetto "... della norme vigenti in materia di tutela della salute dell'uomo e dell'ambiente nonché di sicurezza del lavoro...".

¹⁵ Nel 1998 non erano ancora state adottate le fonti successive cit., relative al sottoprodotto.

¹⁶ Si legge nell'art. 1, comma 2 che: " Negli allegati 1, 2, 3 sono definite le norme tecniche generali che, ai fini del comma 1, individuano i tipi di rifiuti non pericolosi e fissano, per ciascun tipo di rifiuto e per ogni attività e metodo di recupero degli stessi, le condizioni specifiche in base alle quali l'esercizio di tali attività è sottoposto alle procedure semplificate di cui all'art. 33, del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, e successive modifiche e integrazioni.

Le prescrizioni dell'art. 186, invece, perseguono uno scopo distinto e pongono delle condizioni differenti (utilizzo integrale del residuo-sottoprodotto; assenza di preventivo trattamento o trasformazione preliminare”; impatti ambientali non diversi da quelli autorizzati per il sito; certezza del riutilizzo, ecc.) in quanto riferite **ad un residuo che deve già possedere i requisiti merceologici e di qualità ambientale del “prodotto” (e non del rifiuto).**

I trattamenti (previsti e consentiti) sul rifiuto, per il suo recupero, risulteranno, spesso, molto più spinti di quelli che hanno per oggetto il sottoprodotto - e dovranno essere tali, ex art. 3, D.M. 98, **da ottenere - dal rifiuto – prodotti, materie prime o materie prime secondarie**; mentre i trattamenti sul sottoprodotto sono, in linea di principio, **vietati** del tutto o riconducibili, secondo la formulazione normativa ben nota, alla “normale pratica industriale”.

Insomma, mentre per i rifiuti, in linea generale, il trattamento/trasformazione preliminare è *tecnicamente necessario e previsto* (cioè imposto dal decreto del '98); per il sottoprodotto, esso è escluso, *salvo la deroga* indicata, ex art. 184 bis, comma 1, lett. c).¹⁷

e) Quando il Tribunale, all'atto “dell'accertamento dei fatti” (del 2008), qualificò i residui di rocce in oggetto, “rifiuti soggetti a procedura semplificata (v. pag. 4, delle sentenze della Suprema Corte in commento), non poteva adottare altra definizione attesa l'inesistenza, all'epoca, di una norma espressa sui sottoprodotti, di contro alla disciplina esplicitamente prevista dal D.M. 05.02.1998 sui *residui di lavorazione dei marmi cit.* (v. Allegato I, Suballegato I, voce 7, sui rifiuti inerti).

Con l'avvento dell'art. 186 TUA, comma 7 ter, per ottenere la qualifica del sottoprodotto, ex art. 184 bis, si dovevano rispettare le condizioni sub comma 1, lett. a)/d. le quali, si ripete, *non corrispondono affatto alle condizioni per il trattamento del recupero di detto residuo come rifiuto* [v. retro]).

f) Non coglie nel segno, la medesima decisione, *anche allorché condivide la motivazione del Tribunale* sulla “confluenza della fattispecie prima contenute nell'art. 186, nella categoria generale del sottoprodotto, qualora il residuo sia gestito nei termini di cui al D.M. 161 del 2012” (v. pg. 5, par. 2.1.).

Perché il D.M. 161, previsto (e “legittimato”) da fonti legislative primarie (legge n. 27/2012), non si limita a recepire l'art. 186 (le sue definizioni e relativa disciplina); ma incide profondamente, ed *ex novo*, sulla nozione di “sottoprodotto” in termini:

- a) *tipologici* (“materiali da scavo”, comprensivi anche dell'eventuale presenza di riporto, ignota all'art. 186;
- b) *di provenienza* (attività e opere dalla tipologia allargata: v. art. 1, lett. a) e b);
- c) per la presenza (ammessa) *di materiali* contaminati (con concentrazioni di inquinanti al di sotto dei limiti massimi previsti);

¹⁷ Con la specificazione, si ripete, che il residuo produttivo intanto è **sottoprodotto, fin dalle origini**, in quanto posseda, dal momento della sua formazione – *i richiesti “requisiti” merceologici e di qualità ambientale* – che difettano, ovviamente nel rifiuto – e che **non gli devono essere conferiti** con degli appositi trattamenti (altrimenti ci troveremo di fronte ad una fattispecie opposta: di rifiuto da recuperare). Per approfondimenti, si rinvia a **P. Giampietro e A. Scialò, Il sottoprodotto, il fessato d'asfalto e la normale pratica**” in lexambiente.it.

d) di **trattamenti consentiti**, assai numerosi e di significativa incidenza, secondo “la normale pratica industriale” (v. All. 3);
e) di **procedure burocratiche nuove** da seguire (Piani di utilizzo ecc. v. art. 5 e 7, sulla “caratterizzazione ambientale”), notevolmente *diverse* da quelle dell’art. 186, T.U.A.

Di talché non poteva essere avallata la sentenza di primo grado, in nome di **una generica e affermata “continuità normativa”**, tanto da poter confermare, nel marzo del 2014, una pronuncia di condanna motivata sulla (ritenuta) violazione delle “condizioni” previste dal D.M. 05.02.1998, per recupero agevolato di rifiuti, **senza tener conto** del sopravvenuto art. 186, comma 7 *ter* e del D.M. 161/2012.

Dette fonti normative, infatti, qualificando, per la prima volta, il “residuo di lavorazione di pietra e marmi” come “sottoprodotto” fin dall’origine (e non più rifiuto), alla presenza di nuove “condizioni” completamente differenziate (v. retro) - in quanto pertinenti un prodotto e non un rifiuto da recuperare - imponevano, in prima battuta, al Tribunale di Cividale del Friuli (che si pronunciava il 5 marzo 2013), e, in seconda, alla Suprema Corte, di *effettuare una doverosa verifica* circa la ricorrenza o meno dei presupposti dell’art. 2, comma 2 del c.p.

Verifica, di fatto, omessa, sull’erronea e apodittica affermazione circa la “**continuità sostanziale**” della nuova disciplina rispetto al d.m. del 1998 (v. supra) che non avrebbe “**prodotto l’abolitio criminis**” (v. pg. 5).

f) Peraltro, la 3 Sezione è così poco sicura del suo convincimento... da ricorrere ad una formulazione finale (per avallare la pronuncia di merito) *intrinsecamente incoerente*, là dove fa precedere l’espressione di conferma (fondata “... non solo dalla continuità del tipo di illecito”) “*quanto*” (cioè piuttosto e diversamente) da un autonomo e distinto motivo giustificativo del seguente tenore: “... per il fatto che, sino all’entrata in vigore dei decreti ministeriali.. l’art. 186 **ha assunto la natura di norma temporanea**” (argomento del tutto nuovo e di per sé sufficiente a sostenere la sua decisione).¹⁸

Insomma, il rilievo della sostanziale continuità della disciplina non è “completamente esatto” (per escludere l’*abolitio criminis*), perché tale esclusione non dipende “tanto dalla continuità del tipo di illecito” quanto, piuttosto, per il fatto della “**assunzione della natura temporanea dell’art. 186**”.

In questo passaggio logico, il “non solo” - che segue il “*non tanto*” – appare argomento molto debole¹⁹ per giustificare la correttezza giuridica della sentenza di primo grado, fondata su una pre-

¹⁸ Osserva, infatti, la Corte a par. 2.2. della motivazione: “... **Il rilievo, pur essendo condivisibile nel senso cioè che la sostanziale continuità della normativa non ha prodotto nella specie l’invocata abolitio criminis**, non è tuttavia completamente esatto, essendo interdetta l’applicazione della disciplina, in ipotesi più favorevole sopravvenuta, **non tanto e non solo dalla continuità del tipo di illecito**, che comunque rilevarebbe nella fase del passaggio tra la data dell’accertamento del fatto (epoca in cui l’attività era regolamentata dal D.M. 5 febbraio 1998) alla data in cui la disciplina prevista per le terre e le rocce da scavo è stata estesa, con l’aggiunta del D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 186, comma 7 *ter*, anche ai residui provenienti dall’estrazione di marmi e pietre e a quelli di lavorazione degli stessi (ex D.L. 30 dicembre 2008, n. 208 conv. in L. 27 febbraio 2009, n. 13), **quanto per il fatto che**, sino alla data dell’entrata in vigore dei decreti ministeriali previsti dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 184 bis, comma 2, il D.Lgs. n. 152 del 2006, **art. 186 ha assunto la natura di norma temporanea e, come tale, insuscettibile di inescare, ai sensi dell’art. 2 c.p., comma 5**, il meccanismo di cui ai precedenti commi dell’art. 2 c.p. (e del **comma 4** in particolare)”.

¹⁹ Perché “non tanto” suggerisce un giudizio di *esclusione* mentre “non solo”, una valutazione di “*inclusione*”.

sunta “continuità” normativa che sia il Tribunale di Udine che la Suprema Corte **non motivano**, fra l’altro, **in alcun modo**. “Continuità” contraddetta, soprattutto, dal diritto positivo vigente (dal 2006 al 2014) che si colloca su un *piano totalmente diverso* ed opposto rispetto *al decreto 5.2.98 sul recupero dei rifiuti*, facendo assurgere - sulla scorta di distinte e diverse “condizioni” - il residuo di lavorazione di pietre e marmi nella **nuova categoria** dei sottoprodotti²⁰.

5. L’anomalia delle “norme integratrici temporanee ex post” nel nostro sistema penale.

Sotto altro profilo, la pronuncia annotata, dando il proprio autorevole riconoscimento alla categoria giuridica delle “norme integratrici temporanee ex post” (v. retro par. 3) rischia di stravolgere – con troppa disinvoltura - i connotati tradizionali e consolidati della nozione di “norma temporanea”, richiamata dall’art. 2 comma 5 C.p., commettendo un “peccato” di... originalità, a tutti i costi, che avrebbe richiesto, quantomeno, un maggiore sforzo ermeneutico o anche, più semplicemente, esplicativo.

1. Merita, innanzi tutto, ricordare che la configurabilità di una *temporaneità postuma* - nel nostro sistema penale - **è stata esclusa**, fin dalla sua origine, dalla Relazione ai “Lavori preparatori del Codice penale” in cui si definiscono **leggi temporanee**, ex art. 2 comma 5, “*quelle che hanno vigore entro un limite di tempo da esse stesse determinato*” (cfr. vol. V, parte I, pag. 24).

La più autorevole dottrina, recente e meno recente, non si è sostanzialmente allontanata dal chiaro criterio interpretativo *fornito dal legislatore*, come espressamente riconosciuto dalla stessa sentenza in esame (significativo l’inciso: “*pur non ignorando il Collegio il diverso avviso reiteratamente espresso in dottrina*”)²¹.

Da ultimo, un attento studioso del fenomeno della successione di norme integratrici ha ribadito che “*si presenta erronea e inaccettabile, perchè in contrasto con la vigente nozione di norme temporanee, qualsiasi tesi interpretativa che voglia attribuire natura di temporaneità a norme che non contengono affatto la predeterminazione espressa del periodo di tempo in cui avranno vigore*”²².

2. Il contrario e isolato avviso della terza Sezione - nella parte in cui ha ricompreso l’art. 186 T.U.A. nella categoria giuridica delle “norme integratrici temporanee ex post” – sembra volere recepire (ed accreditare) - anche con ampi ed inequivocabili richiami testuali... - l’opinione di una dottrina non solo isolata *ma anche assai controversa*.²³

Detto Autore (a cui ci si richiama nel testo della sentenza) osserva, in proposito: “.. *L’ultima categoria di norme integratrici temporanee per determinazione, benché sia la più osteggiata dalla cri-*

²⁰ Cfr. **P. Giampietro**, *Quando un residuo produttivo si qualifica sottoprodotto (e non rifiuto) secondo l’art. 5 della direttiva 2008/98 CE*, in Lexambiente.it, 08.11.2010, a cura di **Luca Ramacci** e in Focusambiente.it, 13.11.2010.

²¹ Autorevole e concorde nel sottolineare come peculiarità delle leggi temporanee, la destinazione **ab origine** a durare un periodo di tempo circoscritto (v. **Romano**, “*Commentario sistematico del Codice penale*”, 2004, p. 56 ss.) ovvero la cessazione della loro vigenza alla scadenza del termine prefissato, **senza bisogno di una legge abrogativa** (cfr. **Manzoni**, *Diritto penale*, 2007, p. 88; nonché **Antolisei**, *Manuale di diritto penale*, 2003, parte generale, p. 112). Sulla stessa linea anche: **Manzini**, *Trattato di diritto penale*, 1981, pag. 326; **G. Bettiol**, *Diritto Penale, parte generale*, p. 130, ed altri.

²² Cfr. **L. Gatta** *Abolition criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*, 2008, p. 347 ss.

²³ La categoria delle norme integratrici temporanee “ex post” o “per determinazione successiva”, è apparsa nel nostro panorama dottrinale per opera, soprattutto, di **Dario Micheletti** che, nel 2006, ha dedicato un lavoro assai ampio sul tema, intitolato “*Legge penale e successione di norme integratrici*”, ma non convincente in ordine alle argomentazioni poste a fondamento delle conclusioni proposte.

tica, risulta in assoluto quella più ricorrente in termini statistici e, quindi, anche quella maggiormente utile a fini pratici. Il riferimento va alle norme che, pur essendo inizialmente varate in previsione di una persistente vigenza, vengono successivamente dotate di una ristretta efficacia temporale nel momento della loro abrogazione o sostituzione. Un riconoscimento, questo, che presuppone ovviamente l'esistenza di una disciplina transitoria ad hoc, da cui deve emergere in modo esplicito che il diritto abrogato resta applicabile ai fatti commessi durante la propria vigenza, ovvero - ma è lo stesso fenomeno regolato, però, dal versante opposto - che lo ius novum è in grado di disciplinare solo i fatti perfezionatisi durante la propria vigenza".

Un semplice raffronto con il passaggio della sentenza che cita le "norme integratrici temporanee ex post" disvela.... la fonte di ispirazione o, quantomeno, l'anteprema dottrinale (ed isolata) della posizione adottata dalla Corte.

5.1. Confutazione dell'assunto e richiami a una dottrina isolata e non condivisa.

Ma, a questo punto, entrando nel merito di queste ipotesi esegetiche - e, in particolare, esaminando gli **esempi** di "norma temporanea per determinazione successiva", prospettati dall'Autore cit. - ci si avvede della *fragilità di tale categoria giuridica*.

- a) "Si consideri a titolo esemplificativo" - si legge nel testo citato - "quanto è accaduto con la sostituzione del **codice di procedura penale del 1930**, la cui promulgazione non avvenne nella premessa della sua temporaneità. (...) Ciò nondimeno, malgrado cioè questa sua intima vocazione alla permanenza, del tutto comprensibile risultò la decisione del legislatore, che nel 1998 ... avvertì l'esigenza di conferire, retrospettivamente, natura temporanea al previgente codice del 1930, imponendone l'applicazione ai processi già iniziati, o giunti ad una determinata fase, durante il periodo della sua vigenza" (v. pag. 518 del testo cit. a n. 11).

È facile obiettare, in ordine a questo primo esempio, che **la successione delle leggi processuali** è notoriamente regolata dal canonico principio del *tempus regit actum*. Di conseguenza, la problematica sopra richiamata, a titolo dimostrativo, **si colloca chiaramente al di fuori del campo di applicazione dell'art. 2 C.p.**, in posizione cioè di *assoluta estraneità* al concetto di "temporaneità" come **inteso** e richiamato nel comma 5, del medesimo articolo.

- b) Collegata all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, è anche la *seconda fattispecie* di norma temporanea, elaborata dallo stesso Autore.

L'art. 684 sanziona la pubblicazione arbitraria degli atti di un procedimento penale.

Il problema intertemporale presentatosi nel passaggio dal sistema inquisitorio a quello accusatorio derivava dal fatto che, *non essendoci uniformità tra i due codici di procedura in merito all'individuazione degli "atti e documenti di cui è vietata la pubblicazione"*, non era chiaro se dovesse continuare o meno ad assumere rilevanza penale la pubblicazione della *sentenza di rinvio a giudizio* emessa dal giudice istruttore: un atto processuale che, nel previgente sistema, *esisteva ed era coperto da segreto* e che, a seguito della riforma del 1988, è scomparso dal codice di procedura penale. La stessa Cassazione, tuttavia, per ammissione del medesimo A., *aveva* (correttamente) *escluso* che, nel caso specifico, si configurasse una *abolitio criminis*: in realtà il *disvalore penale* della condotta (rivelazione di atto coperto da segreto istruttorio) *era rimasto assolutamente immutato*.

L'unica modifica concerneva la cancellazione, dal sistema processuale, della *sentenza di rinvio a giudizio* emessa dal giudice istruttore *con la conseguente impossibilità di ripetizione del fatto concreto oggetto di giudizio* (v. Corte di Cassazione, VI Sezione, sentenza del 14 giugno 1994, Paris).

- c) Altro esempio - di temporaneità retroattiva di norme integratrici di legge penale - è stato elaborato dalla dottrina cit. in relazione al passaggio dal servizio militare obbligatorio a quello professionale-volontario. Tale passaggio, determinò, il problema della sorte da riservare al *reato di rifiuto di prestare il servizio militare*.

Ebbene, anche in questo caso, l'applicabilità dell'art. 2 comma 2, c.p. *sarebbe esclusa dalla circostanza* che le norme integratrici che (prevedevano il servizio militare obbligatorio) avrebbero assunto il carattere di *"norme integratrici temporanee"*.

Più chiaramente *"temporanea"*, e quindi soggetta all'art. 2 co. 5, C.p., non sarebbe – secondo l'A. cit. - la norma incriminatrice del rifiuto di prestare il servizio militare, *ma la normativa extrapenale che integrerebbe quella norma incriminatrice*, regolando il servizio stesso con la previsione della sua sospensione, a partire da una certa data, e fino al verificarsi di determinate situazioni che ne rendano necessario il ripristino.

Viene operata, quindi, una distinzione di efficacia temporale tra la norma incriminatrice e la relativa norma integratrice, *attribuendosi il carattere della temporaneità solo a quest'ultima*.

L'originaria norma incriminatrice, evolutasi nel tempo, sarebbe stata qualificata, ancorché solo in sede di modifica, come norma temporanea: con la conseguenza che la vicenda intertemporale andrebbe necessariamente disciplinata, ai fini penali, alla stregua dell'art. 2 comma 5 C.p. (v. l'A. cit. a pg. 521).

Senonché – a parer nostro - anche in questo caso, merita ribadire che la soluzione (della temporaneità postuma) è rimasta *del tutto isolata* nel panorama giurisprudenziale e dottrinale, come rilevato, *perché evidentemente sbagliata*.

La Corte di Cassazione (altra Sezione), infatti, evidentemente ancora insensibile al fascino della temporaneità postuma, ha risolto la vicenda affermando che: *".. abolito il servizio militare obbligatorio in tempo di pace"*, deve ritenersi *"abrogato il delitto di rifiuto di prestare lo stesso da parte dei cittadini ad esso tenuti per chiamata di leva"*. Ne consegue che, *"ai sensi dell'art. 2 comma secondo C.p., da un lato non è punibile la condotta di chi, in precedenza, quando detto servizio era obbligatorio, ha rifiutato di prestarlo e, dall'altro, vengono a cessare l'esecuzione e gli effetti penali della condanna eventualmente subita"* (cfr. Corte di Cassazione, I Sezione penale, sentenza n. 7628 del 2 marzo 2006)²⁴,

²⁴ La dottrina più autorevole ha messo in evidenza – conformemente al pensiero della S. C. - che *"le modifiche normative - che hanno reso non più obbligatorio il servizio militare, sospendendone l'obbligo a partire dal 31 ottobre 2005 - non hanno determinato alcuna abolito criminis. Le norme incriminatrici descrivono un fatto che a partire dal 31 ottobre 2005 e sino a nuova disposizione, non dovrebbe più verificarsi perché su nessuno graverà l'obbligo di prestare il servizio militare di leva; ma la sopravvenuta impossibilità di concretizzazione della fattispecie penale (rifiuto di prestare il servizio di leva obbligatorio) derivata dalla sopravvenuta impossibilità giuridica di realizzazione del presupposto espresso o tacito della condotta tipica (il venir meno dell'obbligatorietà del servizio di leva) non equivale ad abolito criminis in mancanza di una specifica abrogazione delle norme penali che prevedono il reato in questione. (...) Il rifiuto di prestare il servizio militare rimane ancora penalmente illecito se e nei limiti in cui esso è dovuto: dunque la valutazione del Legislatore sul disvalore penale del fatto è assolutamente immutata"*. Cfr. **David Brunelli, Rilevanza penale**

Tra assenza di *abolitio criminis* e semplice *sopravvenuta irrealizzabilità del fatto concreto*, **nessuno spazio ha trovato** - in giurisprudenza e in dottrina - **la presunta temporaneità assunta dalla norma** che prevedeva il servizio militare obbligatorio.

In conclusione, e più in generale: non sembra che il nostro ordinamento conosca casi in cui la successione nel tempo di leggi penali (o di leggi integratrici di norme penali) sia stata risolta, ex art. 2 comma 5 C.p., **attribuendo temporaneità postuma** alle norme penali in successione o **alle norme integratrici di norme penali susseguitesesi nel tempo** (come nel caso in esame) .

La sentenza stessa, in commento, pur definendo tale fenomeno come *“ricorrente”*, **non è in grado di offrire alcuna indicazione esemplificativa** di detta ricorrenza, sottraendosi ad un doveroso approfondimento di un tema tanto controverso quanto decisivo.

Appellandosi, poi, e recependo acriticamente il richiamato testo dottrinale cit. (a nota 21) - il quale *propone esempi equivoci* che, in altre occasioni, la stessa Corte (in altra Sezione) aveva criticamente valutato e respinto (ben guardandosi dal chiamare in causa *la categoria delle norme temporanee* e la disciplina dell'art. 2 comma 5) - si espone alle stesse fondate obiezioni della dottrina prevalente ma, soprattutto, di indirizzi consolidati dallo stesso giudice di legittimità (sopra accennati).

6. Sulla presunta “non sovrapponibilità” della abrogazione differita alle norme penali sulla *abolitio criminis*.

La sentenza in commento ha ravvisato, nella sostituzione dell'art. 186 T.U.A. con la disciplina del Decreto n. 161, un'ipotesi in cui l'abrogazione differita (dell'art. 186 per effetto dell'art. 39, D. L.vo n. 205 del 2010) *non si sarebbe “sovrapposta” alla disciplina penalistica dell'abolitio criminis*. Con la conseguenza che l'art. 186, sottratto alla disciplina di cui all'art. 2 comma 2 C.p., avrebbe continuato a disciplinare i fatti commessi sotto la propria vigenza, anche dopo l'entrata in vigore della più favorevole regolamentazione del Decreto n. 161.

La ragione di tale peculiare ricostruzione, *che contempla la scissione* tra abrogazione differita di una norma e retroattività della disposizione sopravvenuta più favorevole, risiederebbe nella particolare circostanza che le norme del Decreto n. 161 *non potrebbero governare i fatti verificatisi nella fase che va dalla previsione dell'abrogazione dell'art. 186 (art. 39 D.L.vo n. 205 del 2010)²⁵ all'entrata in vigore del Decreto stesso “... a causa della mancanza di disposizioni che inevitabilmente ne condizionano l'operatività (come nella fattispecie, dove la qualifica di sottoprodotto poteva essere attribuita solo sulla base dei requisiti qualitativi o quantitativi fissati dai provvedimenti ex art. 184 bis, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006)”*.

Questa giustificazione, posta a base di un'evidente eccezione al fisiologico succedersi di norme penali appare, ad opinione degli scriventi, frutto di un percorso logico “circolare” non condivisibile, e comunque del tutto estraneo e incompatibile con quanto previsto dal meccanismo dell'art.2, comma 2 c.p.²⁶

dell'abolizione del servizio militare obbligatorio: tra successione di norme scomparsa del fatto tipico, in Cass. Pen. 2006, 1680 ss.

²⁵ V. reto par. 1 e ss.

²⁶ Per il quale anche le norme amministrative più favorevoli, integratrici delle norme penali, producono l'effetto retroattivo di cui al comma 2 dell'art. 2 del codice penale, pure nel caso in cui non siano applicabili nel periodo governato dalle disposizioni amministrative sostituite e meno favorevoli.

In sostanza, le norme del Decreto n.161 (c.d. *ius novum*) non sarebbero in grado di disciplinare, ai fini dell'art. 2 comma 2 c. p., i fatti verificatisi nella fase "**intertemporale**" menzionata, a causa della loro mancanza nel periodo in questione.

L'apparente ovvietà dell'affermazione, appena fatta, semplifica la questione ma descrive, esattamente il ragionamento posto a base della sentenza. La quale - rilevando testualmente che i fatti verificatisi nella fase intertemporale "*.... non sarebbero governabili dallo ius novum*" a causa della mancanza di disposizioni che inevitabilmente ne condizionano l'operatività (come nella fattispecie, dove la qualifica di sottoprodotto poteva essere attribuita solo sulla base dei requisiti qualitativi o quantitativi fissati dai provvedimenti ex art. 184 bis, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006)" - non dice nulla d'altro e di diverso da quanto sopra sintetizzato.

Infatti lo "*ius novum*" è costituito dalle norme del Decreto n. 161 del 2012; le disposizioni che condizionano l'operatività del predetto "*ius novum*", cioè i "*provvedimenti ex art. 184 bis, comma 2, d.lgs. n. 152 del 2006*", sono ovviamente sempre le norme del Decreto n. 161 del 2012.

L'anomalia logica dell'argomento, a nostro parere, rivela la forzatura del ragionamento seguito dalla pronuncia.

In conclusione, non v'è dubbio che le prescrizioni dell'art. 186 continueranno ad applicarsi *anche con riferimento al periodo transitorio* (in cui detto articolo avrebbe assunto la natura di norma temporanea in attesa dell'entrata in vigore del D.M. 161), **ma ciò non esclude** che quest'ultimo Regolamento produca i suoi effetti, **in sede penale**, ex art. 2, comma 2, **per tutti i fatti già disciplinati dall'art. 186** (antecedenti e/o ricadenti nel c.d. periodo transitorio).²⁷

7. Abrogazione differita e inaccettabilità di misure straordinarie di criminalizzazione temporanea.

Nel caso specifico, anche il dato testuale e sistematico dell'art. 39, d.lgs. n. 205 cit., denota la sua assoluta estraneità al fenomeno della normazione "temporanea".

Con quest'ultimo decreto, infatti, si è data attuazione alla Direttiva 2008/98/CE, relativa ai rifiuti, attraverso una serie di modifiche, novative e/o abrogative, delle norme del TU n. 152 del 2006, tese, per l'appunto, ad adeguare quest'ultimo ai principi ed agli obiettivi stabiliti in sede U. E. che **ampliavano** le ipotesi di riutilizzo delle terre e rocce da scavo, come sottoprodotti (e non come rifiuti recuperabili).

In quest'ottica, l'art. 39 cit., sotto l'eloquente rubrica "**Disposizioni transitorie e finali**", ha stabilito che "**dalla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui all'art. 184 bis comma 2, è abrogato l'articolo 186**" (comma 4) e che "**entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto** (n. 205 del 2010, ndr), **con decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del territorio e del mare, adottato ai sensi dell'art. 184 bis, comma 2 del Decreto Legislativo n. 152 del 2006 come introdotto dal presente decreto, sono definite le condizioni alle quali sia da qualificarsi, come sottoprodotto, il materiale derivante dalle attività di estrazione e lavorazione di marmi e lapidei**" (comma 14).

²⁷ Fermo restando quanto chiarito a proposito della decorrenza del periodo transitorio che è diversa da quello indicato in sentenza: v. par. 2.2. sulla successiva abrogazione dell'art. 39, del d. lgs. n. 205/2010.

Per *ratio*, collocazione e contenuto, la norma appena richiamata non può certamente essere considerata **il frutto di una scelta legislativa imposta da una esigenza concreta determinata da una "situazione contingente"**

L'art. 39, evidentemente, fissa *regole di coordinamento* per gestire il **passaggio normativo** in materia di utilizzo delle terre e rocce da scavo, secondo un meccanismo tipico dell'**abrogazione differita** (dell'art. 186 T.U.A.) e **della delegificazione** (dall'art. 186, norma "primaria", al Regolamento, come previsto dalla legge).

Appare chiaro – nel merito - che, nel circoscrivere a 90 giorni la residua efficacia dell'art. 186, il legislatore non è stato mosso da una valutazione **sull'opportunità di disciplinare in modo peculiare i fatti commessi durante tale intervallo di tempo** per far fronte **ad esigenze contingenti**.

La finalità dell'intervento legislativo è stata assolutamente diversa, come appare intuitivo.

Fissata la definizione generale di "*sottoprodotto*" (art. 184 bis), esso ha rimesso **ad un successivo decreto ministeriale** l'individuazione dei "*criteri qualitativi o quantitativi da soddisfare affinché specifiche tipologie di sostanze o oggetti siano considerati sottoprodotti e non rifiuti*", precisando che, una volta intervenuto il Decreto, l'art. **186 sarebbe stato naturalmente e ovviamente abrogato**.

Tutto ciò per evidenti *ragioni di chiarezza e di coordinamento* e, in particolare, per la palese esigenza di *evitare sovrapposizioni su una medesima materia* e, al tempo stesso, per garantire la "**copertura normativa**" dei fatti commessi nel periodo che sarebbe intercorso tra l'abrogazione dell'art. 186, fino all'emanazione del Decreto Ministeriale .

Nella genesi della disposizione di cui all'art. 39 comma 4, dunque, non vi è stata **alcuna valutazione di carattere sostanziale**; alcuna esigenza particolare di **criminalizzare temporaneamente taluni comportamenti a discapito di altri**, in deroga alla normale disciplina; alcuna ragione **contingente che imponesse di assoggettare il regime** di utilizzazione dei materiali da scavo alla normativa di cui all'art. 186, fino all'entrata in vigore del Decreto (ma solo di assicurare una prosecuzione della normativa esistente in attesa di futura abrogazione).

D'altronde, quando il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento una norma temporanea, la volontà si è espressa in termini assolutamente inequivoci, a differenza di quanto accaduto con l'art. 39, del D. L.vo n. 205 del 2010.

Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla rubrica del decreto legge n. 208 del 30 dicembre 2008: "*Testo del decreto Legge 30 dicembre 2008, n. 208 (in Gazzetta Ufficiale n. 304 del 31 dicembre 2008) ... recante "Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente"*.

8. La disciplina transitoria dell'art. 15, D.M. 161 non conferma le conclusioni del giudice di legittimità.

L'interpretazione contraria all'attuale orientamento giurisprudenziale della 3° Sezione cit. trova il sigillo definitivo nell'art. 15, del Decreto n. 161 del 2012, entrato in vigore il 21 settembre 2012.

Sotto la altrettanto eloquente rubrica "**Disposizioni finali e transitorie**", detta norma stabilisce che "**al fine di garantire che non vi sia alcuna soluzione di continuità nel passaggio dalla preesistente normativa prevista dall'articolo 186 del decreto legislativo n. 152 del 2006 a quella prevista dal**

presente regolamento, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del presente regolamento, i progetti per i quali è in corso una procedura, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 186 del decreto legislativo n. 152 del 2006, **possono essere assoggettati alla disciplina prevista dal presente regolamento** con la presentazione di un piano di utilizzo ai sensi e per gli effetti dell'articolo 5. Decorso il predetto termine senza che sia stato presentato un piano di utilizzo ai sensi dell'articolo 5, **i progetti sono portati a termine secondo la procedura prevista dall'articolo 186 del decreto legislativo n. 152 del 2006**".

Il tenore di tale norma conferma che *non vi è stata alcuna ragione di carattere sostanziale* che abbia imposto una *disciplina specifica* per i fatti commessi entro l'intervallo di tempo fissato dall'art. 39.

In caso contrario, non si spiegherebbe, da un punto di vista logico, prima ancora che di coerenza delle scelte legislative, come sia possibile che, gli stessi fatti disciplinati da una legge temporanea, possano poi essere – in alternativa - assoggettati anche *"alla disciplina prevista dal presente regolamento"* o che la stessa legge temporanea possa disciplinare addirittura **fatti successivi** alla sua scadenza (*"i progetti sono portati a termine secondo la procedura prevista dall'articolo 186 del decreto legislativo n. 152 del 2006"*).

Sotto questo profilo, del tutto trascurato dalla sentenza, la norma appena richiamata, contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza, convalida pienamente *"... la tesi di una abolitio criminis anche per i fatti commessi nel periodo di vigenza differita dell'art. 186"*.²⁸

9. Conclusioni.

1. La tesi abbracciata dalla Sezione cit., a nostro parere, è verosimilmente generata da un'indebita applicazione di una nozione generica (e sociologica) di "temporaneità" in luogo della *specifica nozione tecnica*, adottata dal legislatore penale, in tema di *"norma temporanea"*. Una sovrapposizione/confusione che non tengono conto delle peculiarità dei contesti in cui il *medesimo termine* viene impiegato.

Calata nel sistema di regole che governa la successione di leggi penali (e delle relative leggi non penali integratrici), la "temporaneità" non è una qualificazione giuridica che l'interprete può attribuire, al di fuori dei casi tassativamente previsti.

La limitazione temporale dell'efficacia di una norma penale costituisce, infatti, una scelta specifica, di diritto positivo, sottesa a una politica legislativa che - sollecitata da precise e contingenti esigenze di carattere sostanziale – ha ritenuto opportuno/doveroso criminalizzare (o, viceversa, depenalizzare) – nelle singole evenienze - una specifica condotta solo *entro un determinato* (o determinabile) *periodo di tempo*.

La norma "temporanea", di cui all'art. 2 comma 5, c.p., in quanto determina una fondamentale *deroga ai principi generali posti dai capoversi precedenti* (v. commi 2 e 4) *relativi alla successione delle leggi penali* (di depenalizzazione o più favorevoli, ecc.) deve essere necessariamente giustificata da *ragioni sostanziali* ed è soggetta a interpretazioni di *stretto diritto*. Ragioni da ricercare, tradizionalmente, nella necessità di regolare determinate situazioni connotate **da eccezionalità e**

²⁸ In tema, si rimanda, per approfondimenti, a *"Il nuovo statuto delle terre e rocce*, citt. par. 5.5, pag. 17 e ss.

straordinarietà e, perciò stesso, da circoscrivere **entro i confini di uno specifico e limitato arco di tempo**.

Così delineata la ragione “genetica” di una “norma temporanea”, si comprende anche la *ratio* della sua sottrazione al principio di retroattività, fissato dall’art. 2 commi 2 e 4 C.p.

L’introduzione di una *disciplina transeunte*, strettamente legata alla situazione contingente ed alla specifica necessità - riconosciuta dal Legislatore - di regolare tale situazione in modo peculiare, *ha senso se ed in quanto* tale disciplina sia applicabile sempre (e soltanto) ai fatti commessi nel tempo in cui la stessa rimane in vigore.

I connotati tipici, appena descritti, trovano pieno ancoraggio nella giurisprudenza della **Corte Costituzionale**²⁹. Secondo i Giudici delle leggi, “... **la regola della retroattività della lex mitior, pur avendo rango diverso dal principio di irretroattività della norma incriminatrice, di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., non è priva di un fondamento costituzionale**”.

Questo fondamento va individuato “**nel principio di eguaglianza che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l’entrata in vigore della norma che ha disposto l’abolitio criminis o la modifica mitigatrice....La modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, l’abolitio criminis, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore**”.

Il principio in esame è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, “**ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo**”.

La stessa Corte, nella medesima sentenza cit., ha altresì rilevato che il principio di retroattività della legge più favorevole è **riconosciuto anche dal diritto internazionale e comunitario**, in particolare dall’art. 15, primo comma, del “Patto Internazionale sui diritti civili e politici”³⁰. Non solo. Di recente, la giurisprudenza europea³¹ ha ammesso che **l’art. 7 della CEDU non sancisce unicamente il principio di irretroattività delle leggi penali più severe ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa**.

La Corte Costituzionale ha mitigato la portata dell’interpretazione della Corte Europea affermando che il riconoscimento, da parte della medesima Corte, del principio di retroattività *in mitius* “**non abbia escluso la possibilità di introdurre deroghe o limitazioni alla sua operatività, quando siano sorrette da una valida giustificazione**”³².

²⁹ In particolare, v. la sentenza n. 236 del 22 luglio 2011 che richiama, a sostegno delle proprie argomentazioni, numerosi precedenti conformi.

³⁰ Adottato a New York il 16 dicembre 1966 e dall’art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e poi recepita dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009

³¹ Cfr. sentenza del 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, e del 27 aprile 2010, Morabito contro Italia.

³² Sottolineando che: “... A ben vedere, il principio di retroattività della lex mitior presuppone **un’omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo** (...) E’ proprio la **diversità di contesto, ad esempio, che giustifica la deroga posta dal quinto comma dell’art. 2 cod. pen. stabilendo che “ se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti; ciò infatti significa che deve continuare ad applicarsi la disposizione che vigeva al momento della commissione del fatto, anche se successiva-**

Peraltro, la medesima Terza Sezione penale della Cassazione, anche di recente, ha mostrato di *avere ben chiara l'effettiva funzione attribuita alla norma temporanea* dal legislatore e la *ratio* della sua sottrazione al principio generale di retroattività della legge più favorevole, riconoscendone la sussistenza - anche sulla scorta della giurisprudenza costituzionale - con riferimento al D. lvo n. 208 del 2010, emanato per far fronte all'emergenza dei rifiuti nella regione Campania³³.

Essa chiarisce, infatti, come: “(...) **la disciplina emergenziale** di cui al Decreto Legislativo n. 208 del 2010 ha carattere di norma eccezionale e temporanea. Tali caratteristiche, esplicitamente riconosciute anche dal Giudice delle leggi (Corte Cost. sent. n. 83 del 5 marzo 2010) **emergono chiaramente dal tenore e dalle finalità delle disposizioni stesse**, applicabili a determinate condotte poste in essere **in un determinato ambito territoriale interessato dallo stato di emergenza nel settore dei rifiuti**, prevedendo conseguentemente **misure straordinarie temporanee**, tra le quali figurano.. ecc.”.

Ebbene, a prescindere dal profilo strettamente giuridico e testuale - circa la configurabilità stessa di una *temporaneità postuma* di una norma integratrice (l'art. 186, la cui temporaneità postuma è stata conferita dal d.lgs. n. 205/2010) - la sentenza, in commento, va ulteriormente censurata laddove ha completamente **omesso di individuare** o, quantomeno, **ipotizzare le ragioni sostanziali che giustificerebbero** (*rectius*, avrebbero giustificato), l'attribuzione di temporaneità all'art. 186 T.U.A.

Nel testo della decisione, infatti, manca qualsiasi riferimento alle “giustificazioni oggettivamente ragionevoli”, alla “valida giustificazione”, “alla eccezionalità della situazione esistente al momento del fatto”, che possano consentire di riconoscere “*natura temporanea*” ad una norma, sottraendola al meccanismo successorio governato dall'art. 2 commi 2/4 (anche perché, in base a quanto esposto, tali esigenze mancavano del tutto: v. retro). La lacuna non è affatto marginale e, all'evidenza, *indebolisce le conclusioni* rassegnate dall'autorevole Consesso.

L'assenza di un solido ancoraggio - all'esigenza concreta di regolare situazioni *contingenti e transenti* - determina, infatti, il **rischio** che uno strumento - creato e sinora utilizzato per far fronte a situazioni di **emergenza ed eccezionalità** - venga indebitamente adoperato per *eludere un principio di rango costituzionale e comunitario*. Consentendo - in particolare - al legislatore di qualificare, *tardivamente*, come “*temporanea*”, la disciplina amministrativa, penalmente rilevante, che si desidera modificare al fine di sottrarre i già individuati trasgressori e le già contestate fattispecie alla garanzia costituita dall'applicazione del più favorevole *ius novum* in virtù dell'art. 2 commi 2, 3 e 4, del codice penale.

2. I pregiudizi della Cassazione sul “sottoprodotto”

Nel concludere la presente nota cogliamo l'occasione, ancora una volta, per rilevare come la valorizzazione del parametro della “**continuità**”, fra disciplina *sul recupero dei rifiuti* (DM 5.2.1998) e quella relativa all'utilizzo dei sottoprodotti (art. 184-bis, TUA) rivela, da parte della S.C., una persistente sottovalutazione delle relevantissime novità, di matrice comunitaria, che hanno caratteriz-

mente entra in vigore un trattamento penale più favorevole o addirittura il fatto cessa di costituire reato. Alla eccezionalità della situazione esistente al momento della commissione del fatto (tale è anche quella che giustifica una legge temporanea) deve corrispondere il trattamento che il legislatore ritiene adeguato ad essa e non l'altro, successivo, più favorevole, dettato per una situazione di normalità”.

³³ Cfr. sentenza n. 3718 del 28 gennaio 2014.

zato il nostro ordinamento interno, ispirate ad un diverso approccio, scientifico e culturale, sull'uso delle risorse e *la gestione dei residui produttivi*.

In poche battute, verificato il sostanziale fallimento di una normativa che mirava ad estendere l'area dei residui-rifiuti, anche in termini definitivi - per controllarne meglio la circolazione, il recupero e lo smaltimento finale e sanzionarne le relative violazioni – si è compreso che l'opzione più corretta e funzionale, *anche al fine di una tutela più avanzata delle matrici ambientali*, era ed è quella di potenziare l'utilizzo del residuo-produttivo, *evitando, all'origine, la formazione del rifiuto e il suo (più o meno) regolare smaltimento*.

La valorizzazione delle risorse è divenuta, pertanto – e da tempo - un obiettivo prioritario dell'Unione europea, sia per i vantaggi ambientali derivanti da un *più efficiente impiego delle materie prime*, sia per *quelli economici* in favore dell'industria manifatturiera.³⁴ Tale mutamento di impostazione ha registrato dei riflessi decisivi nel nostro ordinamento dove sono stati (tardivamente) introdotti *i principi di precauzione e prevenzione* oggi sanciti dall'art. 178 del T.U. ambientale, e quello di *"gerarchia dei rifiuti"*, del successivo art. 179, comma1, lett. a), *che impongono espressamente di evitare la formazione stessa del rifiuto*, quando sia possibile.

In conformità a queste premesse, e alla stregua del nuovo contesto normativo, il cittadino si aspetterebbe degli orientamenti giurisprudenziali rivolti ad assecondare tali finalità, con conseguente potenziamento, in sede interpretativa, della nozione comunitaria di "sottoprodotto", recepita dall'art. 184-bis del T.U. cit., piuttosto che di mortificarne gli effetti innovatori in termini di *espansione della categoria del residuo-rifiuto, di pretesa continuità fra le precedenti e le nuove normative afferenti le due nozioni* (che si pongono invece in rapporto antitetico e alternativo) ovvero di interpretazione *restrittiva, e sostanzialmente "punitiva"*, della definizione di sottoprodotto con il dichiarato intento di *".. rispondere ai criteri generali a tutela dell'ambiente cui si ispira la disciplina in tema di rifiuti..."* (secondo l'emblematica pronuncia di Cassazione n. 17453/12³⁵).

In conclusione, appare concettualmente fuorviante considerare le disposizioni sul sottoprodotto come *eccezionali e in deroga*, rispetto a quelle relative al rifiuto, perché si tratta di due nozioni autonome oltre che incompatibili fra loro. Esse coesistono in termini di *alternatività*, con potenziale *prevalenza e preferenza*, da parte del legislatore comunitario, per il "sottoprodotto". Ne deriva che l'obiettivo di un elevato livello di protezione ambientale, imposto dall'art. 174 del Trattato, non conduce affatto *a una interpretazione estensiva* della categoria del rifiuto ma, all'opposto, a quella del residuo utilizzabile come sottoprodotto.

Nel frattempo, ove l'approccio della Corte non mutasse, gli operatori interessati a intraprendere un percorso virtuoso di utilizzo dei sottoprodotti, appellandosi *all'immediata efficacia* dell'art. 184-bis (anche in assenza di un preventivo intervento ministeriale) - oltre a dover fare i conti con una "burocratizzazione" delle procedure, cronica e inattaccabile, e a una produzione normativa

³⁴ Nel 2011, la Commissione UE ha definito una tabella di marcia "verso un'Europa efficiente nell'impiego delle risorse" (COM/2011/ 571), dando importanza *alla prevenzione nella produzione di rifiuti*.

³⁵ Tanto da leggere la nuova disposizione (l'art. 184-bis) come *"norma avente natura eccezionale e derogatoria* rispetto alla disciplina ordinaria dei rifiuti", individuando le condizioni elencate da detto articolo *in termini talmente limitativi, da "abrogare"* - di fatto - l'art. 184-bis, nella valutazione dei singoli casi sottoposti al suo giudizio. In tema, si rinvia agli approfondimenti degli AA., cit. a note 2 e 3.

(sui rifiuti e i non rifiuti) che, in nome di una più avanzata tutela ambientale, *si avvita su se stessa* - si scontrerebbero con una giurisprudenza ostile che, insensibile alle rilevate aperture dell'U.E., insiste su una nozione di rifiuto, superata e totalizzante, confondendo la prevenzione con il preconcetto ed erodendo paradossalmente i faticosi (a questo punto: velleitari?) tentativi di espansione del mercato italiano del sottoprodotto.