

Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti

Pasquale La Selva

SOMMARIO: 1. L'ambiente come "ostacolo" alla libertà di iniziativa economica privata. – 2. Il ruolo dell'ARERA nell'equo bilanciamento dei principi di concorrenza e di autosufficienza e prossimità nella gestione dei rifiuti. – 3. Tutela della concorrenza e attuazione dei principi dell'economia circolare nel caso del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2). – 4. Riparto di competenze e programmazione dell'attività di gestione dei rifiuti. – 5. Poteri regolatori e poteri impliciti dell'ARERA nel mercato dei rifiuti. – 6. Ambiente e mercato nella prospettiva dello sviluppo sostenibile.

1. *L'ambiente come "ostacolo" alla libertà di iniziativa economica privata*

Da qualche tempo¹ la sfida più importante che il diritto dell'ambiente è chiamato ad affrontare è trovare un punto di convergenza tra i molteplici interessi che ruotano attorno ai concetti di ambiente e di mercato.

Non si tratta solo di superare la visione secondo la quale la tutela dell'ambiente sarebbe incompatibile con lo sviluppo dei mercati, ma anche di consentire un adeguato riconoscimento di due (ancora contrapposti) valori costituzionali: la tutela dell'ambiente – che di recente è formalmente entrata nella Carta costituzionale² – e la libertà dell'iniziativa economica privata.

¹ Specie con l'avvento del *Green Deal* europeo, che trasformerà i modelli organizzativi industriali e produttivi nel segno dell'economia circolare e che inciderà in maniera significativa sulla disciplina giuridica dell'ambiente, come rileva A. Moliterni, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2021, 1, 4-7.

² La L. Cost. n. 1/2022 ha introdotto una modifica significativa nella c.d. "Costituzione economica" attribuendo espreso rilievo all'ambiente. Sul punto si rinvia ai contributi di F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della costituzione: un approccio in "negativo"*, F. Cortese, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni* e G. Trenta, *Riflessioni sulla recente modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, tutti in *Ambienteditutto*, 2022, 4.

Malgrado la recente introduzione del concetto di *green economy*, il valore ambiente rappresenta ancora un elemento di costo³ per le attività economiche, e che dunque impone in capo agli operatori economici doveri, più che riconoscere diritti⁴.

Il problema è colto sia dal legislatore, che da ultimo ha modificato⁵ il D.Lgs. n. 152/2006 (c.d. “Codice dell’ambiente”) in attuazione delle misure contenute nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, sia da quella parte della dottrina che si occupa di analizzare taluni strumenti economici (in cui vi può essere anche la partecipazione diretta dei privati) che possano garantire un costante sviluppo dei mercati senza incidere in maniera significativa sull’ecosistema⁶ affinché il fattore ambiente cessi di rappresentare un elemento di costo ma, piuttosto, un’opportunità⁷.

Per come si presenta il quadro attuale, l’equilibrio tra le esigenze di tutela dell’ambiente e di sviluppo del sistema economico, in sostanza, non è stato ancora raggiunto e la strada sembra ancora lunga: muovendo dall’ormai acclamata inadeguatezza dei livelli minimi di garanzie derivanti dai tradizionali strumenti autoritativi di *command and control*⁸ e nell’attesa di una sempre maggiore efficacia degli strumenti *green* di sviluppo economico dei mercati, lo scopo del presente lavoro è quello di comprendere se il recente ampliamento delle funzioni di regolazione e controllo in capo all’Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente possa rinnovare il ruolo dei pubblici poteri in campo economico⁹ e armonizzare – anche al fine di favorire, in ultima istanza, un mutamento del con-

³ Cfr. F. de Leonardis, *Il diritto dell’economia circolare e l’art. 41 Cost.*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2020, 1, 65.

⁴ F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2010, 0, spec. 35, ove l’A. osserva che una legislazione che incida troppo in termini di doveri sulle libertà economiche al fine di tutelare l’ambiente possa tradursi in una indebita funzionalizzazione delle attività private. Sul punto si veda anche F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Diritto dell’ambiente*, Bari, 2008, 245 ss.

⁵ Si pensi, a mero titolo di esempio, all’art. 35 del d.l. n. 77/2021, conv. con mod. dalla l. n. 108/2021 che ha introdotto importanti modifiche alle disposizioni generali in materia di gestione dei rifiuti (Capo I, Titolo I, Parte IV del Codice dell’ambiente) o alle nuove funzioni dell’ARERA introdotte con l’art. 14 della l. n. 118/2022.

⁶ Tra molti si veda M. Monteduro, *Funzioni e organizzazioni amministrative: dall’antagonismo all’integrazione tra ambiente e sviluppo*, in G. Rossi, M. Monteduro (a cura di), *L’ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020; E.C. Raffiotta, *Gli strumenti economici per la tutela dell’ambiente*, in B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2016, 347-361; L. Pardi, *Gli strumenti di mercato a tutela dell’ambiente. “Nuove” forme di partecipazione, responsabile e sussidiaria, dei privati all’esercizio delle funzioni*, Napoli, 2012; A. Lolli, *L’amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008.

⁷ Espressione che si prende in prestito da S. Vernile, *L’ambiente come “opportunità”. Una riflessione sul contributo alla tutela ambientale da parte del “secondo” e del “quarto settore” tra greenwashing, economia circolare e nudge regulation*, in *Dir. econ.*, 2022, 3, 11-48.

⁸ Su tutti si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Torino, 2007.

⁹ A. Moliterni, *La sfida ambientale e il ruolo dei pubblici poteri in campo economico*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2020, 2, 32-71.

testo socio-culturale¹⁰ – gli obiettivi economico-finanziari delle imprese con gli obiettivi generali di carattere sociale riconosciuti dalla Costituzione.

2. Il ruolo dell'ARERA nell'equo bilanciamento tra i principi di concorrenza e di autosufficienza e prossimità nella gestione dei rifiuti

Il settore della gestione integrata dei rifiuti rappresenta uno di quei settori ove è maggiormente avvertito il rapporto (ancora) conflittuale tra il principio di tutela della concorrenza (e dunque tutela della libera iniziativa economica privata) e i principi di autosufficienza e prossimità¹¹ (e dunque tutela dell'ambiente mediante la riduzione al minimo della movimentazione dei rifiuti dal loro luogo di produzione).

Si può partire dal considerare che la finalità della gestione dei rifiuti consiste, come dispone l'art. 177 del D.lgs. n. 152/2006, nel «proteggere l'ambiente e la salute umana». Tale finalità è perseguita principalmente attraverso il ricorso al mercato, affidando a operatori economici il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani mediante procedure ad evidenza pubblica.

È proprio nel passaggio dalla dettatura dei principi di autosufficienza e prossimità nello smaltimento dei rifiuti alla concreta definizione delle regole concorrenziali per la gestione degli stessi che la sfera di interesse della collettività alla tutela dell'ambiente si confronta con la sfera di interesse delle imprese a concorrere o nel mercato, o per il mercato riservato alla pubblica amministrazione.

Proprio nell'art. 202 del Codice dell'ambiente relativo all'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti l'art. 14, comma 2, della l. n. 118/2022, ha introdotto, da ultimo, due nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter*, che attribuiscono all'ARERA rispettivamente il potere di definire adeguati standard tecnici e qualitativi per lo svolgimento dell'attività di smaltimento e di recupero, e di richiedere agli operatori informazioni relative ai costi di gestione, alle caratteristiche dei flussi e a ogni altro elemento idoneo a monitorare le concrete modalità di svolgimento dell'attività di smaltimento e di recupero.

¹⁰ Sull'importanza della responsabilizzazione dei comportamenti dei singoli per la tutela dell'ambiente si veda S. Vernile, *La circolazione delle informazioni nel processo di «responsabilizzazione ambientale»*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, 321-349.

¹¹ Sono i principi disciplinati dall'art. 182-*bis* del Codice dell'ambiente: il principio di autosufficienza prevede che lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani non differenziati siano attuati con il ricorso ad una rete integrata ed adeguata di impianti al fine di realizzare l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e dei rifiuti del loro trattamento in ambiti territoriali ottimali; secondo il principio di prossimità, invece, lo smaltimento dei rifiuti ed il recupero dei rifiuti urbani indifferenziati avviene in uno degli impianti idonei più vicini ai luoghi di produzione o raccolta, al fine di ridurre i movimenti dei rifiuti stessi. Per una disamina dei principi del Codice dell'ambiente si veda M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2012, 1-2, 61-84 e M. Cafagno, *Principi e strumenti*, cit., spec. 205 ss.

La recente attribuzione di siffatti poteri all'ARERA sembra portare a completamento l'iter di sottoposizione a regolazione e controllo da parte di un'autorità del mercato dei rifiuti, già avviato con la l. n. 205/2017 (legge di bilancio per l'anno 2018)¹², circostanza che rappresenta anche il segno di un cambio di paradigma secondo il quale i rifiuti non sarebbero più solo un problema, ma soprattutto una "risorsa"¹³.

In effetti sembra proprio che l'ARERA, mediante la propria attività regolatoria e di controllo, costituisca il punto di leva sul quale mantengono l'equilibrio i concetti di ambiente da un lato, e di mercato dall'altro¹⁴: la legge finanziaria per l'anno 2018 nondimeno chiarisce che le nuove attribuzioni in materia di rifiuti all'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente sono volte anche ad armonizzare «gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse»¹⁵.

Le funzioni di armonizzazione conferite all'ARERA sono interessanti e consentono di indagare – come pure rileva parte della dottrina¹⁶ – sulla reale possibilità di conciliare l'apertura della concorrenza dei mercati con il principio di prosimità nella gestione dei rifiuti.

3. *Tutela della concorrenza e attuazione dei principi dell'economia circolare nel caso del Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2)*

Un tentativo di concreta armonizzazione della tutela dell'ambiente con la tutela della concorrenza si rinviene nella delibera 363/2021/R/rif del 3 agosto

¹² L'art. 1, commi 527 ss. della l. n. 205/2017 ha attribuito all'ARERA funzioni di regolazione e controllo in materia di definizione dei livelli della qualità e diffusione della conoscenza e della trasparenza delle condizioni di svolgimento dei servizi, di tutela dei diritti degli utenti, di definizione di schemi tipo dei contratti di servizio e di predisposizione e aggiornamento del metodo tariffario.

¹³ F. De Leonardis, *I rifiuti: da problema a "risorsa" nel sistema dell'economia circolare*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 324 ss.

¹⁴ Come ricorda F. De Leonardis, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in *Dir. econ.*, 2018, 3, 708-709, le finalità della regolazione indipendente sono due e consistono nel garantire l'accesso delle imprese a mercati che in assenza di regole concorrenziali sarebbero altrimenti preclusi, e garantire i diritti dei cittadini, degli utenti e degli interessi sovraindividuali.

¹⁵ Già l'art. 1, comma 1, della l. n. 481/1995 istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità aveva precisato che «il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse».

¹⁶ È il quesito che si pone F. De Leonardis, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti nella nuova stagione dell'economia circolare*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2022, 1, 83, a proposito delle determinazioni dell'ARERA che consentono alle Regioni di sottoporre ad un "regime pubblicistico" la gestione di impianti privati al fine di garantire il completamento del ciclo di gestione e smaltimento dei rifiuti nell'ambito territoriale regionale ove questi si sono prodotti, senza tenere conto della concorrenza.

2021, con la quale l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente approvava il Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2). Nella delibera venivano individuati, tra le altre cose, i criteri per l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", ossia impianti di cui sono titolari gestori non integrati (e dunque non sottoposti a regime pubblicitario) ma che tuttavia risulterebbero indispensabili per la chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti e che, pertanto, sarebbero assoggettabili a una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe¹⁷.

La motivazione di tale scelta, illustrata già in sede di consultazione pubblica, si fondava sulla necessità di promuovere l'efficienza in un quadro di progressivo dinamismo concorrenziale richiamato anche nel PNRR, al fine di sostenere lo sviluppo di un adeguato sistema infrastrutturale necessario al conseguimento degli obiettivi di economia circolare.

L'ARERA, nel tentativo di garantire sia uno sviluppo infrastrutturale, sia l'attuazione concreta di un sistema di economia circolare, stabiliva così i criteri di individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi". Considerando le caratteristiche dell'operatore che li gestisce, secondo l'Autorità avrebbero dovuto essere individuati come impianti "minimi": *i*) gli impianti in grado di offrire una data capacità all'interno di mercati con rigidità strutturali, caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e di un limitato numero di operatori; *ii*) gli impianti che presentavano, alternativamente, o una capacità impegnata per flussi garantiti da strumenti di programmazione o da altri atti amministrativi, o che erano già stati individuati come tali in sede di programmazione sulla base di decisioni di soggetti competenti alla chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti¹⁸.

L'Autorità chiariva che l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi" sarebbe dovuta avvenire nell'ambito delle attività di programmazione settoriale previste dalla normativa vigente, e comunque in tempo utile per la determinazione delle entrate tariffarie, dei corrispettivi e delle tariffe d'accesso, mantenendo così intatto il potere delle autorità competenti di scegliere se assoggettare o meno gli impianti non integrati presenti sul territorio ad un regime pubblicitario.

Tuttavia, il T.A.R. Lombardia¹⁹ ha successivamente annullato il MTR-2 nella parte in cui si determinavano i criteri di individuazione degli impianti minimi, fondando la decisione sull'assunto secondo il quale tale potere non rientrerebbe nel perimetro dell'attività regolatoria attribuita all'ARERA, nemmeno mediante il ricorso alla teoria dei poteri impliciti.

¹⁷ F. De Leonardis, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti*, cit., 82-83 parla di una "ripubblicizzazione" della gestione degli impianti attraverso lo schema degli impianti minimi.

¹⁸ Cfr. All. A alla Delibera dell'ARERA 3 agosto 2021, 363/2021/R/rif (MTR-2), 39-40.

¹⁹ T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 12 giugno 2023 n. 1459, 6 marzo 2023 n. 578 e 24 febbraio 2023 n. 486, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Le argomentazioni che motivano l'annullamento del MTR-2 sono quattro. Secondo il T.A.R. Lombardia l'ARERA: *i*) avrebbe invaso l'ambito di competenza che il legislatore ha assegnato allo Stato quale unico soggetto competente ad individuare i criteri di individuazione degli impianti minimi nel Programma Nazionale per la Gestione dei Rifiuti ai sensi dell'art. 198-*bis* del Codice; *ii*) avrebbe attribuito, di fatto, alle Regioni poteri che il legislatore non avrebbe loro direttamente assegnato, se non previa definizione in sede nazionale degli obiettivi di riequilibrio socio-economico fra le aree del territorio nazionale (art. 195, comma 1, lett. *f*); *iii*) avrebbe sovvertito la logica degli atti programmatici in materia ambientale; *iv*) attraverso l'esercizio di un potere non attribuitole dalla legge, l'Autorità avrebbe, infine, determinato un'inversione procedimentale dell'iter di programmazione.

La posizione del T.A.R. Lombardia è stata sostanzialmente confermata anche dal Consiglio di Stato in appello, con la precisazione che l'ARERA avrebbe indebitamente avocato a sé non un potere di programmazione, ma un potere di direttiva e indirizzo dell'attività programmatica regionale che invece spetterebbe allo Stato²⁰, producendo così l'effetto finale di arricchire di contenuti ulteriori il potere pianificatorio delle regioni.

Le statuizioni del T.A.R. Lombardia e del Consiglio di Stato volte a riconoscere una forma di tutela del principio di concorrenza e le argomentazioni addotte dall'ARERA per giustificare l'estensione del proprio potere regolatorio per la tutela dell'ambiente in attuazione dei principi di autosufficienza e prossimità sono entrambe meritevoli di approfondimento e nondimeno vanno messe in correlazione tra loro al fine di comprendere se una delle due sfere di interesse, nel caso di specie, debba prevalere sull'altra, o se sia possibile trovare una tutela di egual misura per entrambe che non comporti un maggior sacrificio per l'ambiente o per la concorrenza.

4. *Riparto di competenze e programmazione dell'attività di gestione dei rifiuti*

Le argomentazioni del T.A.R. (precisate dal Consiglio di Stato nei termini anzidetti) possono essere raggruppate in due macro-questioni: la prima, oggetto di trattazione nel presente paragrafo, attiene al riparto di competenze e all'iter procedimentale di programmazione²¹ delle attività di gestione dei rifiuti; la

²⁰ Cons. Stato, Sez. II, 6 dicembre 2023, n. 10550 in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Sull'importanza di una programmazione economica volta ad indirizzare il sistema produttivo alle finalità ambientali, nonché per i riferimenti bibliografici essenziali, si rinvia al contributo di A. Moliterni, *La sfida ambientale*, cit., spec. 51-52. L'A. osserva che dal punto di vista del rapporto tra pubblici poteri e mercati, la "sfida ambientale" non sembrerebbe più fronteggiabile solo attraverso la logica sottesa all'art. 41, comma 2, Cost.

seconda, che verrà trattata nel paragrafo successivo, attiene al riconoscimento di poteri regolatori (anche impliciti) in capo all'ARERA che possano coinvolgere anche gli operatori economici appartenenti al mercato concorrenziale.

Partendo dal primo ordine di questioni, secondo il T.A.R. Lombardia l'ARERA avrebbe stravolto l'iter procedimentale di individuazione degli impianti minimi che invece spetterebbe, almeno in prima battuta, allo Stato secondo quanto previsto dagli artt. 195 e 198-*bis* del Codice dell'ambiente e, a cascata, alle Regioni nei rispettivi Piani Regionali di cui all'art. 199 del Codice. In effetti, il Programma nazionale per la gestione dei rifiuti di cui all'art. 198-*bis* del Codice deve contenere l'individuazione dei fabbisogni impiantistici da soddisfare (lett. *f*)), l'indicazione dei criteri generali per l'individuazione di macroaree che consentano la razionalizzazione degli impianti dal punto di vista localizzativo, ambientale ed economico (lett. *d*) e una ricognizione impiantistica di carattere nazionale (lett. *b*)); le disposizioni vanno poi coordinate con l'art. 195, comma 1, lett. *f*) del Codice, che attribuisce allo Stato la competenza ad individuare gli impianti di recupero e di smaltimento di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del paese.

Se, dunque, è vero che lo Stato è titolare del potere di definire i criteri e le linee strategiche²² cui le Regioni si attengono nella elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti trattati sia dai gestori di pubblico servizio, sia dagli operatori del libero mercato, qualche difficoltà sorge però se si prova a rinvenire nell'impianto normativo una attribuzione programmatica espressa allo Stato in materia di chiusura del ciclo della gestione integrata dei rifiuti per le ipotesi di evidente carenza di un adeguato parco impiantistico: ed invero, nessuna disposizione del Codice contiene apparentemente una disciplina specifica in materia di impianti minimi. Tutto sommato, la definizione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi" e degli impianti di chiusura del ciclo "aggiuntivi", estranei agli impianti di chiusura del ciclo "integrati", resta un'invenzione dell'ARERA.

Sembrirebbe così che allo Stato, nella logica del Codice dell'ambiente, più che altro sia stata attribuita una competenza in materia di ricognizione dell'im-

dell'ambiente quale limite all'iniziativa economica privata, ma soprattutto attraverso la definizione di programmi e strategie previste dal successivo comma 3 della medesima norma per indirizzare l'attività economica verso fini sociali e ambientali. Per una lettura in tema di programmazione nazionale ed europea verso una transizione verde si rinvia a S. Lazzari, *La transizione verde nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza «Italia Domani»*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 2021, 1, 198-220, mentre, per un recente studio monografico sul tema si veda F. de Leonardis, *Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023, spec. il cap. 4.

²² Di carattere programmatico, secondo la visione del T.A.R., e di carattere pianificatorio/ di indirizzo, secondo l'impostazione del Consiglio di Stato, che invero appare più coerente sia con la natura dell'atto di competenza statale, che è un Programma e non un Piano di gestione dei rifiuti, sia, dal punto di vista semantico, con il dettato dell'art. 198-*bis* del Codice, che parla di definizione dei «criteri e le linee strategiche cui le Regioni e le Province autonome si attengono nella elaborazione dei Piani regionali di gestione dei rifiuti».

pianistica esistente o tuttalpiù in materia di determinazione di linee guida per la localizzazione di nuove aree nelle quali realizzare, eventualmente, nuovi impianti.

Della circostanza sembra si sia avveduto il Consiglio di Stato, che avrebbe dunque precisato che il potere dello Stato non è di carattere programmatico, ma si tratta di un potere di direttiva: tale ultima attribuzione «non va confusa con l'esercizio dell'attività programmatica, ma [...] si pone a monte della stessa, al chiaro scopo di garantire che le pianificazioni si integrino e si omogeneizzino anche tra di loro, in modo che la gestione dei rifiuti sia oggetto di una strategia coesa e coordinata, in linea con gli atti strategici e regolamentari dell'Unione Europea».

Nemmeno alle Regioni pare essere riconosciuto, nelle disposizioni del Codice, uno specifico potere di individuazione degli impianti minimi, ma soltanto il potere di valutare la realizzazione di ulteriori infrastrutture per gli impianti di gestione dei rifiuti, in conformità con i principi di autosufficienza e prossimità. L'iter programmatico pare pertanto avere pochi elementi di contatto con la regolazione degli impianti minimi, e ciò perché quest'ultima si inserisce in un segmento di carattere temporaneo ed eccezionale, ossia nella fase intercorrente tra l'emersione dell'esigenza di implementare le infrastrutture a disposizione per lo svolgimento del servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti e la effettiva carenza di ulteriori impianti, la cui programmazione e realizzazione resterà pur sempre attività di competenza dello Stato e delle Regioni²³.

L'intenzione di non irrompere mediante gli strumenti regolatori nella sfera di competenza dello Stato, oltre ad essere puntualizzata nelle premesse dalla stessa Autorità²⁴, pare sia stata colta dallo stesso Ministero dell'Ambiente che, in sede di predisposizione del PNGR (successiva al MTR-2), non ha ravvisato una invasione delle proprie competenze pianificatorie²⁵.

Chiarito che la fattispecie degli impianti minimi è connotata da un carattere di eccezionalità per la quale non vi è una riserva di regolamentazione stata-

²³ Alla riflessione si aggiunge che, recentemente, con delibera 389/2023/R/Rif del 3 agosto 2023, l'Autorità ha preso atto della integrale trasposizione, all'interno del PNGR, della tassonomia introdotta per gli impianti di trattamento dei rifiuti urbani già contenuta nel MTR-2 (nel frattempo, annullato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 7196/2023 nella parte in cui si disciplinava la metodologia tariffaria degli incentivi a favore dei soli gestori integrati per le attività di "pulizia" degli imballaggi plastici, in quanto ritenuta anticoncorrenziale e sfavorevole nei confronti dei gestori non integrati).

²⁴ Mediante la presa d'atto, nel MTR-2, della circostanza che «è stata, peraltro, prospettata l'opportunità di esaminare, nell'ambito di un provvedimento governativo – da valutare eventualmente in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 281/97 – l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo "minimi", da assoggettare a regolazione, al fine di promuoverne l'efficienza in un quadro di progressivo dinamismo concorrenziale, come peraltro richiamato dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e alla luce della prevista adozione, da parte del Ministero per la transizione ecologica, del Programma nazionale di gestione dei rifiuti introdotto dal decreto legislativo 116/20» (15).

²⁵ La fattispecie è confermata dallo Stesso Consiglio di Stato nella pronuncia n. 10550/2023, in cui si legge che «[...] il Ministero mostra in verità di condividere le opzioni dell'Autorità, evidentemente non ravvisando nella relativa estrinsecazione alcuna invasione delle proprie competenze» (punto 53).

le espresse evincibile dal quadro normativo, resta così da comprendere le finalità sottese alla scelta di ARERA di disciplinare in maniera creativa un sistema di impianti di chiusura del ciclo minimi e se un simile potere possa esserle effettivamente riconosciuto anche solo implicitamente.

5. *Poteri regolatori e poteri impliciti dell'ARERA nel mercato dei rifiuti*

Il caso della regolazione degli impianti di chiusura del ciclo minimi costituisce senz'altro una fattispecie peculiare atteso che è lo stesso potere politico a non assicurare livelli minimi di garanzie di tutela dell'ambiente.

È proprio sulla base di una evidente carenza di un parco impiantistico e al fine di evitare procedure di infrazione²⁶ che l'ARERA, nell'adottare le regole aventi ad oggetto la determinazione delle entrate tariffarie per l'erogazione del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani nelle more di una rideterminazione ad opera dello Stato del fabbisogno impiantistico, avrebbe ritenuto di adottare una regolazione dei costi riconosciuti e delle tariffe per il conferimento di rifiuti ad impianti di chiusura del ciclo minimi gestiti da operatori non integrati.

Il giudice amministrativo, attraverso una rigorosa ricostruzione normativa, non avrebbe invece rinvenuto la presenza di un tale potere in capo all'Autorità; ed invero, secondo il T.A.R. Milano, l'art. 1, comma 527 della l. n. 205/2017 riconoscerebbe all'ARERA il potere di determinare il metodo tariffario nella sola gestione integrata dei rifiuti urbani e dunque esclusivamente nell'ambito del servizio pubblico, non potendo sconfinare anche nella regolamentazione delle attività svolte nel libero mercato²⁷; per il Consiglio di Stato, invece, la disposizione

²⁶ Nel Documento per la consultazione 196/2021/R/rif l'Autorità prendeva atto della necessità di accompagnare i nuovi target per una economia circolare introdotti con il D.Lgs. n. 116/2020 con il superamento della grave carenza infrastrutturale per la gestione integrata dei rifiuti (19) e di ridefinire in tempi auspicabilmente brevi il fabbisogno impiantistico nazionale individuato dal d.P.C.M. 10 agosto 2016 (22) non solo per l'approvazione del nuovo Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti (25), ma anche (come si legge nel PNRR) al fine di evitare procedure di infrazione sui rifiuti e a colmare le lacune impiantistiche e gestionali a fronte delle evidenze segnalate «dalla Commissione Europea sull'assenza di una rete integrata di impianti di raccolta e trattamento rifiuti attribuibile all'insufficiente capacità di pianificazione delle regioni e, in generale, alla debolezza della governance» (26).

²⁷ Il T.A.R. Lombardia, nella sentenza n. 486/2023 osserva che «la disciplina degli impianti “minimi” si riferisce, per sua stessa definizione, a quegli impianti che si trovino nella titolarità di gestori “non integrati” (non soggetti cioè alla regolazione tariffaria di ARERA, la quale, infatti, dovrebbe specificamente rivolgersi alle attività del servizio integrato) ... L'Autorità, a mezzo delle previsioni contenute nella delibera n. 363/2021 concernenti gli impianti “minimi”, avrebbe introdotto una disciplina tesa a raggiungere un obiettivo apparentemente ascritto al proprio ambito di competenza (dettare criteri di regolazione della tariffa applicabile al ciclo integrato di gestione dei rifiuti urbani), ma in concreto attuata attraverso l'introduzione di strumenti legittimanti un forzato ed arbitrario criterio di qualificazione di impianti operanti nel libero mercato, anche al di fuori dal servizio integrato dei rifiuti urbani, per sottoporli (con le metodologie illegittime in concreto poste in essere a livello regionale) al regime di tariffa regolata, ammantata da finalità di tutela concorrenziale. L'esercizio di

menzionata, anche se riconosce all'Autorità il potere di regolare sia la tariffa per il servizio integrato di gestione dei rifiuti, sia le tariffe di accesso (c.d. "tariffe al cancello") agli impianti di trattamento non integrati, non può avere tuttavia una portata illimitata «dovendo l'atipicità finalistica del relativo potere confrontarsi con la tipicità di quelli delle altre amministrazioni che con esso interferiscono»²⁸.

La disposizione menzionata che attribuisce i poteri regolatori dell'ARERA nella gestione dei rifiuti è fitta di concetti che è necessario separare ed analizzare in quanto funzionali all'indagine.

Il primo capoverso dell'art. 1, comma 527 della legge di bilancio per l'anno 2018 è chiaro nell'attribuire funzioni di regolazione e controllo all'ARERA per tre principali finalità: *i*) migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti; *ii*) garantire adeguati livelli di qualità della gestione in condizioni di efficienza ed economicità, armonizzando gli obiettivi economico-finanziari con gli obiettivi generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse; *iii*) garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, anche al fine di superare le procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea²⁹ ove era già emersa la necessità di implementare il par-

tale attività e il perseguimento di detta finalità sarebbero estranei alla disciplina normativa sopra già richiamata, non risultando possibile riconoscere ad ARERA finalità di efficientamento del settore, sia pure per dichiarati fini di tutela della concorrenza, mediante atti di modifica strutturale e organizzativo del servizio pubblico di interesse, sostituendosi di fatto all'Autorità d'Ambito ovvero dettando ad essa le modalità con le quali "integrare" gestori di impianti di trattamento di rifiuti che integrati non sono e non intendono esserlo per libera e legittima scelta imprenditoriale».

²⁸ Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo il carattere pro-concorrenziale della regolazione, ritiene che le singole attività consentite all'ARERA dall'art. 1, comma 527, della l. n. 205/2017, nulla aggiungono ai preesistenti poteri regolatori dell'Autorità. Tuttavia il Collegio omette di interpretare la portata delle disposizioni contenute nella legge di bilancio per l'anno 2018 al fine di verificare la sussistenza dei presupposti dell'implicito: il Consiglio di Stato, invero, dopo aver accertato che la l. n. 205/2017 permette all'ARERA di regolare sia il mercato integrato dei rifiuti urbani, sia il mercato concorrenziale dei rifiuti speciali, circoscrive le ragioni dell'impossibilità di riconoscere i poteri impliciti in capo all'ARERA muovendo dall'interpretazione del solo art. 198-*bis* del Codice dell'ambiente che, come detto, attiene alla pianificazione ordinaria in materia di gestione dei rifiuti e che non può essere riferita, a differenza delle disposizioni della legge di bilancio per l'anno 2018, alla imminente situazione di grave carenza impiantistica in alcune regioni italiane, cui è necessario far fronte urgentemente al fine di evitare ulteriori procedure di infrazione, tutelare l'ambiente e promuovere azioni pro-concorrenziali nel ciclo di gestione integrata dei rifiuti.

²⁹ Il riferimento è alla procedura di infrazione n. 2007/2195 nella quale la Commissione europea, pur riconoscendo che le autorità italiane avevano adottato diversi provvedimenti diretti a migliorare il sistema dei rifiuti in Campania, rilevava la mancata esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, 4 marzo 2010, causa C-297/08 nella quale era stato dichiarato che la Repubblica italiana, non avendo adottato, per la regione Campania, tutte le misure necessarie per assicurare che i rifiuti fossero recuperati o smaltiti senza pericolo per la salute dell'uomo e senza recare pregiudizio all'ambiente e, in particolare, non avendo creato una rete adeguata ed integrata di impianti di smaltimento, era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 4 e 5 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 5 aprile 2006, 2006/12/CE, relativa ai rifiuti. La pronuncia menzionata ricorda il precedente della Corte nel quale si sottolineava che una delle più importanti misure che devono essere adottate dagli Stati membri nell'ambito del loro obbligo di elaborare piani di gestione è quella di cercare di trattare i rifiuti nell'impianto più vicino possibile.

co impiantistico al fine di trattare i rifiuti nell'impianto più vicino al loro luogo di produzione.

La legge di bilancio per l'anno 2018³⁰, nell'attribuire taluni poteri all'ARE-RA nel «sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati» sembrerebbe in realtà riconoscere all'Autorità il potere di regolare sia le attività di gestione integrata dei rifiuti urbani, sia le più ampie attività di gestione di altre categorie di rifiuti: la disposizione, per come formulata, pare pertanto riconoscere all'Autorità un potere regolatorio che non si limita alle sole attività di pubblico servizio, ma anche alle altre attività di gestione dei rifiuti speciali svolte in regime di concorrenza nel mercato³¹.

Dopo tutto, l'attività di gestione dei rifiuti (e dunque non solo dei rifiuti urbani, ma anche dei rifiuti speciali) costituisce attività di pubblico interesse³², circostanza che permette al potere autoritativo di intervenire affinché sia riconosciuta, a seconda delle circostanze e ove opportuno, priorità agli interessi fondamentali individuati dal legislatore come l'interesse alla tutela dell'ambiente – che oggi pare sulla strada di assumere sempre più la forma di un interesse, come è stato definito, “super-primario”³³ – rispetto agli interessi pubblici all'esercizio dell'attività economica privata³⁴.

Ad ogni modo, l'art. 1, comma 527 della legge di bilancio per l'anno 2018 contiene poi una specifica elencazione di poteri attribuiti all'ARERA per il

Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 9 giugno 2009, causa C-480/06, punto 37; Id., 17 marzo 1993, causa C-155/91, punto 13.

³⁰ Piuttosto che le disposizioni del Codice dell'ambiente (che si limitano alla programmazione ordinaria dei nuovi impianti), pare questa la norma da interpretare (in quanto tiene conto della situazione di carenza impiantistica) per rinvenire, eventualmente, i presupposti dell'implicito.

³¹ Mentre la gestione dei rifiuti urbani avviene in forma integrata e costituisce attività di servizio pubblico, la gestione dei rifiuti speciali avviene in regime di concorrenza da parte di soggetti privati dotati di specifici requisiti e che abbiano conseguito le necessarie autorizzazioni o permessi per lo svolgimento di alcune operazioni di trattamento e gestione dei rifiuti. Sul punto si veda M. Di Lullo, G. Montanari, *La gestione integrata dei rifiuti urbani*, in V. Cerulli Irelli, G. Clemente di San Luca (a cura di), *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, Vol. I, *Analisi della disciplina nazionale*, Napoli, 2011, 126. Nel Codice dell'ambiente la gestione integrata dei rifiuti urbani è disciplinata, in particolare, dagli artt. 200 e 202 che prevedono una precisa organizzazione territoriale del servizio affinché possa superarsi la frammentazione territoriale delle diverse gestioni.

³² L'art. 177, comma 2, del Codice dell'ambiente dispone che «la gestione dei rifiuti costituisce attività di pubblico interesse». In dottrina, per una indagine sui concetti di interesse pubblico e di funzione pubblica, si veda M.R. Spasiano, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme*, in *Foro Amm. (Tar)*, 2005, 1820-1829.

³³ Così E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir pubbl.*, 2021, 2, 435, a proposito dell'eventuale riconoscimento dell'interesse alla sostenibilità ambientale come interesse prioritario rispetto agli altri interessi che – anch'egli rileva – sono ancora in rapporti antagonistici con il primo.

³⁴ Cfr. F. Liguori, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli, 1999, 19; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995, 18; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, 1; F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. Bassi, F. Merusi (a cura di), *Mercati e Amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 160-161; G. Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, 417.

miglioramento del ciclo dei rifiuti e l'armonizzazione degli obiettivi economici con quelli sociali, tra cui rilevano le lettere *f*, *g*) e *h*) in materia di predisposizione, fissazione dei criteri e approvazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento; in particolare, la disposizione menzionata ha cura di distinguere i poteri di predisposizione e aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi «del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione» (lett. *f*) dai poteri di fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento (lett. *g*).

Anche in questa circostanza, la scelta terminologica impiegata dal legislatore non pare rimessa al caso, ma sembra piuttosto volta a riconoscere all'ARERA poteri regolatori non solo nell'ambito delle attività oggetto di servizio pubblico di gestione integrata dei rifiuti, ma – consapevole del rischio di ulteriori procedure di infrazione (come d'altronde si evince dalla lettura della norma) – anche nell'ambito di tutte le altre attività che costituiscono attività di gestione, seppure in regime di concorrenza nel mercato.

In particolare, l'ultimo capoverso della lett. *f*) sugli altri «servizi che costituiscono attività di gestione» e la lett. *g*) sulla definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento in cui è assente un chiaro riferimento agli impianti integrati, sembrerebbero contenere elementi concordanti volti a riconoscere all'Autorità, evidentemente, un potere regolatorio sulle attività di gestione non integrata dei rifiuti che per quanto non espressamente designate quali attività di pubblico servizio, costituiscono pur sempre attività di pubblico interesse³⁵.

L'attività di gestione dei rifiuti speciali svolta in regime di concorrenza nel mercato non pare infatti possa qualificarsi quale attività a “liberalizzazione piena”³⁶

³⁵ Si noti come la stessa ARERA nel MTR-2, riprendendo la separazione delle due tipologie di gestione proposte dal legislatore, distingue l'ipotesi della definizione delle componenti di costo e dell'approvazione del metodo tariffario (art. 2) in cui oggetto di disciplina è il servizio di gestione integrata dei rifiuti (art. 1, comma 527, lett. *f*) della legge di bilancio per l'anno 2018), dall'ipotesi della determinazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento (art. 5) in cui oggetto di disciplina sono gli impianti minimi e aggiuntivi (art. 1, comma 527, lett. *g*) della legge di bilancio per l'anno 2018, che ha proprio ad oggetto fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento).

³⁶ E tanto emerge, ad esempio, dalla necessità di ottenere una autorizzazione per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, anche pericolosi, come previsto dall'art. 208 del Codice dell'ambiente o dalla necessità degli operatori economici di possedere il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali di cui all'art. 212 del Codice per lo svolgimento delle attività di raccolta, trasporto e commercio dei rifiuti. Sul punto si veda B. Giliberti, *Eterogeneità dei modelli legislativi: la gestione dei rifiuti tra obblighi di servizio pubblico e concorrenza nel mercato*, in F. Liguori, C. Acocella (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, 2015, 343 ss. Alla riflessione si aggiunge poi che i servizi pubblici, e in particolare i servizi pubblici di interesse economico generale, possono essere svolti anche da una pluralità di operatori in concorrenza tra loro (e dunque in regime di concorrenza nel mercato) all'esito del rilascio di un semplice provvedimento autorizzatorio. Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2018, 374, ma si veda anche la stessa “Direttiva Servizi” 2006/123/CE la quale all'art. 1, paragrafo 2, precisa che «la presente direttiva non riguarda la liberalizzazione dei servizi d'interesse economico generale riservati a enti pubblici» e la gestione dei rifiuti mediante impianti a rete costituisce senz'altro, anche alla luce

ma anzi, stando anche alle recenti attribuzioni di poteri all'ARERA, pare essere una attività che si inserisce all'interno di una più ampia attività di gestione complessiva dei rifiuti. Nel mercato dei rifiuti, dunque, ove termina l'area di azione del servizio pubblico della c.d. amministrazione di prestazioni, subentra un'amministrazione indipendente dal potere politico a dettare le regole di comportamento per i soggetti privati che svolgono attività economiche in settori di pubblica utilità o, per dirla con le parole del Codice dell'ambiente, di pubblico interesse.

In definitiva, la connotazione di una data attività privata come "di pubblico interesse", per quanto svolta in regime di concorrenza nel mercato, non è mai pienamente libera e incontra pur sempre il limite della disciplina amministrativa³⁷ (come il potere di regolazione del prezzo delle prestazioni, che se rimesso alle sole logiche di mercato, sarebbe determinato a svantaggio degli utenti), proprio come avviene in qualsiasi altro luogo di componimento degli interessi pubblici e privati. Dopo tutto, le autorità indipendenti sono investite del potere di regolare il mercato di propria competenza, non la sola area del servizio pubblico³⁸.

Sorge così la necessità di effettuare una specificazione circa ciò che costituisce attività di pubblico interesse rispetto a ciò che costituisce, invece, attività di pubblico servizio nella materia dei rifiuti: entrambe le attività possono essere svolte da privati, comportano obblighi ed hanno a che fare con i pubblici interessi, ma mentre la prima è svolta all'esito dell'ottenimento di una autorizzazione che

del recente D.Lgs. n. 201/2022 sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, attività di pubblico servizio. In dottrina si è da tempo precisato che l'investitura dell'operatore privato per la gestione di un servizio pubblico, in generale, può avvenire non solo mediante concessione, ma anche mediante autorizzazione, purché questa contenga vincoli di erogazione a favore dell'amministrazione e dunque a favore degli utenti. Cfr. F. Liguori, *Attività liberalizzate*, cit., 99. Per un approfondimento sull'accesso all'area del servizio pubblico anche attraverso il regime autorizzatorio dello stesso A. si veda, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996, 224 ss. Più di recente si veda R. Villata, S. Valaguzza, *Pubblici servizi*, Torino, 2021, 21 ss., ove gli A. specificano che mediante autorizzazioni sia possibile imporre specifici obblighi di servizio pubblico anche in attività che non sono propriamente servizi pubblici, come accade, ad esempio, nei mercati regolati. Sulla catalogazione delle varie forme di "liberalizzazione" amministrativa, economica ecc. e sul tema più in generale si può rinviare a S. Cassese, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 2, 389-394; G. Corso, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Ist. Fed.*, 2007, 2, 279-291; più di recente si veda M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, 3, 507-528; G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, 1-2, spec. 118 ss.

³⁷ Cfr. A. Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 647.

³⁸ L'art. 2, comma 5, della l. n. 481/1995 statuisce, in effetti, che «Le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione; esse sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza». Il Consiglio di Stato, in un caso analogo a quello oggetto della presente indagine, in passato ha già statuito che «l'Autorità è titolare di poteri di regolazione anche nei settori liberalizzati, affinché siano salvaguardate le dinamiche concorrenziali a tutela dell'utenza. Infatti, la liberalizzazione di un mercato non comporta automaticamente il passaggio ad una situazione di concorrenza, la cui promozione rientra tra le competenze dell'Autorità, fin quando essa ritenga che il mercato non sia idoneo alla formazione corretta dei prezzi in una reale competizione». Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352, in *Foro Amm (CdS)*, 2007, 1018-1032, con nota di G. Simone.

accerti il possesso di requisiti tecnici e che dunque contiene prescrizioni affinché l'attività economica privata non incida negativamente sulla sfera di interesse della collettività ad una corretta gestione dei rifiuti, nella seconda ipotesi vi è il tratto della doverosità delle prestazioni da rendere a favore degli utenti. Come in un sistema di cerchi concentrici in cui l'attività di pubblico servizio costituisce un'area a sé all'interno dell'area dell'attività di pubblico interesse, in quest'ultima, in definitiva, c'è funzione ma non c'è doverosità³⁹.

Nella gestione dei rifiuti speciali (in cui l'offerta degli operatori economici è superiore alla domanda dell'utenza, sicché non è necessario un intervento pubblico nell'economia per l'istituzione di un pubblico servizio), per quanto vi siano stringenti obblighi che gli operatori economici devono seguire affinché possano svolgere lecite attività anche nell'interesse dell'ambiente⁴⁰, è tuttavia assente l'elemento della doverosità.

Cionondimeno, nello specifico segmento della gestione dei rifiuti speciali del mercato dei rifiuti, sono comunque ammesse forme di intervento pubblico nell'economia.

Effettuato tale chiarimento, la deducibilità in concreto del potere dell'ARERA di dettare una disciplina in materia di impianti minimi che possa incidere anche sulle attività svolte nel libero mercato si può desumere, pertanto, solo attraverso una attività interpretativa delle norme che le attribuiscono i poteri regola-

³⁹ Sulla doverosità del potere di controllo in funzione di bilanciamento della libertà di iniziativa del privato si rinvia a S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, spec. 123 ss.

⁴⁰ A mero titolo di esempio e senza pretesa di esaustività, basti pensare alle autorizzazioni uniche per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, per le quali l'art. 208 del Codice dell'ambiente prescrive la necessità di individuare le «condizioni e le prescrizioni necessarie per garantire l'attuazione dei principi di cui all'articolo 178». Guardando invece alla disciplina di settore per alcune categorie di rifiuti speciali si nota che: *i*) per i veicoli fuori uso l'art. 231 del Codice dell'ambiente prescrive specifiche modalità di smaltimento; *ii*) per gli oli usati l'art. 6 del D.Lgs. n. 95/1992 prescrive obblighi di conservazione, non miscelazione, cessione al Consorzio obbligatorio e rimborso al cessionario degli oneri di eliminazione; *iii*) per i rifiuti sanitari l'art. 9, c. 2, del D.P.R. n. 254/2003 sottopone le operazioni di raccolta e rifiuti sanitari a regime di servizio pubblico solo se questi sono assimilati ai rifiuti urbani; *iv*) solo per gli imballaggi, l'art. 221, c. 2, del Codice dell'ambiente dispone che i produttori e gli utilizzatori adempiono all'obbligo del ritiro dei rifiuti di imballaggio primari o comunque conferiti al servizio pubblico della stessa natura e raccolti in modo differenziato solo su richiesta del gestore del servizio. Dagli esempi riportati emergono dunque esclusivamente degli obblighi di trattamento e gestione dei rifiuti (fatte salve le aree di contatto, invero assai rare, con il servizio pubblico) affinché l'attività economica privata non incida negativamente sull'ambiente, ma non sembrano rinvenirsi profili di doverosità dell'attività economica a favore della collettività. L'attività economica privata, in altri termini, è sottoposta ai doveri sopra descritti solo in relazione alla propria clientela: l'operatore economico rimane dunque titolare della possibilità di selezionare i propri clienti e su di esso non grava alcun dovere di trattare i rifiuti speciali che gli utenti intendono conferirgli.

tori e di controllo, e la teoria dei poteri impliciti⁴¹ è soprattutto un criterio interpretativo funzionale all'individuazione del contenuto del precetto legislativo⁴².

Occorre però delineare anche i confini esterni dell'attività interpretativa affinché questa non trasmodi in una forma di attribuzione di poteri incoerenti con la legalità⁴³. A tal fine, appare utile ripercorrere la nota *summa divisio* tra poteri impliciti nell'ambito dei poteri normativi dell'amministrazione e poteri impliciti nell'ambito dei poteri provvedimentali: il caso del MTR-2 sembra potersi collocare all'interno della prima categoria, ossia quella dei poteri normativi⁴⁴ (o meglio, regolamentari), atteso che si occupa di determinare le entrate tariffarie per l'erogazione del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani e dei singoli servizi che lo compongono su tutto il territorio nazionale.

Come si è visto, le norme attributive dei poteri in capo all'ARERA si limitano a prevedere principi e obiettivi di coordinamento della tutela dell'ambiente con le finalità economico-finanziarie, per cui la determinazione in concreto del contenuto del potere regolatorio comporta necessariamente una significativa attività ermeneutica; nella circostanza dell'attività regolatoria delle autorità indipendenti, pertanto, il ricorso alla teoria dei poteri impliciti si rende quasi necessario, data l'ampia portata applicativa della regolazione rispetto all'attività provvedimentale⁴⁵.

⁴¹ Secondo la nota definizione di N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 102-103 l'implicito è quel potere autoritativo della pubblica amministrazione che, pur non previsto espressamente dalla legge, "corre parallelamente" ad un potere autoritativo tipico e che è legato a questo da un "nesso di strumentalità". L'A. precisa poi che «il potere implicito è quel potere che – per il fatto stesso che un potere o una funzione specifici sono stati attribuiti da una norma ad un organo amministrativo – non può non accompagnare quel potere o quella funzione, pena l'inutilità del loro impiego, o meglio il rischio dell'infruttuosità del loro esercizio per la soddisfazione dell'interesse pubblico in vista del quale sono stati conferiti». Per una densa ricostruzione delle posizioni della dottrina in tema di poteri impliciti si rinvia a C. Acocella, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità. Le prospettive di sostenibilità dell'implicito nell'esperienza delle autorità amministrative indipendenti*, in C. Acocella (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 11 ss.

⁴² E che talvolta viene esercitato in maniera discutibile, come osserva G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 4, 708.

⁴³ G. Morbidelli, *Il principio di legalità*, cit., 719, precisa utilmente che, specie per i poteri attribuiti all'allora Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente), il problema della teoria dei poteri impliciti non consiste tanto nel verificare la connessione dell'esercizio in concreto del potere attribuito in astratto, quanto piuttosto la coerenza di tale potere con il principio di legalità.

⁴⁴ La letteratura sul tema è vasta. Si veda M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. dei mercati*, 2022, 1, 25-36; C. Acocella, *Poteri indipendenti e dimensioni della legalità*, cit., 11-80; G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 4, 749-777; R. Titomanlio, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 2017, 1, 10; R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Astrid-online*, 2009; F. Merusi, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *Dir. econ.*, 2003, 4, 585-591; M.A. Cabiddu, D. Caldirola, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 1-2, 13-44; N. Marzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87-105.

⁴⁵ G. Morbidelli, *Il principio di legalità*, cit., 709-710, ritiene che nella potestà regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti "è quasi fisiologico", atteso che i regolamenti sono spesso titolati da leggi che si limi-

Si è visto anche che la l. n. 481/1995 e la legge finanziaria per l'anno 2018 non solo dispongono una specifica investitura di poteri regolatori sia per la determinazione delle componenti tariffarie per il servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, sia per la determinazione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento, ma dettano soprattutto principi, la cui connaturata ampiezza applicativa ad una serie indefinita di casi costituisce senz'altro la matrice dell'implicito⁴⁶.

Altri elementi per rinvenire, nel caso della regolazione di cui al MTR-2, i confini esterni dell'ermeneutica secondo la teoria dei poteri impliciti sono la partecipazione dei destinatari e la motivazione dell'atto regolatorio, che costituiscono i noti "limitatori della discrezionalità"⁴⁷: entrambi si rinvergono nei documenti per la consultazione per l'approvazione del MTR-2, in cui l'Autorità aveva manifestato sin da subito la necessità di accompagnare i nuovi obiettivi sulla gestione dei rifiuti urbani posti dal pacchetto di direttive sull'economia circolare con la grave carenza infrastrutturale che caratterizza il nostro Paese⁴⁸. A fronte di ciò l'ARERA aveva reso nota, dunque, l'intenzione di regolare gli impianti di chiusura del ciclo "minimi", identificati sulla base di specifici requisiti sia al fine di perseguire gli obiettivi di sostenibilità ambientale, sia al fine di rafforzare il dinamismo concorrenziale.

In tema di poteri impliciti, se è vero che questi altro non sono che una teoria per orientare l'attività ermeneutica delle norme attributive dei poteri, allora sembrerebbe che la regolazione degli impianti minimi dell'ARERA, almeno nel caso di specie, sia volta soprattutto a dare attuazione a quelle norme che le attribuiscono il potere di armonizzare gli obiettivi economico-finanziari con quelli di carattere sociale e di garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, specie al fine di evitare ulteriori procedure di infrazione.

tano a dettare criteri rappresentati da obiettivi e finalità. Ciò, secondo l'A., non determinerebbe una violazione del principio di legalità atteso che l'attività ermeneutica è una operazione ricorrente se volta a determinare correttamente la portata dell'attribuzione del potere regolamentare. Più di recente si veda P. Pantalone, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, in *PA Pers. e Amm.*, 2020, 1, 430.

⁴⁶ Ad esempio, G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 179, nt. 41, osserva che la rete dei principi "copre" lacune e schematismi della legislazione e, in definitiva, assicura il rispetto della riserva di legge.

⁴⁷ La dottrina ha individuato ulteriori elementi per il recupero della legalità, come ad esempio un sistema di compensazione della legalità ricavabile da regole e principi e la sindacabilità degli atti (specie normativi) delle *authorities*. Per una ricostruzione delle diverse posizioni e per i relativi riferimenti bibliografici si rinvia a P. Pantalone, *Regolazione indipendente*, cit., 432 ss.

⁴⁸ Nel primo Documento per la consultazione 196/2021/R/rif dell'ARERA si legge che il fabbisogno impiantistico «necessita di un aggiornamento in tempi auspicabilmente brevi (anche nell'ambito del Programma nazionale di gestione dei rifiuti)». A questo è seguito poi il secondo Documento per la consultazione 282/2021/R/rif; in entrambi i documenti si legge di una generale condivisione dell'impostazione del metodo tariffario proposto dall'ARERA, al quale hanno contribuito con osservazioni e proposte Regioni e Province autonome, Autorità d'ambito, Comuni, gestori, consumatori, associazioni di categoria e altri soggetti istituzionali.

Se si guarda agli obiettivi che la legge di bilancio per l'anno 2018 si prefissa, pare che l'attività creativa concretamente esercitata dall'ARERA possa effettivamente rientrare nella dimensione dell'implicito; ed invero il problema sollevato dal giudice amministrativo riguarda non tanto il potere dell'Autorità di determinare le differenti tariffe, che trova fondamento espresso nella legge, quanto piuttosto il potere di dettare i criteri per l'individuazione degli impianti di chiusura del ciclo c.d. "minimi". Tuttavia, una tale disciplina, non incidendo direttamente nella sfera giuridica degli operatori economici del libero mercato (ma solo eventualmente e a seguito di una precisa scelta discrezionale da parte delle regioni di qualificare un dato impianto non integrato come "minimo") sembra tutto sommato dettata in via strumentale al solo fine di determinare le ulteriori tariffe di accesso agli impianti di trattamento non integrati.

6. *Ambiente e mercato nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*

Una lettura troppo sbilanciata dei poteri impliciti dell'ARERA a garanzia del solo interesse alla tutela dell'ambiente rischierebbe, tuttavia, di rievocare quell'ormai obsoleto convincimento secondo il quale l'iniziativa economica privata sarebbe ancora "nemica" dell'ambiente.

Al contrario, gli obiettivi di tutela dell'ambiente e di sviluppo dei mercati si realizzano attraverso le medesime modalità, ossia attraverso la correzione proporzionata dei fallimenti di mercato⁴⁹. La necessità di operare un equo bilanciamento tra tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente emerge in tutta evidenza anche dalle stesse politiche europee per un'economia circolare che, se fino a qualche tempo fa ponevano in primo piano soprattutto la tutela della concorrenza, oggi spingono molto di più verso una maggiore attenzione al fattore ambiente. L'esercizio dei poteri regolatori dell'ARERA pare dunque debba inevitabilmente conformarsi anche al principio della tutela della concorrenza⁵⁰.

Nel caso del MTR-2, il regolamento dell'ARERA resta nell'ambito dei poteri normativi, e di per sé non è idoneo a incidere direttamente sugli operatori economici operanti in regime di concorrenza nel mercato; si è visto infatti che i soli provvedimenti delle Regioni, seppur fondati sulla base dei presupposti fissati dall'ARERA,

⁴⁹ Sul punto P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 355, secondo il quale gli obiettivi economici e sociali si realizzerebbero entrambi mediante la correzione del mercato. Di contenuto sia "economico" sia "sociale" degli interventi delle autorità e di misure di riequilibrio delle condizioni di esternalità rispetto a interessi pubblici che non possono essere «utilizzati o consumati senza costo» si veda G. Manfredi, *Legalità procedurale*, cit., 754-755.

⁵⁰ Pena la prospettazione di una teoria marcatamente "funzionalistica", come osserva G. Morbidelli, *Il principio di legalità*, cit., 734.

costituiscono l'unica forma di manifestazione del potere idonea ad incidere direttamente sulle posizioni soggettive degli operatori economici del libero mercato⁵¹.

Pur non essendo revocabile in dubbio che la disciplina sugli impianti minimi dettata dall'ARERA si pone quasi sulla linea di demarcazione dei limiti esterni all'implicito, si potrebbe tuttavia ritenere, guardando alla questione secondo un diverso angolo prospettico, che siffatta determinazione dei criteri tecnici degli impianti minimi, di fatto, potrebbe aver autolimitato in concreto la discrezionalità dell'Autorità la quale, nel regolare la tariffa di accesso agli impianti di trattamento in attuazione della legge di bilancio per l'anno 2018, ben avrebbe potuto esercitare i propri poteri regolatori senza necessariamente predeterminarne a monte le caratteristiche tecniche degli impianti, ma limitandosi a dettare le sole componenti della tariffa⁵². In altri termini, i criteri degli impianti minimi dettati dall'Autorità (e sottoposti anche a consultazione), in quanto funzionali alla determinazione della tariffa per il conferimento agli impianti di trattamento non integrati, secondo questa diversa visione avrebbero costituito una forma di autovincolo alla discrezionalità, con conseguente possibilità di adire il giudice per un sindacato intrinseco.

Sempre guardando al caso del MTR-2 da un diverso punto di osservazione, l'attività regolatoria dell'ARERA avrebbe non solo attuato il principio di prossimità nella gestione dei rifiuti, ma avrebbe concretamente tutelato la concorrenza per il mercato attraverso la disciplina di un meccanismo di chiusura del ciclo di smaltimento dei rifiuti volto a stimolare la competitività all'interno delle regioni con una dotazione impiantistica insufficiente⁵³. La regolazione della tariffa per il conferimento di rifiuti a impianti operanti nel libero mercato avrebbe l'obiettivo di evitare altresì un eccessivo potere di mercato da parte dei titolari di que-

⁵¹ Laddove, infatti, le Regioni abbiano a disposizione una adeguata rete di impianti, non vi sarà necessità di individuare in concreto gli impianti di chiusura del ciclo minimi.

⁵² Sulla generale assenza di un potere politico-discrezionale in capo alle autorità nella determinazione delle tariffe cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 157 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016, 94 ss. Bruti Liberati in particolare osserva che è comunque possibile per il legislatore attribuire dei poteri propriamente discrezionali alle autorità (specie in materia ambientale, 161), ma la volontà legislativa deve essere accertata con particolare cautela e deve emergere in maniera univoca dalla norma, e il conferimento dei poteri regolatori all'ARERA per il superamento delle procedure di infrazione sembra essere proprio uno di questi casi.

⁵³ Proprio l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nelle proprie proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021, ha ravvisato un «rilevante gap impiantistico, soprattutto nelle aree del centro e del sud del Paese, che non riescono a trattare tutto il rifiuto urbano residuo raccolto, che viene quindi in parte destinato a impianti localizzati al Nord o all'estero. Tale situazione appare generare diverse criticità concorrenziali, in quanto non consente, in una fase a valle della raccolta, relativa ad attività da svolgersi in regime di libero mercato, l'esplicitarsi di stimoli competitivi idonei a promuovere il raggiungimento dell'efficienza allocativa, non permette un'adeguata valorizzazione economica dei rifiuti, con attivazione di ulteriori filiere (es. nel caso dei TMV, produzione di energia elettrica), e vale a definire un eccessivo potere di mercato in capo ai pochi impianti esistenti, con un possibile incremento dei costi di complessiva gestione dei rifiuti urbani e maggiore spesa per i cittadini».

gli impianti diversi dagli impianti integrati di cui sono titolari gli enti locali sulla parte di domanda eccedente rispetto alla (scarsa) capacità impiantistica locale⁵⁴.

Proprio sul MTR-2 l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sostanzialmente condiviso (come d'altronde il Ministero dell'ambiente nel PNGR) la scelta dell'ARERA di individuare gli impianti minimi per la chiusura del ciclo di gestione dei rifiuti in quanto si porrebbe in una prospettiva pro-concorrenziale, garantendo la gestione dell'intero flusso dei rifiuti nel territorio regionale in base a tariffe definite dal regolatore, ed evitando così l'applicazione di prezzi eccessivi da parte dei pochi impianti esistenti dotati di un evidente potere di mercato. La misura, secondo l'AGCM, si porrebbe anche nella prospettiva di stimolare nuovi investimenti per coprire il *gap* impiantistico e esclusivamente per il tempo necessario allo sviluppo di tale nuova capacità⁵⁵.

In conclusione, il caso del MTR-2, oltre a rappresentare il manifesto dell'attuale dominio della tecnica sulla politica⁵⁶, sembra che tutto sommato abbia comunque dimostrato che, anche nell'attesa di una maggiore efficienza del ciclo di smaltimento dei rifiuti e di una implementazione del parco impiantistico, ambiente e concorrenza possono coesistere e trovare entrambi tutela adeguata negli strumenti di regolazione dei mercati.

L'evoluzione del concetto di servizio pubblico – specie in materia di rifiuti – richiede forse un superamento della tradizionale separazione tra interessi economici e interessi sociali e civili atteso che l'economia è, in sé, un «processo decisionale di natura complessa, nel quale le ragioni dell'utilità individuale si incrociano con le ragioni dell'utilità collettiva»⁵⁷; la migliore ponderazione tra interesse economico e gli altri interessi individuali avverrebbe, indipendentemente dalla loro natura, nella sede della valutazione comparativa degli interessi individuali con l'interesse pubblico che precede l'esercizio in concreto di poteri discrezionali⁵⁸.

Solo attraverso il riconoscimento della circostanza che anche l'attività di gestione dei rifiuti speciali, seppur svolta in regime di concorrenza nel merca-

⁵⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Indagine conoscitiva sui rifiuti solidi urbani (IC49, 21 gennaio 2016), punto 369.

⁵⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, segnalazione AS1875 – Regioni Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia – mercato dei servizi di trattamento della frazione organica dei rifiuti solidi urbani, 23 dicembre 2022.

⁵⁶ La circostanza è dimostrata dalle scelte politiche (come quelle effettuate dal Ministero dell'ambiente nel Programma Nazionale di Gestione dei Rifiuti) che si affidano alle valutazioni tecniche, talvolta complesse, compiute dalle Autorità.

⁵⁷ G. Marongiu, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Iustitia*, 1992, 3, 272.

⁵⁸ Come osserva A. Travi, *Eugenio Bruti Liberati, La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, in *Dir. pubbl.*, 2006, 3, 959, «la regolazione nel settore dell'energia (nel quale oggi entra a pieno titolo anche il mercato dei rifiuti n.d.r.) se vuole perseguire obiettivi di efficienza e di interesse generale, oggi non può che essere 'pro-concorrenziale', ma una regolazione del genere richiede l'utilizzo di strumenti tipici del diritto amministrativo».

to previo ottenimento di una autorizzazione, non costituisce attività pienamente liberalizzata ma attività pur sempre sottoposta al controllo di un'Autorità, sarà possibile effettuare un equo bilanciamento di tutti gli interessi in gioco mediante una valutazione caso per caso (fattispecie, questa, che attribuisce, in più, rinnovato valore alla discrezionalità), evitando una previa attribuzione, in dipendenza delle sensibilità del periodo storico di riferimento, di maggior valore ad alcuni interessi a scapito di altri.

Ciò che dunque occorre per il futuro è partire dalla valorizzazione di un principio di carattere generale presente ormai da tempo nel Codice dell'ambiente: il principio dello sviluppo sostenibile, che nondimeno mirerebbe al conseguimento di un equilibrio tra ambiente e sviluppo pur con riferimento a opzioni e scelte non riferite necessariamente al solo campo ambientale⁵⁹.

Un principio importante, dunque, che permette una "prioritaria considerazione" dell'interesse alla tutela dell'ambiente e una attenta ricerca di un "equilibrato rapporto" tra natura e attività umane, ma che abbisogna ancora, tuttavia, di regole concrete per essere attuato.

⁵⁹ F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile*, cit., 20.

Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti

Le nuove sfide del diritto dell'ambiente pongono le amministrazioni pubbliche di fronte al difficile compito di perseguire obiettivi pubblici in settori di pubblica utilità che vedono ancora in reciproca opposizione i fattori ambiente e concorrenza.

Il perseguimento degli obiettivi fissati dalle politiche pubbliche europee e nazionali sui rifiuti richiede che l'ambiente non sia più percepito come un costo, ma come un'opportunità.

Partendo dal caso del Metodo Tariffario dei Rifiuti per il secondo periodo regolatorio 2022-2025 (MTR-2), l'obiettivo del contributo è quello di indagare sul ruolo dell'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente nel settore dei rifiuti e compendere se le sue funzioni regolatorie siano in grado di bilanciare efficacemente il delicato rapporto tra ambiente e attività economiche in nome dello sviluppo sostenibile.

Some reflections on environment and competition in waste market regulation

The new challenges of environmental law present public administrations with the difficult task of pursuing public goals in sectors of public utility which still see the factors of environment and competition in mutual opposition.

The pursuit of the objectives set by European and national public policies on waste now requires that the environment is no longer perceived as a cost, but as an opportunity.

Starting from the case of the Waste Tariff Method for the second regulatory period 2022-2025 (MTR-2), the aim of this contribution is to investigate the role of the Regulatory Authority for Energy, Networks and the Environment in the waste sector and understand whether its regulatory functions can effectively balance the delicate relationship between the environment and economic activities in the name of sustainable development.

