

Rifiuti. Bonifica dei siti contaminati e sostanze non tabellate tra principio di precauzione e certezza del diritto

Dettagli

Lexambiente.it

Categoria principale: [Rifiuti](#)

Categoria: [Dottrina](#)

Pubblicato: 24 Giugno 2016

Visite: 354



Bonifica dei siti contaminati e sostanze non tabellate tra principio di precauzione e certezza del diritto
di Luca PRATI

La questione relativa alla definizione e applicazione di valori di concentrazione limite accettabili nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee per sostanze non esplicitamente indicate nelle Tabelle è dibattuta e controversa.

Si tratta infatti di un tema estremamente delicato, in quanto l'introduzione di una nuova sostanza inquinante tra quelle che possono comportare l'attivazione di un procedimento di bonifica, specie in forza della sostanziale retroattività che concerne la disciplina in questione, può avere pesanti riflessi economici anche su attività svolte del tutto legittimamente e in conformità alle autorizzazioni di cui l'operatore era o è in possesso.

Va da sé infatti che, nonostante il richiamo al principio di precauzione di derivazione europea¹, la possibilità che le concentrazioni di inquinanti ritenute tollerabili nelle matrici ambientali vengano a mutare in forza di regole sopravvenute mentre determinate attività economiche sono ancora in corso, o addirittura si sono già esaurite, tende a erodere alla base il fondamentale principio della certezza del diritto, intesa come idoneità del diritto a orientare le condotte degli individui e a costituire una solida base di programmazione delle scelte dei consociati².

In tale prospettiva, affinché un corpo normativo sia certo, non è sempre necessario che esso permetta di prevedere con esattezza le conseguenze giuridiche delle azioni degli individui; esso deve tuttavia rendere possibile conoscere ex ante, perlomeno con buona approssimazione, le modalità e i limiti dell'esercizio del potere amministrativo o giudiziario in una determinata situazione. La garanzia della certezza del diritto è quindi compatibile con l'esistenza di poteri amministrativi o giurisdizionali discrezionali, purché l'esercizio di questi sia fondato su elementi oggettivamente controllabili.

Nel caso in questione, la fonte di eterointegrazione della norma potenzialmente "lacunosa" sotto il profilo tecnico è stata rinvenuta nell'Allegato 5 alla parte IV Titolo V del D.lgs.152/06, che alla tabella 1 ("Valori di concentrazione limite accettabili nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d'uso dei siti") prevede, al punto 1, che "Per le sostanze non esplicitamente indicate in Tabella i valori di concentrazione limite accettabili sono ricavati adottando quelli indicati per la sostanza tossicologicamente più affine".

In sostanza, il principio dell'affinità tra sostanze inquinanti potrebbe condurre all'applicazione di valori tabellari stabiliti per un parametro anche a un inquinante non direttamente considerato.

Sotto il profilo prettamente tecnico si è affermato che il "criterio di tossicologicamente affine" deve far riferimento sia alle caratteristiche propriamente tossicologiche, sia a quelle di comportamento ambientale.

L'Istituto Superiore di Sanità si è espresso indicando criteri generali per definire i limiti di accettabilità da adottare per le sostanze contaminanti che non sono ricomprese nel Testo Unico Ambientale. Tali criteri comprendono la

consultazione di banche dati tossicologiche e ambientali, considerando i dati disponibili e ritenuti validi a livello scientifico. L'informazione raccolta deve quindi essere valutata al fine di estrapolare le informazioni a carattere tossicologico e ambientale significative per definire e classificare le sostanze in esame. Successivamente l'informazione deve essere confrontata con le caratteristiche tossicologiche e di destino/comportamento ambientale delle sostanze elencate nella tabella 1 di cui all'Allegato 5 alla parte IV del T.U.A., al fine di individuare quella "più affine".

Sempre secondo l'I.S.S., "una volta individuata la sostanza affine a quella in esame nelle Tabelle 1 e 2 del D.M. 471/99 stesso, andrà assegnata ad essa la stessa concentrazione limite per i vari comparti prevista nel decreto per la sostanza affine. Ove il comportamento tossicologico della sostanza e le caratteristiche ambientali differiscano troppo da quelle delle sostanze elencate, oppure siano affini sul piano tossicologico, ma non sul piano del comportamento ambientale o viceversa, si potranno effettuare nuove stime che portano all'individuazione di concentrazioni limite differenti da quelle elencate nelle Tabelle 1 e 2 del D.M. 471/99".

L'affinità è individuata – e lo precisa anche l'I.S.S. - con una certa approssimazione, in quanto è estremamente difficile poter assegnare alle sostanze comportamenti assolutamente identici.

Se quindi è possibile sotto il profilo tecnico, seppure con "approssimazione", stabilire limiti di accettabilità da adottare per le sostanze contaminanti che non sono ricomprese nel Testo Unico Ambientale sulla base della "affinità tossicologica", assai più complesso è trasporre la medesima operazione in ambito strettamente giuridico senza stravolgere il principio della certezza del diritto.

Sul punto la giurisprudenza si è divisa in almeno tre diversi orientamenti.

Per una prima tesi, decisamente minoritaria, il principio di precauzione (che consentirebbe di supplire ai ritardi del Legislatore) farebbe sì che la mancata inclusione della sostanza nelle tabelle sia irrilevante, non rappresentando, di per sé, un elemento che precluda di affermare la pericolosità di tale sostanza. Ciò consentirebbe alla P.A. - tenuto anche conto del principio di proporzionalità - di avvalersi dei valori limite prospettati con parere dell'Istituto Superiore della Sanità, pur in assenza di una puntuale previsione legislativa a tal riguardo³.

Un orientamento opposto ritiene, invece, che i parametri di riferimento non possano essere fissati o modificati in sede di Conferenza di Servizi o da pareri dell'I.S.S., dovendosi, invece, intervenire a mezzo del procedimento previsto dalla legge (nel caso in questione, l'art. 17 del D. Lgs. 22/1997). La questione di metodo, quindi, sarebbe pregiudiziale rispetto alla stessa questione di merito⁴.

Per una terza tesi, intermedia e attualmente maggioritaria, occorre far leva sulla nota contenuta nell'allegato 1 al d.m. n. 471/1999, ora ripresa nell'Allegato 5 alla parte IV Titolo V del D.lgs.152/06, la quale - con previsione a carattere generale, valevole anche per i valori di concentrazione limite accettabili nelle acque sotterranee - consente di adottare, per le sostanze non indicate in tabella, i valori di concentrazione limite accettabili riferiti alla sostanza tossicologicamente più affine⁵.

La predetta nota permetterebbe, applicando il principio di precauzione, di superare il problema del mancato inserimento della sostanza chimica nelle tabelle giacché sarebbe possibile ricorrere all'interpretazione analogica delle suddette tabelle (che non conterrebbero un'elencazione tassativa), basata sull'*eadem ratio* ⁶.

Secondo la citata giurisprudenza l'integrazione della tabella 1 con riferimento alla nuova sostanza avrebbe quindi potuto essere effettuata per il tramite della previsione normativa di cui all'art. 17 del D. Lgs. 22/1997, che attribuiva alla competenza del Ministero dell'Ambiente (nel rispetto del principio del "concerto" imposto dall'art. 17 D. Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22), il potere di fissare, per le sostanze non rientranti nell'elenco di quelle contemplate nella

tabella, il valore di concentrazione limite accettabile sulla base di un giudizio di equivalenza che richiede l'individuazione della sostanza tossicologicamente più affine⁷.

In base quindi a quest'ultimo e prevalente orientamento, la lacuna normativa non poteva (e non potrebbe neppure oggi) essere colmata attraverso un'attività di integrazione analogica operata da organi consultivi quali l'Istituto Superiore di Sanità o dalla P.A. competente all'approvazione del progetto di bonifica, a ciò ostando il limite dell'art. 17 del d.lgs. n. 22/1997, che attribuiva in via esclusiva tale potere al Ministero dell'Ambiente.

I giudici amministrativi⁸ hanno quindi sottolineato come né l'I.S.S., né la Conferenza di Servizi, avrebbero alcun potere di integrare (ove certe sostanze non siano specificamente previste) quanto già disposto da un regolamento approvato a seguito di apposita procedura ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 22/1997.

Sul punto, particolare importanza riveste la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5256: "con riguardo a quanto sopra ribadito dall'odierna appellante, in relazione al limite di 10 mg/l con riferimento al parametro MTBE, il Ministero appellato ha recepito nel caso in esame la posizione dell'ISS circa il parametro di accettabilità dell'MTBE, pur non avendo né l'ISS stesso, né la Conferenza di servizi alcun potere di integrare - ove taluni parametri, ivi compreso l'MTBE, non siano specificamente previsti - quanto già disposto da un regolamento, approvato a seguito di apposita procedura ai sensi della legge n.22/1977 (art.17), nel caso, per l'appunto, non rispettata; tesi questa prospettata dalla ricorrente e condivisa, del resto, nella medesima decisione impugnata, anche se con riguardo ai soli parametri "idrocarburi totali e piombo tetraetile", non essendosi pronunciato invece il T.a.r sul parametro MBTE, e che in proposito, inoltre, il principio secondo cui i parametri stabiliti all'esito del procedimento ex D. Lgs. n. 22/1997 non possono essere modificati né dall'ISS, né dalle Conferenze di servizi è stato ribadito, con specifico riferimento al parametro MTBE, sia dalla giurisprudenza amministrativa, richiamata dall'appellante (che ha ritenuto illegittima la prescrizione imposta in sede di approvazione di un progetto di bonifica, finalizzato al raggiungimento di un valore di parametro MTBE nelle acque sotterranee, sia anche dal recente parere dell'ISS 12.9.2006 n.45848".

In sostanza, secondo la tesi prevalsa in giurisprudenza:

1. La possibilità di integrare in via analogica le Tabelle delle CSC per i parametri in essi non previste non può avvenire semplicemente tramite un parere dell'ISS o una decisione della Conferenza di Servizi, occorrendo che sia rispettato il modello legislativo;
2. Tale modello legislativo si sarebbe rinvenuto nell'abrogato art. 17 del D. Lgs. 22/1997, che prevedeva espressamente l'adozione da parte del Ministero delle CSC secondo il principio del "concerto". Disponeva infatti l'abrogato art. 17 che "Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto il Ministro dell'ambiente, avvalendosi dell'Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente (ANPA), di concerto con i Ministri dell'industria, del commercio e dell'artigianato e della sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, definisce : a) i limiti di accettabilità della contaminazione dei suoli, delle acque superficiali e delle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d'uso dei siti".

Così ricostruito il quadro giurisprudenziale, occorre interrogarsi su quale sia il procedimento normativo da attuare nel vigore del D. Lgs. 152/2006 per attribuire effetti giuridici all'affinità tossicologica rilevata sulla base delle informazioni scientifiche. Il D. lgs. 152/2006 infatti non prevede più una norma analoga a quella dell'art. 17 del D. Lgs. 22/1997 e i valori tabellari, originariamente stabiliti in un atto fonte di natura secondaria, sono oggi fissati da una fonte di natura primaria (l'allegato 5 del TUA), secondo quanto previsto dall'art. 240 del D. Lgs. 152/2006, che

definisce le CSC come “i livelli di contaminazione delle matrici ambientali che costituiscono valori al di sopra dei quali è necessaria la caratterizzazione del sito e l'analisi di rischio sito specifica, come individuati nell'Allegato 5 alla parte quarta del presente decreto”.

Riconoscendosi che oggi per poter modificare i valori soglia occorre un atto fonte di natura primaria, è stato notato che tale mutamento di collocazione nel sistema delle fonti avrebbe comportato una accentuata rigidità della normativa, difficilmente compatibile con l'esigenza di armonizzarla continuamente alle evoluzioni scientifiche, con tutte le difficoltà (e i tempi) che ciò comporta. Tanto che le varie proposte di correzione che si sono succedute nel tempo sono andate tutte nella direzione di una «delegificazione» di tali valori prevedendo che essi potessero essere aggiornati con decreto del Ministro dell'Ambiente⁹.

E' quindi doveroso domandarsi se, dopo l'abrogazione dell'art. 17 del D. Lgs. 22/1997, sussista ancora il potere di integrare in via amministrativa i valori tabellari di cui all'Allegato 5 della parte quarta del D. Lgs. 152/2006 attraverso un atto di natura meramente amministrativa.

La risposta sembrerebbe chiaramente negativa, a meno di non individuare un diverso supporto normativo a tale facoltà.

Un tentativo in tal senso si rinviene in una sentenza del Giudice Amministrativo¹⁰ che ha ritenuto che l'autorità amministrativa avrebbe “il potere di integrare i valori limite non previsti dal codice dell'ambiente, essendovi legittimata ex art. 301 D. Lgs. n. 152 del 2006 (“il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in applicazione del principio di precauzione, ha facoltà di adottare in qualsiasi momento misure di prevenzione, ai sensi dell'articolo 304, che risultino: a) proporzionali rispetto al livello di protezione che s'intende raggiungere; b) non discriminatorie nella loro applicazione e coerenti con misure analoghe già adottate; c) basate sull'esame dei potenziali vantaggi ed oneri; d) aggiornabili alla luce di nuovi dati scientifici”), disposizione che, per espressa definizione di legge, è attuazione del principio di precauzione.

La soluzione non appare tuttavia del tutto convincente. E' infatti agevole rilevare come l'art. 240 del D. Lgs. 152/2006, nel definire le CSC, si limiti a richiamare l'Allegato 5, senza alcun richiamo ai poteri ministeriali dell'art. 301 come fonte di eterointegrazione della norma primaria. Inoltre, l'art. 301 attribuisca al Ministero il potere di adottare “misure di prevenzione”, ai sensi dell'art. 304 del D. Lgs. 152/2006, come tali riferite a situazioni in cui “un danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che si verifichi”, che mal si attagliano alla imposizione di un valore delle CSC che presuppone una contaminazione già avvenuta piuttosto che un intervento preventivo.

Senza contare che l'estensione delle norme in tema di danno ambientale alla disciplina speciale delle bonifiche deve essere operata con estrema cautela, a pena di comportarne lo stravolgimento e di aumentare ulteriormente l'incertezza di cui già è afflitta.

In ogni caso, il potere riconosciuto al Ministero dell'Ambiente dall'art. 301, per la sua ampiezza e potenziale impatto su libertà costituzionalmente garantite, deve soggiacere ai precisi limiti posti dallo stesso articolo 301, richiamati anche dalla succitata sentenza del T.A.R. Sicilia - Catania.

Ne deriva che la fissazione di una nuova CSC, sempre che si ritenga possibile addivenirvi per atto amministrativo, oltre che essere conforme al principio di proporzionalità dovrà avvenire, in primo luogo, attraverso provvedimenti “non discriminatori nella loro applicazione”. Sono del resto evidenti le storture che deriverebbero dalla determinazione di una CSC in un ambito limitato solo ad alcuni operatori o contesti geografici, sia sotto il profilo della parità di trattamento dei consociati che sotto quello concorrenziale. Quindi una nuova CSC non potrebbe mai valere solo per determinati siti e procedimenti; una volta introdotta, la nuova CSC dovrebbe invece trovare applicazione generalizzata, fintanto da poter portare anche alla riapertura di procedimenti già chiusi. Si tratta, del resto, di una conseguenza insita nel ricorso al principio di precauzione come strumento per supplire ai ritardi del Legislatore. Una volta riconosciuto che il principio di precauzione fonda un vero e proprio obbligo da parte delle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire rischi anche se unicamente potenziali per la salute e per l'ambiente, viene meno la discrezionalità dell'autorità all'esercizio di tale potere, al punto che il dato scientifico impone l'adozione stessa del provvedimento cautelativo.

La necessità di rispettare il principio di non discriminazione richiederebbe quindi che le CSC possano essere adottate solo tramite atti di natura regolamentare, come infatti avveniva nel vigore dell'art. 17 del D. Lgs. 22/1997, ossia con i caratteri distintivi propri di tali atti: l'astrattezza, cioè l'idoneità a regolare una pluralità indeterminata di fattispecie, la generalità, e, cioè, l'attitudine a trovare applicazione su un numero indeterminato di destinatari, e l'innovatività e, cioè, la capacità di innovare l'ordinamento giuridico in modo stabile. Tale ultimo requisito, in particolare, vale a distinguere il regolamento amministrativo dagli atti amministrativi generali, dalle circolari amministrative e dalle ordinanze di necessità e urgenza, alle quali difetta la capacità di innovare stabilmente l'ordinamento giuridico.

Infine, è indubitabile come l'integrazione delle CSC effettuata ai sensi della nota alla tabella 1 dell'Allegato 5 alla parte IV Titolo V del D.lgs. 152/2006 non possa in alcun modo incidere sulla tutela penale da cui è assistita la normativa sulle bonifiche dei siti contaminati.

La stessa giurisprudenza amministrativa che ha ammesso la possibilità di integrazione per via analogica dei valori tabellari ha infatti avuto cura di precisare come ciò non possa valere in sede penale. Ciò in quanto l'applicazione di norme sanzionatorie è sottoposta alla garanzia di cui all'art. 25, secondo comma della Costituzione, da cui derivano i corollari della determinatezza, tassatività, irretroattività e divieto di analogia nella materia penale. Essi sono del tutto incompatibili con l'integrazione in via amministrativa del precetto penale ove manchi una espressa norma di legge che consenta l'eterointegrazione di quest'ultimo (come invece avveniva nel vigore dell'art. 17 del D. Lgs. 22/1997).

In sintesi, si può concludere affermando come attualmente sia assai dubbia l'esistenza di una fonte giuridica atta a consentire la definizione di nuove CSC per via puramente amministrativa e in forza di una operazione meramente analogica.

Ove anche si ritenesse possibile l'integrazione delle tabelle per via amministrativa tramite il ricorso al principio di precauzione sembra poi da escludersi radicalmente che essa possa avvenire senza l'adozione di un atto di contenuto generale, astratto e innovativo dell'ordinamento giuridico, tipicamente coincidente con il regolamento. E' poi del tutto escluso che la fissazione di una CSC non contenuta nelle tabelle possa rilevare a fini penali.

Volendo chiudere con una considerazione di carattere più generale, va detto come il richiamo al generale principio di precauzione non possa certo da solo bastare a rimediare alla pessima tecnica legislativa usata (e abusata) dai redattori della norma ambientale, i quali hanno affidato una questione tanto delicata alla nota posta in calce alla tabella di un allegato.

L'invocazione del principio di precauzione, del resto, non può prescindere dal suo coordinamento con l'altrettanto imperativa necessità di certezza del diritto, intesa come limite nei confronti dell'esercizio del potere arbitrario degli organi che lo applicano; regole scientifiche e norme giuridiche muovono infatti da fondamenti ben diversi, che non consentono un automatico travaso delle prime nelle seconde ove manchi un preciso meccanismo legale che lo regoli. Ciò a maggior ragione in un settore dove gli stessi organismi deputati a stabilire l'affinità tossicologica tra sostanze riconoscono come si tratti di operazione necessariamente "approssimativa", tanto da essere oggetto di non infrequenti ripensamenti.

Luca Prati

- 1□ L'art. 174 del Trattato CE indica al comma 1 la protezione della salute umana fra gli obiettivi della politica comunitaria in materia ambientale e il principio di precauzione è stato introdotto al suo comma 2, il quale dispone che "La politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio «chi inquina paga».
- 2□ Il principio della certezza del diritto sta alla base del positivismo giuridico: N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, 1961, Torino, Giappichelli.
- 3□ T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 25 marzo 2010, n. 93.
- 4□ T.A.R. Campania, Napoli, 3 maggio 2004, n. 7756.
- 5□ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 13 novembre 2008, n. 1630.
- 6□ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 9 ottobre 2009, n. 1738; T.A.R. Toscana Firenze, Sez. II, 6 ottobre 2011, n. 1452.
- 7□ T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, 16 marzo 2015, n. 4224; C.d.S., Sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5256.
- 8□ T.A.R. Toscana, Sez. II, 24 agosto 2010, n. 4875, con la giurisprudenza ivi citata; C.d.S., Sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5256.
- 9□ *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di Paolo Dell'Anno, Eugenio Picozza - Vol. II, pag 303, CEDAM.
- 10□ T.A.R. Sicilia Catania Sez. I, Sent. 11 settembre 2012, n. 2117.