

Impiego nel recupero ambientale di limi/fanghi di lavaggio inerti di cava ottenuti mediante utilizzo di sostanze flocculanti contenenti poliacrilamide

T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. II 22 marzo 2017, n. 399 - Farina, pres.; Bertagnolli, est. - SNF Italia S.r.l. (avv.ti Bini, Soffiati e Invernizzi) c. Provincia di Bergamo (avv.ti Vavassori e Nava) ed a.

Ambiente - Terre e rocce da scavo - Impianti che effettuano lavorazione, operazioni di selezione, trattamento e lavaggio degli inerti estratti - Impiego nel recupero ambientale di limi/fanghi di lavaggio inerti di cava ottenuti mediante utilizzo di sostanze flocculanti contenenti poliacrilamide.

(Omissis)

FATTO

I ricorsi in esame hanno ad oggetto due note inviate dalla Provincia di Bergamo ai gestori degli impianti che effettuano lavorazione, operazioni di selezione, trattamento e lavaggio degli inerti estratti, aggiungendo agli inerti sostanze flocculanti, che provocano una sedimentazione accelerata dei solidi sospesi, così da consentire una più facile separazione acqua-solido.

I fanghi derivanti dal lavaggio degli inerti, c.d. "limi", vengono poi essiccati/disidratati e, infine, ammassati e destinati ad operazioni di recupero ambientale.

Il suddetto processo di separazione dai liquidi, c.d. "processo di chiariflocculazione", prevede l'utilizzo di sostanze flocculanti a base di poliacrilamide, polimero sintetico ottenuto dall'ammide acrilica (acrilamide); quest'ultima sostanza è caratterizzata da elevata tossicità, tant'è che il monomero acrilamide è acclarato quale sostanza cancerogena, mutagena e altamente tossica.

Tutt'altro dovrebbe ritenersi, secondo parte ricorrente, con riferimento al polimero in questione, che, anzi, sarebbe utilizzato anche nel trattamento di purificazione delle acque.

Proprio l'utilizzo del flocculanti ha formato oggetto dell'attenzione della Provincia di Bergamo, in quanto, in funzione di esso, l'ente territoriale ha chiesto ad ARPA – Dipartimento di Bergamo, con nota prot. 114162 del 29.11.2011, se i limi di lavaggio degli inerti potessero essere assimilati a "sottoprodotti" ai sensi dell'art. 184 *bis* del D.Lgs. 152/2006.

ARPA Lombardia ha risposto con nota del 28.02.2012 prot. n. 28355, acquisita al prot. prov. n. 20869 del 29.02.2012 (doc.n.5), dichiarando, sulla base della nota del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare prot. n. 33616 del 07.11.2011 (doc.n.6) e dei pareri dell'Istituto Superiore di Sanità del 27.09.2011 prot. n. 40208 (doc.n.7) e dell'I.S.P.R.A. del 7.10.2011 prot. n. 33189 (doc.n.8), ivi allegati, che in mancanza di valori di concentrazione limite per l'acrilamide, "in attesa di un chiarimento definitivo sulla questione, per i materiali in oggetto (limi trattati con poliacrilamide) non si ritiene possibile, allo stato attuale, esprimere un parere sulla ecocompatibilità richiesta dall'art. 184-bis comma 1, lettera d) del D.Lgs. 152/06, né su quanto previsto all'allegato III-bis, comma 1, lett. e) del D.Lgs. 117/08, come modificato dalla legge 4.6.2010 n. 96".

Perciò, l'Ufficio Cave del Servizio Attività Estrattive, Difesa del suolo e paesaggio della Provincia di Bergamo, con nota informativa prot. n. 23188 in data 1.04.2016, ha informato tutte le ditte interessate - che utilizzano o che intendono utilizzare nel recupero ambientale di cava, oltre alle terre e alle rocce di scavo, limi/fanghi provenienti da processi di decantazione delle acque di lavaggio degli inerti di cava che fanno uso di flocculanti contenenti poliacrilamide, oppure residui di lavorazione di materiali lapidei contenenti flocculanti a base di poliacrilamide - che, alla luce dell'attuale quadro normativo, essa non ritiene possibile classificare tali residui dell'attività estrattiva quali "sottoprodotti" ai sensi dell'art. 184 *bis* del D.Lgs. 152/2006 e s.m.i., dovendo, gli stessi, essere classificati quali "rifiuti di estrazione" ai sensi dell'art. 3 del D. Lgs. 117/2008.

Nonostante l'apertura di un tavolo tecnico di confronto, la società odierna ricorrente – quale produttrice di flocculanti contenenti poliacrilamide, ma anche la Cava Suriana, con separato atto, hanno proposto ricorso per la caducazione del provvedimento impugnato.

In particolare, con il ricorso introduttivo sub R.G. 701/2016, la SNF Italia ha censurato la nota "informativa" in parola, deducendo i seguenti motivi di diritto:

1. Violazione degli artt. 97 e 117 Cost., 1, 3, 6 e 21 *nonies* L. 241/1990, dell'art. 114 T.F.U.E., del Regolamento 1272/2008/CE, delle direttive 2009/98/CE e 2015/1535/UE, dei Regolamenti 1907/2006/CE e 266/2011/UE, dell'art. 184bis D.Lgs. 152/2006; difetto di istruttoria e motivazione. Il provvedimento sarebbe illegittimo perché fondato sull'erroneo presupposto che non sussista un limite normativo all'utilizzo di sostanze contenenti l'acrilamide, mentre tale limite sarebbe normativamente posto dalla disciplina europea rappresentata dal Regolamento REACH (CE) n. 1907/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e non sarebbe superato "né dalla sostanza poliacrilamide in sé, né gioco forza dal prodotto-miscela di SNF contenente la citata sostanza.". Ne conseguirebbe che il provvedimento impugnato sarebbe

lesivo anche dei principi europei di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dell'obbligo di comunicare ogni "progetto di regola tecnica" (intesa come specificazione tecnica delle caratteristiche richieste da un prodotto, quali i livelli di qualità, sicurezza, ecc.) che gli Stati membri intendano porre in essere;

2. Carezza di istruttoria e motivazione; violazione degli artt. 1, 3 e 6 L. 241/1990, non essendo stato dimostrato l'imminente pericolo per l'ambiente e l'uomo per l'uso di prodotti come la poliacrilamide che, addirittura, è usata nella lavorazione degli alimenti, come la raffinazione degli zuccheri e la potabilizzazione dell'acqua e non essendo stato tenuto conto che il livello di acrilamide ammesso nei cibi è superiore a quello rilevato nei fanghi trattati con il prodotto della ricorrente;

3. Violazione degli artt. 1, 3 e 6 L. 241/1990, della direttiva 2008/98/CE e degli artt. 178, 179, 184 bis e 185 D. Lgs. 152/2006: l'atto impugnato escluderebbe a priori la qualificazione quali sottoprodotti dei limi e residui risultanti da trattamenti inerti operati con il flocculante;

4. Violazione degli artt. 1, 3 e 6 L. 241/1990, della direttiva 2008/98/CE e degli artt. 3 *ter*, 178, 179 e 184 *bis* D. Lgs. 152/2006, falsa applicazione del principio di precauzione, violazione del principio di proporzionalità: l'atto impugnato sarebbe "in contrasto con i principi di proporzionalità e precauzione in materia ambientale", non si fonderebbe sull'assunto della "preliminare valutazione scientifica" che in positivo indichi la presenza di rischi, ma sulla rivendicata assenza di quella valutazione e, dunque, in violazione del principio di precauzione;

5. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost, 1, 3, 6, 7 e 8 della L. 241/1990, della L. 180/2011; vizio istruttorio e di motivazione; violazione principio di non aggravamento procedimentale, per mancata valutazione degli apporti partecipativi della ricorrente.

A seguito della nota, prot. n. 37975 del 6 giugno 2016, con cui la Provincia ha informato le ditte interessate di aver dato corso a ulteriori approfondimenti presso le sedi competenti (Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e Agenzia Europea dell'Ambiente e alla Commissione Europea dell'Ambiente), volti a chiarire se e come i limi contenenti flocculante a base di poliacrilamide possano essere classificati come "sottoprodotti", specificando, inoltre, che l'invito a gestire tali materiali all'interno del Piano di Gestione dei Rifiuti, di cui alla nota dell'1 aprile 2016, non aveva carattere prescrittivo, ma sarebbe stata trasmessa solo in via cautelativa, la ricorrente ha, da un lato, proposto motivi aggiunti deducendo due ulteriori ragioni di illegittimità dell'originaria informativa e, dall'altro, notificato il ricorso oggi sub R.G. 904/2016, avente ad oggetto la suddetta "integrazione" dell'"informativa".

Con il ricorso per motivi aggiunti è stata dedotta l'illegittimità del provvedimento impugnato per:

6. Violazione degli artt. 97 e 117 Cost, 1, 2, 3, 6, 10 della L. 241/1990, 9 L. 180/2011; eccesso di potere: difetto di istruttoria e motivazione; contraddittorietà: l'I.S.S. avrebbe condotto un'istruttoria carente, poiché il parere a suo tempo formulato nel 2011 avrebbe considerato esclusivamente tre monografie internazionali e una risalente letteratura scientifica sull'acrilamide;

7. Violazione degli artt. 97 e 117 Cost, 1, 2, 3, 6, 10 della L. 241/1990, 9 L. 180/2011; eccesso di potere: difetto di istruttoria e motivazione; contraddittorietà.

Nell'ambito di tale ricorso si sono, quindi, costituiti sia la Provincia di Bergamo, a difesa dei propri atti, che la SNF s.a.s., società di diritto francese, *ad adiuvandum*.

Nelle more del giudizio, con il ricorso sub R.G. 904/2016 è stata, altresì, contestata la legittimità dell'ulteriore comunicazione della Provincia di Bergamo (relativa all'espletamento di ulteriori indagini per una corretta qualificazione dei residui in questione), deducendo:

1.1. Violazione degli artt. 97 e 117 Cost., 1, 3, 6 e 10 L. 241/1990, della legge 180/2011, dell'art. 19 del d. lgs. 267/2000 e dell'art. 197 del d. lgs. 152/2006, in quanto il comportamento della Provincia, che ha smentito la vincolatività di quanto dalla stessa in precedenza con forza affermato, minerebbe la certezza giuridica del contesto;

1.2. Violazione degli artt. 97 e 117 Cost., 1, 3, 6 e 10 L. 241/1990, della legge 180/2011, difetto di istruttoria e motivazione e violazione del dovere di concludere il procedimento;

1.3. Violazione degli artt. 97 e 117 Cost., 1, 3, 6 L. 241/1990, dell'art. 114 del regolamento 1272/2008/CE, delle direttive 2009/98/CE e 2015/1535/UE, dei regolamenti 1907/2006/CE e 366/2011/UE, in quanto alla base della posizione assunta dalla Provincia non vi sarebbe un vuoto normativo, ma la mancata applicazione della disciplina comunitaria richiamata;

1.4. tutti i vizi già dedotti nel ricorso sub R.G. 701/2016.

Il successivo novembre 2016, la SNF Italia ha esercitato un'ulteriore azione, al fine di ottenere la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dalla Provincia sull'istanza di accesso presentata all'ISS, al fine di poter avere copia della documentazione allegata al parere del 2011 e in particolare quella che ha definito come "confidenziale" il dato della percentuale di acrilamide contenuta nel flocculante a base di poliacrilamide commercializzato in Italia.

Tale richiesta è stata soddisfatta il 2 dicembre 2016, quando l'ISS ha chiarito di "non aver eseguito studi, analisi, indagini di verifiche chimico-fisiche, né commissionato ad altro soggetto pubblico o privato tali studi, dai quali siano state tratte le conclusioni riportate" e che la nota del 3 ottobre 2011 sarebbe stata redatta consultando esclusivamente documenti scientifici e norme di settore.

Conseguentemente, la SNF ha dichiarato la cessazione della materia del contendere, rispetto alla specifica domanda, insistendo per il riconoscimento delle spese dovute all'esercizio di tale ulteriore azione giudiziaria.

Nel contempo, la Provincia, visto l'approssimarsi dell'udienza pubblica fissata per la discussione dei ricorsi, ha sollecitato il Referente della Commissione Europea. La Direzione Generale Ambiente della Commissione Europea con PEC 2017/319742 del 20.01.2017, ha riscontrato la richiesta con una nota nella quale, dopo aver evidenziato l'irritualità della richiesta, che avrebbe dovuto essere inviata alla Corte di Giustizia dell'U.E dai Giudici italiani, ha rinviato ad una valutazione caso per caso sulla base della legislazione nazionale e comunitaria, nonché della comunicazione interpretativa sui rifiuti e sui sottoprodotti della Commissione Europea del 2007.

Nulla, invece, risulta essere pervenuto dal ministero dell'Ambiente, nonostante il sollecito della risposta all'istanza a questi inviata.

In ragione di tutto ciò, in vista della pubblica udienza, la Provincia ha esplicitato difese sostanzialmente identiche con riferimento ai due ricorsi, di cui è stata chiesta la riunione, atteso che con essi sono stati sostanzialmente dedotti i medesimi vizi.

In particolare, la Provincia ha preliminarmente sollevato le seguenti eccezioni in rito:

a) Carenza di lesività degli atti impugnati, non potendosi ritenere che il provvedimento impugnato ponga il ricorrente in una posizione sfavorevole o gli tolga una posizione giuridica favorevole, costituendo, l'informativa, una mera comunicazione e non un provvedimento;

b) Carenza di interesse a ricorrere, dal momento che l'informativa impugnata non impedirebbe il compimento del percorso preordinato all'ottenimento da parte dei cavaatori che utilizzano il flocculante dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività estrattiva, né ne inibirebbe l'utilizzo nel ciclo produttivo.

Nel merito, la Provincia ha chiesto il rigetto dei ricorsi, dal momento che, il primo motivo del primo ricorso sarebbe infondato, in quanto il Regolamento europeo invocato si riferirebbe alle sole malte e iniezioni e altre applicazioni per il consolidamento del suolo, inoltre esso detterebbe un limite che deve essere rispettato nei "prodotti che vengono immessi sul mercato" e non farebbe riferimento alle concentrazioni presenti nel terreno stesso.

Inoltre, il provvedimento, oltre che privo di lesività sarebbe anche adeguatamente motivato (con conseguente rigetto della seconda censura del primo ricorso), anche considerando che la disciplina francese richiamata da parte ricorrente classificherebbe comunque come rifiuti gli inerti trattati con flocculante presentante un tasso di acrilamide sufficientemente basso (nel poliacrilamide base) da essere giudicato accettabile e cioè un tasso inferiore a 0,1% di monomero residuo nel poliacrilamide. Anche la successiva terza censura sarebbe infondata, in quanto la Provincia non avrebbe escluso a priori la possibilità di qualificare limi e fanghi trattati come sottoprodotti, ma adottato, in assenza di parametri normativi, un atteggiamento prudente, nelle more dell'espletamento dei necessari approfondimenti e proprio in ragione di ciò, anche la quarta censura dovrebbe essere rigettata, al pari della quinta, in cui si lamenta un aggravamento del procedimento proprio in ragione di quegli ulteriori accertamenti, mentre, considerata la natura non precettiva e solo informativa dei destinatari degli atti impugnati, questi sarebbero stati disposti proprio nell'ottica di una prossima, definitiva, regolamentazione fondata su elementi non confutabili.

Il ricorso per motivi aggiunti sarebbe infondato atteso che sono le direttive europee, e non l'I.S.S. o la Provincia di Bergamo, a classificare l'acrilamide come sostanza tossica, cancerogena di categoria 1B e mutagena di categoria 1B: tale sostanza è classificata come composto pericoloso dalla direttiva 1967/548/CEE, dalla direttiva 2001/59/CE e dai Regolamenti 793/93/CEE e 1272/2008/CE e le osservazioni formulate con la richiesta di accesso non possono essere invocate a sostegno dell'illegittimità del parere reso cinque anni prima dall'I.S.S..

Per le stesse ragioni sopra esposte sarebbe infondato anche il ricorso sub RG. 904/16, con la precisazione che la Provincia avrebbe fatto tutto quanto in suo potere per la corretta conduzione e la tempestiva conclusione del procedimento, che presuppone, però, l'acquisizione dei pareri richiesti e mai ottenuti. In ordine ai pareri posti alla base del provvedimento, peraltro, la Provincia ha evidenziato come quello ISPRA non andrebbe in contrasto con quello dell'ISS, in quanto individuerebbero un limite di concentrazione, ma qualificerebbe i limi sempre come rifiuti.

La SNF sas, intervenuta quale produttore del flocculante a base di poliacrilamide venduto da SNF Italia srl, ha sottolineato come la normativa europea, tesa ad uniformare la classificazione delle sostanze pericolose in condizioni di presenza e circolazione dei beni nel mercato unico, consentirebbe, in modo inequivocabile, la classificazione delle materie come pericolose o meno. Pertanto, il flocculante a base di poliacrilamide, regolarmente impiegato senza limitazioni in Francia, non dovrebbe trovarne nemmeno in Italia, pena l'introduzione di un'inammissibile restrizione della libera circolazione.

La ricorrente ha evidenziato come, dalla richiesta di ulteriore parere, inoltrata tramite Regione Lombardia nel 2012, ancora il Ministero non abbia risposto alcunchè, nonostante la questione non sia né "inconoscibile sul piano scientifico", né impossibile la determinazione del rischio ambientale.

A fronte dell'affermazione della ricorrente circa l'assenza di pericolo, documentata dagli "Orientamenti sui monomeri e polimeri" dell'Agenzia Europea per la Chimica, di cui è depositato un estratto al documento 4, pag. 8 e confermata dagli usi alimentari del polimero, l'Amministrazione non avrebbe frapposto alcun dato a conferma dell'opportunità dell'intervento in chiave precauzionale.

Più precisamente, con il Regolamento 1272/2008/CE, si è uniformata la classificazione delle sostanze pericolose, definendone, mediante un'etichettatura, il grado di pericolosità. Nell'elenco allegato rientra il monomero acrilamide, ma non il polimero. Conseguentemente, ai sensi dell'art- 11 del Regolamento, norma di chiusura, le sostanze e miscele, che

contengono sostanze ritenute pericolose, dovrebbero essere loro stesse qualificate alla stessa stregua, se la concentrazione di tale sostanza è uguale o superiore al valore soglia conformemente al paragrafo 3 dello stesso art. 11. Tale valore soglia, se non diversamente fissato (come nel caso in esame), deve essere quello generico, previsto dalla tabella 3.6.2 all'allegato I del Regolamento, pari allo 0,1 %.

Dovrebbe, dunque, secondo la tesi di parte ricorrente, ritenersi esistente un limite di legge, rispettato il quale il materiale non può essere considerato pericoloso, ma può, invece, come accaduto con sentenza del TAR L'Aquila 185/2016, essere considerato come un sottoprodotto e non un rifiuto, anche se per il suo recupero sia stato utilizzato un reagente non naturale.

La Provincia ha replicato, precisando che la Provincia di Bergamo non ha affatto limitato l'uso delle sostanze flocculanti contenenti poliacrilamide nella lavorazione degli inerti, denominati, per brevità, 'limi di lavaggio', estratti dalle 'cave di ghiaie e sabbie alluvionali', operata in specifici impianti di lavorazione, essendosi limitata a ricondurre i limi di lavaggio alla categoria "rifiuti di estrazione" e non anche "rifiuti pericolosi". Classificazione cui anche la Francia avrebbe ricondotto gli inerti derivanti dalle lavorazioni delle industrie estrattive, ammettendo che possano essere considerati inerti anche i rifiuti prodotti a partire da un flocculante presentante un tasso di monomero residuo (acrilamide) inferiore a 0,1%. A conclusione del primo periodo di pag. 8 della memoria di replica, peraltro, la Provincia afferma che, con la nota impugnata, essa si sarebbe limitata, a causa delle carenze di garanzie in ordine all'assenza di pericolosità per la salute umana, a invitare gli interessati a considerare limi e fanghi trattati con sostanze flocculanti contenenti poliacrilamide come rifiuti (anziché sottoprodotti) e "ad utilizzarli per il riempimento dei vuoti estrattivi ai sensi dell'art. 10 del medesimo d. lgs. 117/2008".

La classificazione come rifiuti sarebbe da collegarsi al fatto che l'uso di flocculanti conduce ad escludere che si tratti di una mera attività di lavaggio degli inerti, innescando una miscelazione con i flocculanti.

A sostegno della legittimità del proprio operato, infine, richiama il parere della Commissione europea, richiesto dalla stessa Provincia, pervenuto il 20 gennaio 2017, parte ricorrente ha replicato affermando la sussistenza del proprio interesse, concreto e attuale alla decisione della controversia e alla rimozione delle note impuginate, direttamente incidenti sulla posizione della ricorrente, ancorché asseritamente non precettive. Ha altresì ribadito la fondatezza del proprio ricorso, atteso che la posizione della Provincia si fonderebbe su di un parere che lo stesso ISS ha ammesso di aver espresso senza compiere alcuna specifica indagine istruttoria e sarebbe stata assunta in violazione del principio di precauzione, senza considerare la possibilità di qualificare i limi di cava come sottoprodotti (pur in assenza di pericolosità della poliacrilamide (cfr gli orientamenti della Agenzia Europea per la Chimica, documento n. 4 della ricorrente) e, quindi, di consentirne l'utilizzo assumendo a parametro di riferimento la concentrazione massima prevista nei regolamenti europei. Tutto ciò, in violazione dei principi pro-concorrenziali e in violazione dei principi di proporzionalità.

Alla pubblica udienza dell'1 marzo 2017, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente disposta la richiesta riunione dei ricorsi in epigrafe indicati, in quanto risulta provata la connessione oggettiva e soggettiva tra gli stessi, atteso che essi vedono come parti gli stessi soggetti e hanno per oggetto atti tra di loro consequenziali e connessi.

Ancora in via preliminare deve essere esaminata l'eccezione relativa all'asserita carenza di interesse alla proposizione del ricorso in capo all'odierna ricorrente principale e a quella interveniente.

Invero la nota censurata è lesiva della posizione giuridica soggettiva di SNF Italia e Francia, poiché, manifestando la volontà della Provincia di procedere a qualificare i fanghi e i limi di lavaggio del materiale escavato trattati con flocculanti con poliacrilamide (tra cui quello prodotto e commercializzato rispettivamente dall'interveniente e dalla ricorrente principale) incide sulla remuneratività della cava, impedendo al suo gestore di vendere fanghi e limi come sottoprodotti e, dunque, incentivando lo stesso a non utilizzare acceleratori della separazione di acqua e materiale inerte (come quello offerto dalle ricorrenti), con evidente effetto negativo sulle vendite.

Ne deriva non solo la lesività, ma anche l'attualità del potenziale danno, dal momento che l'invio a tutti gli interessati della nota dell'1 aprile 2016, anche se non avente un immediato carattere "precettivo", può indubbiamente avere orientato e determinato le scelte dei gestori in ordine alle modalità di trattamento dei residui della lavorazione del materiale cavato sin dal suo ricevimento.

Tutto ciò premesso, ai fini del corretto inquadramento della controversia in esame è necessaria una preliminare disamina della normativa succedutasi in materia.

Le terre e rocce da scavo – ovvero come è evincibile dalla stessa dizione letterale, provenienti da escavazione - in un primo tempo risultavano escluse dall'applicazione del d.lgs. n. 22 del 1997 (c.d. decreto Ronchi) ai sensi dell'art. 10 della l. 93 del 2001, successivamente confermato dall'art. 1 commi 17, 18 e 19, l. n. 443 del 2001 (c.d. legge Lunardi).

Con la legge comunitaria n. 306 del 2003, all'art. 23 (disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee), in modifica all'art. 1 della 443/01, sono state definite le condizioni

per tale esclusione delle terre e rocce da scavo dalla materia dei rifiuti; in particolare, prevedendosi, a tal fine, che il loro riutilizzo fosse “certo ed autorizzato secondo le modalità previste dal progetto di VIA o, in mancanza, secondo le indicazioni date dalle competenti autorità amministrative”.

L'esclusione delle terre e rocce di scavo dalla materia dei rifiuti veniva in seguito regolamentata dall'art. 186 del d.lgs. 152 del 2006 e dal correttivo del d.lgs 152/06 di cui al d. lgs 4 del 2008, entrato in vigore il 13 febbraio 2008, escludendo dalla disciplina sui rifiuti le terre e rocce da scavo non provenienti da siti contaminati, purché destinate a determinate e previste utilizzazioni, da inserire preventivamente nei progetti approvati.

La disciplina è stata, quindi, innovata dalla novella introdotta dal d.lgs. n. 205 del 2010, in attuazione della direttiva 2008/98/CE, che ha introdotto gli artt. 184 bis e 184 ter al d.lgs. n. 152.

L'art. 184 bis, richiamato anche dall'art. 183 comma 1, lett. “qq”, definisce, quindi, il concetto di sottoprodotto, ponendo le condizioni essenziali affinché un materiale possa essere classificato tale e l'art. 184 ter, a completamento, nel definire la cessazione della qualifica di rifiuto, stabilisce i termini da soddisfare affinché ciò accada, fissando il presupposto che il materiale sia stato sottoposto ad una operazione di recupero e abbia di conseguenza acquisito caratteristiche effettive di utilizzabilità e collocabilità sul mercato.

Il legislatore è quindi intervenuto, con specifico riferimento all'utilizzo delle terre e rocce da scavo, prevedendo, nel d.l. n. 1 del 2012, convertito dalla l. 24 marzo 2012 n. 27, all'art. 49, che lo stesso sia regolamentato attraverso l'emanazione, entro 60 giorni, di un decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, contenente l'indicazione delle 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*”. Dato lo scopo di armonizzazione della disciplina di riferimento con l'art. 184 bis sui sottoprodotti, è stata, dunque, prevista, la contemporanea abrogazione dell'art. 186 del d.lgs. 152 del 2006.

È stato, quindi, adottato il Regolamento 10 agosto 2012, n. 161, entrato in vigore il 6 ottobre 2012, applicabile anche alla fattispecie in esame, in quanto riconducibile all'ambito di applicazione definito dall'art. 41, comma 2, d.l. n. 69/2013 e cioè la gestione dei materiali da scavo che derivano dalle “grandi opere”, intesi come i materiali che provengono da attività o opere soggette a valutazione d'impatto ambientale o ad autorizzazione integrata ambientale.

L'art. 1 del decreto ministeriale 161/2012 definiva “materiali di scavo” anche i “*residui di lavorazione di materiali lapidei (marmi, graniti, pietre, ecc.) anche non connessi alla realizzazione di un'opera e non contenenti sostanze pericolose (quali ad esempio flocculanti con acrilamide o poliacrilamide)*” Il riferimento a tali materiali è stato, però, soppresso con l'entrata in vigore della legge 28 dicembre 2015, n. 221, art. 28.

Ciò ha determinato (sentenza del Consiglio di Stato n. 3630/2016), la declaratoria di cessata materia del contendere rispetto al contenzioso promosso avanti il giudice amministrativo per ottenere l'accertamento della illegittimità della norma regolamentare, nella parte in cui qualificava la poliacrilamide come sostanza pericolosa alla stessa stregua della acrilamide.

La questione all'attenzione di questo Tribunale è, però, diversa da quella affrontata con tale precedente giurisprudenziale. Nel contenzioso così come definito con la pronuncia in rito citata (e oggetto della presupposta sentenza del TAR Lazio n. 6189/2014) si poneva il problema di accertare se il D.M. 161/2012, che classificava come materiale di scavo anche i limi trattati con poliacrilamide, fosse conforme alla normativa comunitaria.

La questione giuridica, in tali termini, è, dunque, venuta meno per effetto dell'abrogazione della disposizione, ma nella controversia ora all'esame ciò di cui si discute è la legittimità, in condizione di vuoto normativo derivante dall'abrogazione della suddetta disposizione regolamentare, delle conclusioni cui è addivenuta la Provincia di Bergamo, ritenendo, in applicazione del principio di prevenzione e in attesa dell'intervento del legislatore, opportuno il trattamento dei limi/fanghi provenienti da processi di decantazione delle acque di lavaggio degli inerti di cava che fanno uso di flocculanti contenenti poliacrilamide e dei residui di lavorazione di materiali lapidei (marmi, graniti, pietre, ecc.) contenenti flocculanti a base di poliacrilamide come rifiuti, anziché come “sottoprodotti”, con conseguente obbligo di predisposizione del Piano di Gestione dei rifiuti di estrazione.

Per quanto riguarda i fanghi e limi in questione la disciplina di riferimento è, pertanto, ricavabile dall'art. 185 del d. lgs. 152/2006, il quale:

a) al comma 2, lett. d), esclude dall'ambito di applicazione della parte quarta del decreto stesso e, dunque, anche dell'art. 184 bis del d. lgs. 152/2006, dedicato ai sottoprodotti, in quanto regolati da altre disposizioni normative comunitarie, “i rifiuti risultanti dalla prospezione, dall'estrazione, dal trattamento, dall'ammasso di risorse minerali o dallo sfruttamento delle cave, di cui al decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 117”;

b) al comma 4, però, con specifico riferimento al materiale escavato non contaminato e altro materiale allo stato naturale, prevede che se i materiali sono utilizzati in siti diversi da quelli in cui sono stati scavati, “devono essere valutati ai sensi, nell'ordine, degli articoli 183, comma 1, lettera a), 184 bis e 184 ter”: essi, dunque, non sono affatto esclusi dalla disciplina del recupero, ma, al contrario, l'applicazione agli stessi delle norme citate può determinare, se utilizzati da soggetti terzi, extra sito, la loro qualificazione come sottoprodotto oppure come Mps.

Pertanto, quanto affermato dalla Provincia, laddove sostiene la non applicabilità a fanghi e limi derivanti dal lavaggio del materiale cavato della Parte IV del d. lgs. 152/2006 (e in particolare dell'art. 184 bis) è solo parzialmente conforme al

dato normativo. Lo è con riferimento a quella parte di essi che è destinata allo smaltimento come rifiuto e/o al recupero ambientale dello stesso sito oggetto del medesimo progetto di gestione che ha portato alla loro produzione. In questo caso troverà applicazione la disciplina che regola il loro autosmaltimento a riempimento dei vuoti generati dall'escavazione (rinvenibile nel decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 117).

Non lo è, invece, con riferimento ai residui che il progetto di gestione prevede siano destinati alla cessione a terzi, i quali risultano assoggettati alla disciplina della Parte IV del d. lgs. 152/2006 e debbono essere qualificati come sottoprodotti, ai sensi dell'art. 184 *bis* del medesimo d. lgs. 152/2006, se ne ricorrono le condizioni.

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, si può analizzare l'orientamento della giurisprudenza nella sua interpretazione e applicazione.

Al fine di confutare la legittimità dell'interpretazione e dell'applicazione del principio fatta dall'ente preposto al controllo, parte ricorrente ha evidenziato come, nella stessa sentenza del Consiglio di Stato n. 3630/2016, si dia atto, che "la normativa europea (regolamento "REACH" 1907/2006) considera: i) l'acrilamide sostanza pericolosa in quanto cancerogena e mutagena; ii) la poliacrilamide sostanza pericolosa esclusivamente nel caso in cui il monomero libero di acrilamide al suo interno presenti una concentrazione superiore allo 0,1%,".

Il Consiglio di Stato, peraltro, non ha espresso alcun giudizio circa la ricaduta della disposizione sulla disciplina della fattispecie in esame, per cui tale pronuncia non può essere considerata come riferimento sufficiente a dirimere la controversia.

Un precedente in termini è rappresentato dalla sentenza del TAR L'Aquila 185/2016, che, però, riconosce al materiale in questione la qualità di "sottoprodotto" solo limitandosi a richiamare la sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila che ha escluso che lo stoccaggio di fanghi potesse essere qualificato come illegittima gestione di rifiuti non pericolosi, proprio in quanto da classificarsi come sottoprodotti. Nella pronuncia si legge: "i fanghi derivano dal processo di produzione, la loro produzione non è lo scopo primario della frantumazione degli inerti di cava, essi possono essere utilizzati senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale e l'ulteriore utilizzo è legale". Utilizzo giudicato "altamente verosimile", in quanto i fanghi erano destinati al ritombamento della cava. Conseguentemente, si è ritenuto, in quell'occasione, che gli stessi presentassero tutte le caratteristiche del "sottoprodotto".

Tali conclusioni appaiono condivisibili, ancorché non vi sia uniformità in giurisprudenza (cfr. Corte di Cassazione, sez. III penale, sentenza 12 maggio 2015, n. 49985, che ha ritenuto che i fanghi trattati debbano essere considerati alla stregua di rifiuti).

Invero, il parere dell'Istituto di Sanità del 2011, su cui si fonda la posizione della Provincia, prende le mosse dalla considerazione che il recupero dei rifiuti in procedura semplificata possa avvenire solo se non vi sia alcun rischio per l'ambiente e la salute. Come rilevato dall'Istituto, "acrilamide e poliacrilamide sono dotate di proprietà intrinseche distinte e di un diverso comportamento nell'ambiente; in particolare, la tossicità della poliacrilamide per l'uomo e per gli animali è relativa al contenuto residuo di monomero libero (acrilamide)". Il parere si basa, dunque, sulla presunzione che l'utilizzo della poliacrilamide comporti il contemporaneo rilascio di una quantità non meglio precisata di acrilamide monomero, indubbiamente pericolosa per la salute, oltre una certa concentrazione che, però, non è stata individuata dal legislatore e ciò determinerebbe un aumento del rischio, rispetto al rifiuto di origine, "comportando l'esclusione dell'utilizzo di detto agente flocculante dalle pratiche di recupero, anche in R10" (così sempre il parere del 2011).

Sarebbe, dunque, necessario - secondo l'opinione che, in situazione di incertezza, sulla base di mere ipotesi e in violazione dei principi posti alla base del contemperamento degli opposti interessi alla tutela dell'iniziativa economica e della salute pubblica, tende al "rischio zero" -, accertare l'assenza del monomero, per consentire l'utilizzo di fanghi e limo trattati con il flocculante in questione.

Molto più convincente, perché caratterizzato da maggiore oggettività, appare, invece, il parere dell'ISPRA, n. 33189 del 7 ottobre 2011. Esso, nel valutare la possibilità di attuare la procedura semplificata di cui al DM 5 febbraio 1998 ai fini del recupero dei limi di lavaggio di inerti, ha confermato, pur nella mutata normativa (Regolamento 2014/1357/EU), che "un rifiuto è dunque classificato pericoloso se contiene acrilamide in concentrazione superiore allo 0,1 %".

Tale principio si pone perfettamente in linea con la prescrizione del Regolamento UE n. 366 del 2011. Esso riguarda l'impiego dell'acrilamide nelle malte da iniezione destinate ad applicazioni su piccola e larga scala e non anche l'utilizzo di materiale di scavo trattato con poliacrilamide, ma ciò non appare sufficiente a escludere che esso, in assenza di specifica normativa nazionale, possa avere rilevanza ai fini della qualificazione di un materiale diverso, ma confrontabile per caratteristiche e uso, come i fanghi e i limi in questione.

Il citato Regolamento comunitario ha precisato che: "L'acrilamide è classificata come sostanza cancerogena di categoria 1B e mutagena di categoria 1B. I rischi collegati a tale sostanza sono stati valutati in applicazione del regolamento (CEE) n. 793/93 del Consiglio, del 23 marzo 1993, relativo alla valutazione e al controllo dei rischi presentati dalle sostanze esistenti". E, ancora: "Secondo i risultati della valutazione dei rischi a livello europeo è necessario limitare il rischio per il comparto acquatico derivante dall'impiego di malte da iniezione a base di acrilamide nel settore delle costruzioni ed il rischio per altri organismi derivante dall'esposizione indiretta attraverso acque contaminate dalla stessa applicazione. Sono inoltre stati espressi timori per l'esposizione dei lavoratori e delle persone attraverso l'ambiente, vista la natura

cancerogena e mutagena dell'acrilamide, la sua neurotossicità e la sua tossicità per la riproduzione, conseguenti all'esposizione derivante dall'impiego su piccola e larga scala di malte da iniezione a base di acrilamide."

Conseguentemente, con tale Regolamento comunitario, si è disposto "Al fine di proteggere la salute umana e l'ambiente" di "limitare l'immissione sul mercato e l'uso della acrilamide nelle malte da iniezione e in tutte le applicazioni di consolidamento del suolo" al valore dello "0,1 %".

Se così è, deve escludersi che un materiale possa essere considerato "rifiuto" solo per il fatto che sia possibile esso contenga un residuo di sostanza inquinante, in ragione del fatto che esso è stato trattato con un prodotto contenente una concentrazione di sostanza pericolosa, se non è dimostrato che nel materiale stesso sia rinvenibile una concentrazione di quest'ultima superiore a 0,1 %.

Ricorrendo il rispetto di tale limite, non si ravvisa ragione per cui il limo (o il fango) non possa essere comunque commercializzato e utilizzato per l'edilizia, avendo lo stesso grado di pericolosità del prodotto assunto a riferimento (e cioè una concentrazione di acrilamide inferiore a 0,1 %, al pari di quanto prescritto per le malte il cui uso è espressamente autorizzato dal regolamento europeo).

Il fatto che il Regolamento comunitario abbia a oggetto prodotti e non "rifiuti", anziché escluderne l'applicazione alla fattispecie in esame, rende ancor più tutelante (dell'ambiente e della sanità pubblica) il rispetto dei parametri di sicurezza in esso indicati.

Se, infatti, una determinata concentrazione di sostanza pericolosa può ritenersi comunque accettabile in un prodotto, a maggior ragione deve ritenersi tale in uno scarto di lavorazione, classificabile, quindi, a seconda della volontà del produttore, come rifiuto non pericoloso (se non intenda favorirne il riuso) o come sottoprodotto commerciabile.

Tutto ciò premesso, si può sinteticamente evidenziare che:

a) l'acrilamide è usata come intermedio nella produzione di poliacrilamide, sicché è necessario considerare il potenziale rilascio del monomero (acrilamide) dal polimero durante l'uso della poliacrilamide. A tale proposito, la nota del Ministero dell'Ecologia e dello Sviluppo francese del 22 marzo 2011 (allegato 1 all'atto di intervento di SNF Italia) afferma che "Per quel che concerne la poliacrilamide, lo studio europeo sulla valutazione dei rischi sull'acrilamide e suoi composti curato dall'Istituto per la Salute e la protezione dei consumatori indica che le poliacrilamidi non degradano in acrilamide, sostanza cancerogena e mutogena. Potrà perciò reputarsi che prodotti di scarto di lavorazione trattato con flocculante avente un contenuto di acrilamide abbastanza basso (nel poliacrilamide di base) siano considerati inerti. Un tasso inferiore a 0,1 % di monomero residuo nel poliacrilamide è considerato accettabile". E, a sostegno della correttezza di tale tesi, la ricorrente ha, altresì, prodotto (documento 36 allegato al ricorso 904/2016) la traduzione della relazione tecnica elaborata da "Field Fisher Waterhouse", in data 15 novembre 2012, che costituiva uno dei documenti esibiti nel ricorso proposto avanti il TAR del Lazio e definito nel 2014, nella quale si legge che "Le proprietà pericolose di un monomero trovano la loro origine nelle frazioni reattive della molecola. Sono proprio tali frazioni reattive che sono utilizzate per realizzare il legame tra i monomeri, di conseguenza, le proprietà reattive del monomero scompaiono durante la reazione di polimerizzazione e di conseguenza, il polimero non può mostrare le proprietà intrinseche del monomero, poiché il monomero cessa di esistere come sostanza chimica identificabile separatamente una volta che è legato con un'altra unità monomerica";

b) il DM 161/2012, peraltro ora abrogato, non ha escluso la qualificazione come sottoprodotto del materiale scavato che contenga materiale inquinante, purché entro i limiti indicati nello specifico allegato;

c) in assenza del parametro normativo disciplinante le caratteristiche del materiale in questione, può essere fatto riferimento alle concentrazioni di cui al Regolamento Reach già più volte citato.

Si può, dunque, ritenere che l'utilizzo di poliacrilamide non possa, di per sé, determinare la qualificazione come rifiuto del materiale con esso trattato, se non siano riscontrabili concentrazioni di sostanze inquinanti oltre il limite di legge. Tale limite non è previsto dalla legge italiana, ma ben può essere recuperato da quella europea, posto che non è stata individuata nessuna ragione tecnica perché il parametro ritenuto accettabile nell'utilizzo per le malte e per il consolidamento del terreno non potrebbe essere lo stesso nel caso di materiale destinato al riutilizzo per il ripristino ambientale e altri usi in edilizia (diretto o mediante cessione a terzi).

Se, infatti, si parte dal presupposto che il polimero (contenente acrilamide a una concentrazione inferiore a 0,1 %) non degrada in acrilamide e, dunque, la concentrazione residua di acrilamide nel materiale trattato con il polimero non può essere superiore a quella di partenza, in esso contenuta e si prende atto che la stessa concentrazione (inferiore a 0,1 %) è ritenuta accettabile nel regolamento europeo Reach in altri materiali, utilizzati in edilizia e nel consolidamento dei terreni, al pari dei fanghi e limi in questione, non può ritenersi che quest'ultimi non siano suscettibili di essere qualificati come sottoprodotti sotto il profilo della loro pericolosità per l'ambiente e la salute.

Non può, a tal fine, essere rilevante nemmeno il fatto che, come sostenuto dalla Provincia nella propria memoria conclusiva, manchi, a livello di ordinamento nazionale, un valore limite fissato per l'acrilamide come C.S.C. (Concentrazione Soglia di Contaminazione) nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d'uso dei siti. Può, infatti, ritenersi, per quanto più sopra chiarito, che tale concentrazione dello 0,1 % dell'inquinante nel prodotto utilizzato per il trattamento dei fanghi e dei limi sia già di per sé sufficiente a garantire contro eventuali cessioni nel suolo e nelle acque dell'inquinante oltre il livello di tollerabilità di esso.

Peraltro, la Provincia, nella memoria conclusionale, ha evidenziato come la Commissione europea abbia risposto al quesito formulato, affermando che la questione dovrebbe essere risolta di volta in volta, chiedendosi “se l’uso previsto sia equivalente ad un’operazione relativa ai rifiuti come lo smaltimento, oppure se i limi di cava siano utilizzati come (sotto)prodotto.”.

Precisato che, nel contenzioso in esame, non è revocato in dubbio che la volontà sia quella di utilizzare limi e fanghi e non di avviarli allo smaltimento come rifiuti, il parere reso dalla Commissione europea non pare porsi in contrasto con quanto sostenuto dalla ricorrente e, al contrario, mette in evidenza la debolezza della classificazione effettuata “a priori” e senza condurre alcuna istruttoria, da parte della Provincia.

Appare del tutto condivisibile, dunque, la tesi secondo cui, al fine di stabilire se limi e fanghi possano essere o meno “sottoprodotti”, dovrà essere di volta in volta verificata la sussistenza dei parametri a tal fine individuati sia dalla normativa europea che nazionale, in particolare anche con riferimento al deposito dei materiali per un tempo indeterminato e alla difficoltà di distinguere se, in tal caso, vi sia la volontà di disfarsene (deposito che, per quanto riguarda il recupero ambientale avviene fisiologicamente per un tempo lungo, in quanto lungo è il tempo necessario ad accumulare il materiale destinato al recupero, al pari di quella necessaria per procedere all’attività di estrazione).

Tutto ciò, però, non può in alcun modo pregiudicare la possibilità che, presentando le caratteristiche richieste e, dunque, anche la volontà del riutilizzo, materiali trattati con flocculanti contenenti poliacrilamide siano suscettibili di essere qualificati come sottoprodotti, se il polimero contenga una concentrazione di monomero inferiore allo 0,1 per cento.

Deve, dunque, concludersi che limi e fanghi trattati con flocculanti contenenti poliacrilamide, possono essere qualificati come sottoprodotti e non anche come rifiuti, ogni volta che, rispettate le altre condizioni previste dall’art. 184 bis più volte citato, essi siano stati trattati con poliacrilamide contenente un residuo di acrilamide inferiore allo 0,1 % e, quindi, possano, per ciò stesso, garantire un residuo, nel prodotto trattato, inferiore a tale limite.

L’opposta conclusione, sostenuta dalla Provincia, condurrebbe all’irrazionale risultato che l’utilizzo del poliacrilamide, normalmente ammesso anche per la depurazione dell’acqua, determinerebbe la classificazione del limo come rifiuto anziché come sottoprodotto.

Ne deriva l’accoglimento sia del primo ricorso introduttivo, che del ricorso sub R.G.904/2016, che vede la propria ragion d’essere proprio nel precedente atto presupposto e subisce, per ciò stesso, l’effetto caducante dell’annullamento di quest’ultimo.

Deve, invece, essere respinta l’istanza risarcitoria, calcolata ipotizzando un danno derivante da un calo nelle vendite del prodotto di cui non è stato fornito alcun principio di prova. Al contrario, appare ragionevole presumere che, grazie alla misura cautelare concessa nell’ambito del parallelo ricorso proposto dalla Cava destinataria delle prescrizioni avversate dall’odierna ricorrente, all’atteggiamento prudentiale della Provincia che ha riaperto il procedimento e alla tempestiva definizione del ricorso nel merito, la temuta incidenza negativa sulla commercializzazione di prodotti contenenti il polimero in questione non si sia verificata.

Le spese del giudizio possono trovare compensazione tra le parti in causa, attesa la natura prettamente interpretativa della questione dedotta.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- riunisce i ricorsi in epigrafe indicati;
- dichiara la cessazione della materia del contendere con riferimento alla domanda proposta *ex art.* 116 c.p.a.;
- accoglie la domanda caducatoria di cui ai ricorsi riuniti e per l’effetto annulla gli atti impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l’Amministrazione intenderà adottare;
- respinge l’istanza risarcitoria;
- dispone la compensazione delle spese del giudizio.

(*Omissis*)