

# La regolazione del ciclo integrato dei rifiuti e il ruolo dell'ARERA

by Aretta Benedetti\*

## ABSTRACT

### **Integrated waste cycle regulation and ARERA functions**

The paper offers a first reflection on the regulatory functions of ARERA, with reference to the urban waste management system. The starting point is represented by the analysis of the connection with the general law n. 481/1995, which governs the regulatory tasks of ARERA also in the different sectors of water, energy and gas. Then the study is directed to draw the boundary lines of the new regulatory tasks both with reference to the administrations with direction and planning tasks (central administration and regions), and to municipal administrations (urban waste service providers) and local government bodies (where established), called to organize the service itself. The question of the boundaries of regulation also emerges in relation to the object and the powers exercisable by ARERA, towards an increase in the efficiency of the service, as well as the achievement of a more homogeneous level of user protection, at national level.

### **La regolazione del ciclo integrato dei rifiuti e il ruolo dell'ARERA**

Con la legge 205/2017, ARERA è chiamata a «migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, compresi differenziati, urbani e simili». Allo stesso tempo, le direttive europee sull'economia circolare, nel luglio 2018, promuovono un processo di trasformazione nel modo di progettare il ciclo dei rifiuti e, di conseguenza, di concepire la sua organizzazione e disciplina. L'articolo indaga queste trasformazioni, volte alla configurazione di una nuova politica industriale incentrata sui rifiuti come risorsa, e una nuova regolazione del servizio volta a garantire condizioni di qualità uniformi nel territorio (almeno ad un livello minimo) salvaguardando nel contempo la complessa governance territoriale del servizio stesso.

JEL: K2, K23

**Keywords:** urban waste cycle; ARERA; regulation; services of general economic interest

**Parole chiave:** gestione del servizio rifiuti, regolazione del settore, rifiuti assimilati

\* Dipartimento di scienze economico aziendali e diritto per l'economia, Università degli studi di Milano Bicocca, Via Bicocca degli Arcimboldi, 8 – 20126 Milano, Italia. Tel. 0264483073. E-mail: aretta.benedetti@unimib.it.

## 1. Introduzione<sup>1</sup>

L'attribuzione all'ARERA (Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente) delle funzioni regolatorie in materia di ciclo integrato dei rifiuti con l'art. 1, c. 527, della legge 27 dicembre 2017, n. 205, solleva importanti questioni sui caratteri e la conformazione delle stesse, in un settore caratterizzato da una *governance* e da una disciplina estremamente complesse.

Al tempo stesso, l'emanazione delle direttive comunitarie in materia di economia circolare, nel luglio 2018, innestano un processo di profonda trasformazione nel modo di disegnare il ciclo dei rifiuti e, conseguentemente, di concepirne l'organizzazione e la disciplina.

La considerazione congiunta di queste novità normative sembra, dunque, segnare un nuovo tassello verso la progressiva emersione del ciclo dei rifiuti dall'originaria dimensione esclusivamente locale, ancorata essenzialmente ai motivi di igiene e di decoro pubblici, alla dimensione nazionale (e comunitaria) delle attività che concorrono alla tutela dell'ambiente e allo sviluppo di un'economia fondata sulla valorizzazione del rifiuto come risorsa.

Il cambiamento di prospettiva in tale direzione era già evidente nel decreto Ronchi e nelle riforme che sono seguite, convogliate nel codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

Ma il segno di passo dettato dalle riforme attuali è marcato e assolutamente innovativo.

Lo stesso modo con il quale il servizio dei rifiuti, ridefinito come ciclo integrato dopo il decreto Ronchi, veniva attratto nel regime di privativa pubblica, necessita oggi di una completa rivisitazione, al fine di valutare quali attività escono da tale ambito per comporre attività di mercato.

Sul tavolo dei vecchi e nuovi regolatori si pongono quindi, in modo del tutto inedito, le questioni di una nuova politica industriale da sviluppare in rapporto alle potenzialità della risorsa rifiuto, e di una nuova regolazione del servizio che possa garantirne condizioni di qualità uniformi sul territorio, quantomeno ad un livello minimo essenziale, pur salvaguardando le specificità territoriali e le aree di autonomia costituzionalmente garantite.

<sup>1</sup> Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito della ricerca svolta dal Laboratorio Regolazione Gestione Rifiuti Urbani e Circular Economy di Cesisp – Centro di Economia e Regolazione dei Servizi, dell'Industria e del Settore Pubblico dell'Università di Milano Bicocca.

## 2. Caratteri della regolazione e disomogenea conformazione dei settori affidati alla regolazione di ARERA

Concentrando l'attenzione sulle nuove funzioni che l'ARERA è chiamata a svolgere, il primo elemento che viene in evidenza nell'analisi dell'art. 1, c. 527 della l. n. 205/2017, è l'incipit, secondo il quale l'Autorità è chiamata a «migliorare il sistema di regolazione del ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati».

Questa disposizione introduttiva restituisce il significato di un sistema regolatorio che rimane articolato secondo l'attuale, complessa, conformazione, ma rispetto al quale l'Autorità è chiamata ad agire per garantire (come prosegue il testo dell'articolo) «accessibilità, fruibilità, diffusione omogenea sul territorio nazionale, nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione» oltre che «l'adeguamento strutturale agli obiettivi imposti dalla normativa comunitaria» (con riferimento specifico alla necessità di superare le procedure di infrazione comunitarie già avviate)<sup>2</sup>.

Come già accaduto per gli altri servizi attratti nell'orbita dell'Autorità di regolazione, la norma segna l'oggettivarsi di taluni interessi, connessi essenzialmente alle modalità di erogazione del servizio, che vengono sottratti alla valutazione discrezionale delle autorità pubbliche locali alle quali, pure, il servizio è affidato, per assumere una dimensione nazionale, secondo un modello di gestione alla cui definizione concorre la disciplina comunitaria<sup>3</sup>.

I rifiuti seguono, perciò, il movimento tipico della regolazione dei servizi di interesse economico generale, rispetto ai quali l'apertura al mercato passa attraverso la necessaria riconfigurazione dei servizi stessi secondo un modello di efficienza economica, nella duplice prospettiva di un ampliamento del mercato, nelle aree in cui la riserva pubblica è destinata a venire meno, e di un incremento qualitativo dei servizi nelle aree in cui, al contrario, la riserva è destinata a rimanere.

<sup>2</sup> Sotto questo profilo è stato parzialmente accolto l'auspicio formulato dall'AGCM nell'indagine conoscitiva sul settore dei rifiuti, di una piena transizione da un regime a regolazione diffusa ad uno in cui la regolazione fosse interamente accentrata (anche mediante l'attribuzione all'ARERA del compito di formulare un piano nazionale dei rifiuti, in attuazione degli indirizzi strategici del Governo e diretto alle Regioni, secondo una *soft regulation*) e distinta dai compiti di organizzazione e gestione attribuiti agli enti territoriali minori.

<sup>3</sup> Per una visione d'insieme, anche se non aggiornata, si v. i contributi raccolti in Bruti Liberati E., Donati F. (2010). *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*. Torino: Giappichelli. Con riferimento al contesto di un maggiore interventismo pubblico seguito alla crisi degli anni recenti, si v. Napolitano G. (2012). *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*. Bologna: il Mulino.

In questa prospettiva è coerente l'innesto delle nuove funzioni di ARERA all'interno dell'originaria legge istitutiva, la n. 481/1995, che ingloba il modello italiano delle Autorità indipendenti nei settori di pubblica utilità, pur nella evidente diversità dei settori interessati (anche solo ove si considerino gli ambiti attualmente propri della regolazione ARERA, cioè elettrico, gas, idrico e rifiuti).

Nella diversità, il nucleo comune che giustifica la concentrazione in capo ad un'unica Autorità dei compiti regolatori è l'esigenza di sottrarre alle valutazioni soggettive di imprese pubbliche soggette agli indirizzi governativi (com'era originariamente per i settori elettrico e del gas) o piuttosto di enti territoriali chiamati a organizzare/gestire i servizi (com'è per i settori dell'idrico e dei rifiuti), i compiti di definizione del modello economico di riferimento del servizio considerato, nella duplice chiave di favorire lo sviluppo del mercato e, soprattutto, di tutelare gli interessi degli utenti.

In questa chiave sono configurabili le funzioni centrali dell'Autorità in materia di:

- definizione del metodo tariffario, che deve contemplare non solo la copertura dei costi ma anche un'adeguata remunerazione del capitale, in una prospettiva marcatamente imprenditoriale;
- individuazione dei livelli qualitativi dei servizi e delle modalità di conoscenza trasparente delle condizioni di servizio, anche con riferimento agli schemi dei contratti di servizio;
- formulazione delle direttive in materia di separazione contabile e amministrativa della gestione, sempre nell'ottica di una valutazione di efficienza ed economicità delle gestioni;
- tutela dei diritti degli utenti, in particolare attraverso la valutazione dei reclami o istanze dagli stessi presentati;
- proposta relativamente al novero delle attività soggette a regime di autorizzazione o concessione.

Questo nucleo di funzioni si sposa con una nozione di regolazione che, nella prospettiva europea, dovrebbe essere ampia e abbracciare l'insieme delle decisioni che possano garantire il buon funzionamento del mercato.

Nel caso delle funzioni dell'ARERA ciò è palese già con riferimento agli ambiti dell'energia elettrica e del gas, ove sono intervenute le stesse direttive comunitarie a disciplinare direttamente le finalità e i compiti delle autorità nazionali di regolazione, costituendole come perno fondamentale di raccordo tra i sistemi nazionali e la rete dei regolatori comunitari<sup>4</sup>. In tal senso è stata

<sup>4</sup> Si v., in tal senso, le direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE, che hanno disciplinato le finalità e i compiti delle Autorità nazionali di regolazione, rispettivamente nel mercato interno dell'energia e in quello del gas naturale.

messa in discussione la legittimità delle leggi nazionali (come quella italiana) in cui l'originario modello dualistico decisore politico/autorità indipendente, con chiare e distinte funzioni, è evoluto nella direzione di un allargamento delle funzioni del ministero, a scapito di una chiara identificazione dei rispettivi ambiti di intervento.

Il modello comunitario delle Autorità indipendenti sembrerebbe voler, come detto, arrivare a prefigurare per esse una competenza regolatoria di carattere generale, salvo puntuali eccezioni (rovesciando, di fatto, il trend osservabile nel servizio elettrico)<sup>5</sup>.

Per il settore dei rifiuti (così come per l'idrico) la differenza fondamentale è che non esistono ancora norme europee che espressamente intervengano a chiarire i compiti dei regolatori nazionali, essendo la materia rimessa alla discrezionalità degli Stati membri per quanto riguarda gli aspetti organizzativi dell'organizzazione e regolazione. Perciò anche laddove i confini delle competenze dell'ARERA in materia di rifiuti non siano definiti in modo altrettanto chiaro (secondo un modello regolatorio che dovrebbe vedere accentrare in essa tutte le decisioni riguardanti il buon funzionamento del mercato), di fatto mancherebbe il parametro di legittimità sulla base del quale sollevare eventuali questioni di illegittimità della legge interna (che invece, per i settori dell'energia elettrica e il gas, è costituito dalle direttive comunitarie in questione).

L'attività interpretativa rimane, dunque, fondamentale nella ricostruzione delle funzioni dell'Autorità e nella valutazione del compito regolatorio dalla stessa svolto con riferimento al settore dei rifiuti, in rapporto anche alle funzioni definite per gli altri attori nel complesso sistema della *governance* esistente in materia.

Sul piano interpretativo, emerge, dunque, in primo luogo la questione se il termine regolazione assuma una connotazione particolare con riferimento al ciclo integrato dei rifiuti, alla luce dell'evoluzione che ne ha caratterizzato l'accezione dagli anni Novanta ad oggi. Pur nella vastità di definizioni e di modi di intendere la regolazione, l'originario dibattito scientifico ne aveva evidenziato in modo abbastanza chiaro alcuni tratti definitivi, per distinguere la relativa attività dal novero dell'amministrazione intesa nel senso classico, quale elemento proprio del circuito della rappresentanza politica e soggetta all'attività di indirizzo del ministro di riferimento<sup>6</sup>. Non casualmente si ten-

<sup>5</sup> Si v. Bruti Liberati E. (2014). Regolazione indipendente e politica energetica nazionale. *Rivista della regolazione e dei mercati*, n. 1.

<sup>6</sup> Sotto questo profilo si richiama l'ampio confronto scientifico relativo al ruolo delle Autorità rispetto al modello costituzionale di amministrazione pubblica, che meriterebbe un apposito

deva a escludere che le autorità indipendenti, connotate da compiti di carattere tecnico, potessero esercitare poteri autenticamente discrezionali, stante il fatto che il bilanciamento di interessi pubblici e privati implica, in sé, un raccordo con l'indirizzo politico, che invece il modello delle autorità indipendenti intende recidere. Gli scritti più autorevoli in materia hanno, perciò, cercato di marcare la differenza tra la neutralità (propria delle autorità indipendenti) e l'imparzialità, individuando la caratteristica della regolazione nel carattere "condizionale", anziché finalistico, delle regole, volte a orientare le scelte degli operatori privati, nell'ottica di un prefigurato modello economico del servizio<sup>7</sup>.

Con riferimento specifico all'ARERA, gli assunti più rigidi dell'originale impostazione sono stati, tuttavia, sottoposti a revisione semplicemente in base all'osservazione di oltre un ventennio di attività regolatoria, che ha evidenziato come l'Autorità sia effettivamente chiamata a svolgere anche un'attività discrezionale/finalistica (come dimostra la sfera tariffaria). Un'esperienza che, a giudizio di chi scrive, evidenzia l'insufficienza dell'accezione

approfondimento scientifico alla luce degli sviluppi che si stanno osservando. Per una esaustiva ricognizione delle problematiche coinvolte si v. Manetti M. (1994). *Poteri neutrali e Costituzione*. Milano: Giuffrè; Id. (2007). *Le Autorità indipendenti*. Roma-Bari; Cassese S., Franchini C. (a cura di) (1996). *I garanti delle regole-le Autorità indipendenti*. Bologna: il Mulino; Amato G. (1997). *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*. *Riv. trim. dir. pub.*, pp. 645 e ss.; Predieri A. (1997). *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*. Firenze; Verde G. (1998). *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*. *Dir. proc. amm.*, pp. 739 e ss.; Labriola S. (a cura di) (1999). *Le autorità indipendenti*. Milano: Giuffrè; Merusi F. (2000). *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*. Bologna: il Mulino; Grasso G. (2006). *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*. Milano; Morbidelli G. (2006). *Autorità Indipendenti*. *Enciclopedia Treccani*, VII Appendice, p. 3; Cuniberti M. (2007). *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*. Milano: Giuffrè; Poto M. (2008). *Autorità amministrative indipendenti*. *Dig. Disc. Pubbl.* Torino; Longobardi N. (2009). *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*. Torino.

<sup>7</sup> Il dibattito in materia è talmente ricco da essere difficilmente riassumibile in poche battute. Tra i contributi di carattere generale sulla regolazione, solo negli anni Duemila, si v. Merusi F. (2000). *Democrazia e Autorità indipendenti*. Bologna: il Mulino; La Spina A., Majone G. (2000). *Lo Stato regolatore*. Bologna: il Mulino; Lazzara P. (2002). *Autorità indipendenti e discrezionalità*. Padova: Cedam; Tesouro G., Alberti M. (2002). *Regolazione e concorrenza*. Bologna: il Mulino; Napolitano G. (2005). *Regole e mercati nei servizi pubblici*. Bologna: il Mulino; Clarich M. (2005). *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*. Bologna: il Mulino; Vetrò F. (2005). *Il servizio pubblico a rete: l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*. Torino: Giappichelli; Napolitano G. (2005). *Regole e mercato nei servizi pubblici*. Bologna: il Mulino; Bruti Liberati E. (2006). *La regolazione pro-concorrenziale dell'energia elettrica e del gas*. Milano: Giuffrè; Coen D., Heritier A. (Eds.) (2006). *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*. Cheltenham: Edward Elgar; D'Alberti M., Pajno A. (2010). *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*. Bologna: il Mulino.

di regolazione che aveva accompagnato la prima fase del processo di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici in Italia, negli anni Novanta, e che la relegava a una sorta di attività suppletiva che simula meccanismi del mercato concorrenziale fino al momento in cui lo stesso non sia pienamente introdotto, nel presupposto di una intrinseca transitorietà della funzione regolatoria.

L'esperienza ha, invece, dimostrato come la regolazione svolga un ruolo centrale nel promuovere ma, al tempo stesso, nel correggere "dall'interno" il mercato, in rapporto ai fallimenti di mercato connessi al raggiungimento di interessi generali, che rimangono, in quanto tali, ineliminabili. In questo senso la regolazione presuppone e apre all'iniziativa economica, senza sovrapporsi ad essa, ma orientandola e definendola in taluni confini<sup>8</sup>.

Nemmeno appare esaustiva, inoltre, la definizione di regolazione che la circoscrive ai soli confini del rapporto con l'iniziativa privata, dato che è rilevantisimo il ruolo che la stessa può svolgere laddove l'iniziativa privata manchi (o debba mancare per la sussistenza di una iniziativa pubblica): in tali casi la regolazione è volta a introdurre una "razionalità economica" nel decisore pubblico e a contemperare la realizzazione degli interessi generali con le specificità di un modello economico che guarda alla vocazione privata delle attività di mercato.

Questo è, esattamente, il ruolo che l'ARERA è chiamata a svolgere con riferimento al servizio integrato dei rifiuti, laddove la regolazione si rivolge a servizi in privativa, organizzati e, in prevalenza, gestiti da autorità d'ambito o da comuni.

In tal senso, dunque, l'attività interpretativa deve assumere un concetto ampio di regolazione, che tuttavia trova i suoi caratteri distintivi sia rispetto alle funzioni di garanzia della concorrenza svolta dall'AGCM, sia rispetto alle attività di programmazione o di pianificazione che spettano tipicamente alle amministrazioni a guida "politica".

### **3. Le funzioni regolatorie di ARERA in rapporto alle funzioni di programmazione e di amministrazione attiva esistenti**

Il complesso sistema di *governance* del sistema dei rifiuti, formatosi precedentemente alla definizione delle funzioni regolative in capo all'Autorità, rispondeva alla classica bipartizione tra funzioni latamente ascrivibili alla

<sup>8</sup> Lazzara P. (2018). La regolazione amministrativa: contenuto e regime. *Dir. Amm.*, 2, pp. 337 ss.

programmazione e pianificazione delle attività, e funzioni di amministrazione attiva, strumentali sia all'impiantistica che alla gestione del servizio.

La progressiva stratificazione della disciplina, dovuta all'innesto di interventi legislativi e direttive comunitarie succedutisi nel tempo, così come l'estrema articolazione dovuta alla costruzione del sistema programmatico su base regionale (con la conseguente moltiplicazione delle leggi e delle norme riferibili nei diversi contesti territoriali) non ha alterato la semplicità dello schema di fondo, basato sulla distinzione delle funzioni programmatiche, di pianificazione e tra le funzioni di amministrazione attiva, esecutive rispetto alle prime.

In modo specifico, le funzioni di programmazione e pianificazione si presentano come concretizzazione dell'indirizzo politico, secondo un'articolazione che ha come riferimenti le specificità territoriali, i bisogni della popolazione<sup>9</sup>. In relazione ai contenuti dei programmi e dei piani, si innestano le funzioni autorizzatorie e concessorie, definite proprio in rapporto alla necessità di contemperare il concreto svolgersi delle attività private ed economiche in rapporto ai limiti e agli indirizzi introdotti con gli atti generali di programmazione, conformemente alla legge.

Nel disciplinare questo modello con riferimento al ciclo dei rifiuti, il codice dell'ambiente fotografa un sistema a cascata, in cui le Regioni sono il perno di un sistema programmatico che trova nello Stato le funzioni di coordinamento e che si articola nelle funzioni di pianificazione e regolazione dei livelli territoriali via via più vicini agli utenti. Un sistema, quindi, endemicamente frammentato, oggi unificato dall'esigenza di dare attuazione agli obiettivi di politica europea in materia.

Quello dei rifiuti è, infatti, un settore chiave della strategia ambientale europea che, ormai da oltre un decennio e in modo sempre più articolato e puntuale, mira a perseguire obiettivi di crescita economica sostenibile, mediante la sostituzione del classico modello economico di carattere lineare "produzione-consumo-smaltimento", con il modello dell'economia circolare: ciò implica profonde trasformazioni nel modo di stesso di intendere la produzione e di orientare i consumi, al fine di ridurre i rifiuti, incrementarne il recupero, azzerarne lo smaltimento in discarica.

<sup>9</sup> Le funzioni in questione trovano il proprio fulcro esattamente in scelte politiche, fatte di ponderazione di interessi, pur nell'attuazione di indirizzi tracciati dal legislatore nazionale e comunitario; si tratta di funzioni necessariamente richiedenti una legittimazione democratica, tipica in particolare degli enti territoriali, nella loro reciproca interrelazione. Sulla specificità delle funzioni di programmazione si v. Rangone N. (2007). *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*. Bologna: il Mulino; Ramajoli M. (2008). *La regolazione amministrativa e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost. Dir. Amm.*, pp. 121 ss.



L'agenda degli obiettivi da raggiungere, in questo quadro, è dettata dall'Europa e ciò implica una responsabilizzazione degli Stati membri, chiamati a rispondere del mancato raggiungimento, o della mancata conformità del proprio sistema di norme e regolare all'impianto comunitario.

Le conseguenze sono, da una parte, il rafforzamento del ruolo dello Stato, dall'altra, la diretta rilevanza delle programmazioni e dei piani regionali a livello europeo, con conseguente imputazione di responsabilità allo Stato stesso.

Quanto al primo aspetto, si pensi all'attrazione a livello statale delle decisioni relative alle infrastrutture strategiche a livello nazionale<sup>10</sup>, che toccano direttamente gli impianti di trattamento dei rifiuti; o piuttosto all'incremento dei piani ministeriali che interessano la materia, come il Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti (formulato dal Ministero dell'Ambiente nel 2013 e aggiornato, da ultimo, nel 2016).

Quanto al secondo aspetto, vengono in evidenza le numerose procedure di infrazione che sono state aperte dalla Commissione europea a causa del mancato aggiornamento o adeguamento dei piani regionali sui rifiuti, anche in rapporto alle gravi situazioni registratesi in alcune aree del paese. Si tratta di procedure che chiamano in causa la responsabilità dello Stato (posto poi di fronte al problema di gestire la successiva rivalsa rispetto ai governi territoriali interessati).

La ricognizione di queste funzioni mette, dunque, in evidenza la diversità delle funzioni regolatorie dell'Autorità, così come sono state sopra analizzate. Poiché, però, nella composizione delle normative, e in attesa della ridefinizione che il legislatore dovrà operare con il recepimento delle direttive sull'economia circolare, occorre pur sempre tracciare dei confini, l'elemento da valutare è esattamente la correlazione tra le funzioni regolatorie dell'ARERA e quella degli altri attori.

#### *a) Autorità e MATTM*

Con riferimento alle competenze del Ministero dell'Ambiente (MATTM), la difficoltà nel tracciare una distinzione si basa sul fatto che, a differenza dell'impostazione propria della l. n. 481/1995, nel caso del servizio integrato dei rifiuti non sussiste un sistema binario, come invece nel settore dell'energia. O, perlomeno, la polarizzazione delle competenze nel rapporto Autorità/Ministero può essere considerata solo con riferimento alle funzioni unitarie, che spettano allo Stato, secondo una lettura congiunta del codice dell'ambiente, della l. n. 205/2017 e della l. n. 481/1995, alla luce

<sup>10</sup> Il riferimento è al d.l. n. 133/2014 (Sblocca Italia).

delle competenze costituzionali della tutela dell'ambiente, della tutela della concorrenza, dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

In questo senso, è evidente che, se si escludono le competenze che in modo inequivoco spettano al Ministero (ad es. il coordinamento della progettazione) o all'Autorità (ad es. la definizione del metodo tariffario e provvedimenti conseguenti), esiste un terreno di interrelazione necessaria, in cui decisore politico e regolatore devono dialogare.

Si consideri, ad esempio, la questione delle infrastrutture strategiche, funzione che la legge ha attratto nella sfera della competenza statale (sia pure prescrivendo il coinvolgimento degli enti territoriali interessati, secondo le rispettive prerogative). Su questo terreno, la l. n. 205/2017 sembra individuare nell'Autorità l'organismo direttamente deputato a farsi interprete dell'ordinamento comunitario, in quanto tale incaricato di «garantire l'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea, superando così le procedure di infrazione già avviate con conseguenti benefici economici a favore degli enti locali interessati da dette procedure» (c. 527, primo periodo). Sotto questo profilo, l'Autorità non potrà che recuperare, in via procedimentale, un raccordo con il Ministero, con le Regioni, con le Province interessate, per arrivare a decisioni concordate, sia pure su impulso e proposta della stessa Autorità (che nell'individuazione delle infrastrutture è chiamata ad applicare modelli di razionalità economica, nel recepimento degli indirizzi comunitari).

Sul terreno della qualità dei servizi, ambito elettivo di intervento dell'Autorità, la stessa dovrà tener conto degli obiettivi di qualità dei servizi di gestione dei rifiuti eventualmente fissati dal Ministero, nel determinare i livelli di qualità del servizio stesso: compito che l'Autorità è chiamata a svolgere armonizzando gli obiettivi sociali e ambientali con quelli economico-finanziari, al fine di garantire l'efficienza e l'economicità delle gestioni.

Altro ambito di necessaria interrelazione è quello dei titoli autorizzatori e concessori. La l. n. 205/2017 attribuisce all'Autorità il compito di formulare «proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato della gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati»: in questo si conferma come il ruolo regolatorio dell'Autorità comprende a pieno titolo le funzioni di promozione della concorrenza e, specularmente, di valutazione della congruità dei confini delle attività di controllo amministrativo che costituiscono altrettante barriere all'ingresso dei relativi mercati. In questa direzione, l'attività di proposta dell'Autorità dovrebbe, verosimilmente, rivolgersi al legi-

slatore nazionale e incidere, conseguentemente, sulla stessa attività ministeriale di individuazione dei contenuti minimi dei provvedimenti autorizzatori e dei titoli abilitativi.

Lungi, dunque, dal teorizzare che possa tracciarsi una demarcazione rigida degli ambiti di intervento, si conferma quanto già sostenuto dalla dottrina, secondo la quale «il nuovo ruolo delle Autorità di regolazione costituisce un argine alla propensione dei governi a svalutare le logiche di efficienza economica e le esigenze di stabilità della regolazione, da cui deriva il buon funzionamento del mercato»<sup>11</sup>.

Secondo questo approccio l’Autorità può, a monte, aiutare il legislatore a ridefinire l’ambito in cui possa iscriversi l’indirizzo politico del Governo (come per la limitazione degli spazi del servizio soggetti a regime amministrativo); a valle, può concorrere ad attuare quegli indirizzi (come nel caso delle infrastrutture strategiche), senza che ciò comporti una negazione della sua natura di amministrazione indipendente (che non ammette una puntuale ingerenza governativa sugli atti di regolazione).

#### *b) Autorità e Regioni*

Nel rapporto con le Regioni occorre chiarire preliminarmente il “titolo” rispetto al quale l’Autorità può formulare provvedimenti vincolanti, pur in una sfera (quella della programmazione e organizzazione del servizio) che appartiene alla potestà legislativa propria delle autonomie regionali.

Nonostante il silenzio della l. n. 205/2017 sul punto, si può affermare che le competenze regolatorie attribuite all’Autorità trovino un solido ancoraggio nei compiti trasversali, di competenza esclusiva dello Stato, riconducibili alla tutela della concorrenza (art. 117, c. 2, lett. e) e alla definizione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, c. 2, lett. m)<sup>12</sup>.

Tale ultima affermazione è suffragata dall’accento che la l. n. 205/2017 pone sulla riconducibilità delle funzioni dell’Autorità all’esigenza di garantire l’*omogeneità* delle condizioni di accesso, fruibilità e diffusione dei servizi dei rifiuti, secondo *adeguati* livelli di qualità.

Il dibattito dottrinario che ha interessato la norma costituzionale in materia di livelli essenziali delle prestazioni, si è soffermato sulla questione se

<sup>11</sup> Si v. Bruti Liberati E., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, cit.

<sup>12</sup> Tale interpretazione si pone oltre un indirizzo della Corte costituzionale volto a circoscrivere le norme costituzionali di riferimento a quelle riguardanti le competenze dello Stato in materia di concorrenza (art. 117, c. 2, lett. e) e di tutela dell’ambiente (art. 117, c. 2, lett. s). Si v. anche con riferimento al parallelo settore del servizio idrico, le sentenze della Corte cost. n. 272/2004; n. 246/2009; n. 325/2010; n. 187/2011; n. 62/2012; n. 32/2015.

“essenzialità” (indiscutibilmente riferibile alla prestazione pubblica più che al contenuto del diritto) sia traducibile in termini di “livello minimo” o piuttosto di “livello adeguato” alla soddisfazione dei diritti civili e sociali, nel presupposto che si tratta di un livello che, secondo la legge statale, deve essere necessariamente garantito, in ciò vincolando i legislatori (e le amministrazioni) regionali. La logica è, infatti, quella di comporre il principio di autonomia regionale (che implica una differenziazione nell’offerta dei servizi) e quello di uguaglianza, tale per cui l’intera popolazione nazionale possa accedere allo stesso servizio secondo un livello qualitativo uniforme, sia pure nei contenuti essenziali<sup>13</sup>.

Ove pure si accolga l’interpretazione volta a ricondurre l’essenzialità al contenuto “minimo”, pochi dubbi interpretativi potrebbero sollevarsi circa la riconducibilità della competenza dell’Autorità riguardo al servizio rifiuti al dettato costituzionale di cui all’art. 117, c. 2, lett. m. Proprio le peculiarità strutturali del settore del servizio dei rifiuti (così come quello idrico), enfatizzano in modo inedito, rispetto al passato, questo collegamento. Per i servizi dell’energia elettrica e del gas la questione, infatti, non si poneva in quanto veniva in evidenza una funzione regolatoria dell’Autorità indiscutibilmente statale, all’esito di processi di liberalizzazione che decretavano il venir meno delle imprese pubbliche monopolistiche, che valutavano in modo autonomo la qualità del servizio e la tutela degli utenti, sulla base degli indirizzi dell’organo politico.

Nel caso dei rifiuti (come del servizio idrico) invece, all’esigenza di introdurre un modello di razionalità economica nella gestione e di dare autonomo rilievo alla tutela degli utenti, si unisce la necessità di superare le enormi disparità nelle modalità di gestione del servizio che attualmente derivano da un assetto rimesso alla discrezionalità degli enti locali. Garantire un modello unitario di gestione che unisca efficienza ed economicità con adeguati livelli di qualità (ove pure si intendesse adeguati per “minimi”) per l’utenza, è esattamente quanto l’Autorità è chiamata ad operare, dando corpo, nel settore dei rifiuti, alle esigenze proprie della norma costituzionale in oggetto.

Le Regioni sono quindi chiamate a riconoscere questo ruolo dell’Autorità, pur in un quadro di collaborazione.

La stessa l. n. 205/2017, nell’includere tra i compiti dell’Autorità la definizione dei livelli di qualità dei servizi, espressamente aggiunge «sentite le regioni» (oltre che i gestori e le associazioni dei consumatori). Altri ambiti in cui appare difficile non ipotizzare un coinvolgimento delle Regioni sono

<sup>13</sup> Sia consentito rinviare allo scritto Rossi G., Benedetti A. (2002). La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. *Il lavoro nelle amm. pubbl.*, pp. 22 ss., per l’illustrazione della teoria in questione.

quelli della «garanzia dell'adeguamento infrastrutturale agli obiettivi imposti dalla normativa europea» e dell'emanazione di direttive per la valutazione dei costi delle singole prestazioni «anche ai fini della corretta disaggregazione per ... area geografica...».

Chiarito l'ambito della necessaria interrelazione, rimane la distinzione tra la funzione regolatoria dell'Autorità e le funzioni delle Regioni, queste ultime connotate dal carattere "politico" della lettura dei bisogni e della conformazione dei propri territori: ciò è quanto le Regioni sono chiamate a fare tramite l'individuazione degli ambiti (nei casi in cui il legislatore regionale abbia optato per questa modalità di organizzazione del servizio) e la programmazione delle attività, che orientano le funzioni degli enti di governo minori, oltre che le conseguenti funzioni di amministrazione attiva della Regione (autorizzatorie, di incentivo e simili).

Ma si tratta di una programmazione che deve necessariamente tenere conto degli obiettivi europei (eventualmente migliorandoli) e delle conseguenze economiche che derivano dalle scelte effettuate (si pensi alla correlazione tra definizione degli ambiti territoriali e integrazione orizzontale dei servizi; alla definizione dei relativi mercati e delle eventuali posizioni dominanti delle imprese che gestiscono gli impianti, e così via). Certamente le prerogative delle Regioni continuano a riflettersi nelle scelte di modelli organizzativi, per la gestione dei rifiuti, più regolati o più di mercato. Il discrimine è costituito dalla fissazione dei flussi "obbligati" per i rifiuti, da cui discende anche la regolazione tariffaria, laddove gli impianti non hanno i rischi prezzi/volumi tipici dei regimi concorrenziali.

### *c) ARERA e amministrazioni che organizzano il servizio*

Il fatto che la l. n. 205/2017 non abbia del tutto sostituito il modello regolatorio diffuso con uno accentrato, ma abbia definito le competenze dell'ARERA come "miglioramento" del sistema esistente, salvaguarda le competenze regolatorie comunali, ma al contempo implica la piena vincolatività, per i Comuni stessi, nonché per le Autorità d'ambito, delle determinazioni dell'ARERA, che (pur in assenza di una determinazione espressa) si inseriscono nelle competenze statali a salvaguardia dei livelli essenziali delle prestazioni. Sotto questo profilo è pienamente ipotizzabile l'illegittimità delle regolazioni o dei provvedimenti adottati non in conformità alle determinazioni ARERA, con la salvaguardia di uno spazio di valutazione legato allo stretto apprezzamento delle condizioni esclusivamente locali di svolgimento del servizio stesso.

Del resto l'attuale potere regolatorio dei Comuni, dai quali dipendono questioni cruciali, come l'individuazione dei confini delle attività di raccolta

rifiuti soggette a privativa o l'individuazione dei rifiuti assimilati a quelli urbani, trova anch'esso un necessario orientamento anche nel quadro delle direttive in materia di economia circolare e nel loro recepimento nazionale. Di conseguenza, l'attività dell'ARERA che si svolgerà in questo contesto sarà necessariamente vincolante e decreterà il confine di legittimità delle regolazioni comunali o di ambito.

Nessun dubbio, infine che gli Enti di governo d'ambito (e i Comuni laddove gli stessi non siano istituiti) rappresentino i destinatari diretti dell'attività dell'Autorità, nell'attività che riguarda la pianificazione di ambito dei servizi, l'affidamento degli stessi e la gestione del rapporto con l'affidatario del servizio stesso. L'Autorità, infatti, non solo approva le tariffe e i piani di ambito (concernenti l'organizzazione ultima del servizio), ma definisce i livelli di qualità dei servizi e gli schemi di contratto tipo (con atti che direttamente possono integrarne il contenuto); vigila sull'esercizio dei servizi stessi; valuta le istanze, le segnalazioni e i reclami, ponendosi come depositaria di un modello economico di servizio, ma, al tempo stesso, come ultima interprete e difensore dei diritti degli utenti.

#### **4. I confini della regolazione in relazione all'oggetto**

Nell'individuare l'oggetto della regolazione da parte di ARERA, l'art. 1, c. 527 della l. n. 205/2017, indica «il ciclo dei rifiuti, anche differenziati, urbani e assimilati», con ciò restituendo una definizione piuttosto ampia del suo ambito di intervento.

Il primo dato evidente, nell'interpretazione della norma, è che si omette la qualificazione di ciclo come «integrato».

Ciò appare significativo sotto vari aspetti, a partire dalla ulteriore connotazione dell'integrazione «in senso orizzontale» (volta cioè a promuovere l'estensione territoriale della gestione dei rifiuti), o in «in senso verticale» (nella considerazione unitaria del ciclo, dalla raccolta allo smaltimento<sup>14</sup>).

Se ne può dedurre che l'Autorità non è chiamata a occuparsi della dimensione ottimale, da un punto di vista territoriale, della gestione dei rifiuti (integrazione orizzontale); e che non è vincolata alla necessità di una regolamentazione dell'intero ciclo, potendo adottare una metodologia graduale e

<sup>14</sup> Sotto questo profilo, è significativo che il termine *integrato* venga in evidenza in tema di predisposizione del metodo tariffario «per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi che costituiscono attività di gestione», con l'evidente riferimento al perimetro della gestione, oggetto di affidamento del servizio.

differenziata, che tenga conto in modo distinto e progressivo delle varie componenti (integrazione verticale).

È di tutta evidenza che il cuore della regolazione riguardi le attività oggetto di privativa, cioè il ciclo dei rifiuti indifferenziati urbani e assimilati. Si tratta dell'ambito che comprende, a monte, le attività di raccolta, trasporto, spazzamento e, a valle, del trattamento e dell'avvio o al recupero o alla discarica. Il regime di privativa trova giustificazione, in questi casi, per la conformazione delle relative attività, caratterizzate da una condizione di monopolio o comunque di necessaria esclusività (si pensi alle diseconomie legate alla raccolta dei rifiuti in un territorio la cui popolazione è ridotta e diffusa). In questi casi l'analisi economica suggerisce che l'introduzione di una concorrenza per il mercato porterebbe a risultati del tutto insoddisfacenti, rispetto ai meccanismi della concorrenza per il mercato (quindi mantenendo il regime di privativa pubblicistica, e aprendo a forme di confronto concorrenziale nell'aggiudicazione del servizio, ove auspicabile). In tal caso appare dunque centrale la funzione regolatoria dell'Autorità, custode di una "razionalità economica" del decisore pubblico negli ambiti del servizio in privativa, opportunamente protetti da dinamiche di mercato che potrebbero mettere in discussione il raggiungimento delle finalità di interesse generale del servizio stesso.

Gli studi di settori e la stessa AGCM sottolineano, peraltro, come le norme di legge che vincolano l'organizzazione del servizio, su base regionale e di ambito, intorno ad alcuni principi quali quelli di prossimità e di autosufficienza, di fatto contribuiscono a generare condizioni di posizione dominante e di potere di mercato per i titolari degli impianti, specie in un panorama di insufficiente sviluppo della capacità impiantistica.

Sotto questo profilo, l'Autorità non può che farsi interprete delle norme comunitarie, traducendo gli obiettivi previsti (ad esempio in direzione di una progressiva riduzione dei rifiuti in discarica) attraverso gli opportuni incentivi o disincentivi in tariffa.

La stessa l. n. 205/2017 è inequivoca nell'affidare all'Autorità il compito di fissare le «tariffe di accesso agli impianti di trattamento», venendo incontro alla necessità di tutelare i gestori del servizio integrato dei rifiuti rispetto all'esercizio del potere dominante dei titolari dell'impianti. In questa direzione è rilevante l'indirizzo dell'Autorità di disincentivare (attraverso lo strumento tariffario) l'accesso in discarica, promuovendo, piuttosto l'accesso ad altre forme di trattamento, con finalità di riciclaggio e recupero dei rifiuti.

Con riferimento al ciclo dei rifiuti urbani e assimilati differenziati, la l. n. 205/2017 fa entrare nella sfera della regolamentazione dell'ARERA anche queste attività, quanto meno per le fasi della raccolta, del trasporto, del trattamento e dell'avvio al recupero. La definizione dei compiti regolatori di

ARERA con riferimento a questa sfera dell'attività non implica il mantenimento della privativa, che deve essere gradualmente ridefinita in rapporto alla necessità di sviluppare aree di mercato contigue.

Il ruolo dei ARERA quale motore propulsivo per indirizzare l'intero sistema regolatorio verso una ridefinizione dei confini della privativa risulta chiaramente tracciato dalla legge già a monte, attraverso la formulazione delle proposte relative all'estensione del regime amministrativo delle attività (inerenti all'attuale sistema integrato della gestione dei rifiuti) soggette ad autorizzazione o concessione, in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati (l. n. 205/2017, art. 1, c. 527, lett. *l*); nonché nella formulazione delle proposte di revisione della disciplina vigente (lett. *m*). A valle è significativa, in questa direzione, tutta l'attività di vigilanza sul sistema di formulazione dei piani di ambito e sull'affidamento dei servizi.

## **5. Attività regolatoria del ciclo dei rifiuti e poteri di ARERA**

Nel definire le competenze regolatorie di ARERA con riferimento al ciclo dei rifiuti, la legge 205/2017 appare estremamente scarna sotto il profilo della definizione dei poteri.

Dalla enucleazione delle funzioni dell'Autorità si evincono:

- il potere di formulare atti regolatori di carattere generale e direttive, all'esito di procedimenti aperti al confronto e al contraddittorio con i soggetti interessati;
- poteri di controllo finalizzati all'approvazione di atti formulati da Autorità d'ambito, Comuni (piani d'ambito; tariffe) e soggetti gestori di impianti (lettere *h, i*);
- poteri di vigilanza sulle modalità di erogazione dei servizi (lett. *b*);
- poteri relativi alla tutela degli utenti, all'esito della valutazione di reclami, istanze, segnalazioni (lett. *d*).

Per il resto la legge si limita a rinviare ai poteri di cui l'ARERA già dispone, «nel quadro dei principi, delle finalità e delle attribuzioni, anche di natura sanzionatoria, stabiliti dalla legge 14 novembre 1995 n. 481».

La singolarità è che anche la l. n. 481/1995 definisce gli ambiti funzionali dell'attività regolatoria dell'Autorità, soffermandosi poco a disciplinare i relativi poteri. L'art. 20 della legge, infatti, premessa la facoltà dell'Autorità di chiedere agli esercenti informazioni e documenti circa le loro attività, e riaffermato il controllo dalla stessa sui contratti di servizio e regolamenti degli esercenti stessi, disciplina in modo specifico il potere sanzionatorio dell'Autorità: ne fissa i presupposti (l'inosservanza dei propri provvedimenti, la



mancata ottemperanza alle richieste di informazioni o documentali, non veridicità dei documenti stessi); stabilisce il *range* entro il quale può essere determinato l'ammontare delle sanzioni stesse; fino alla possibilità di sospensione delle attività di impresa o di sospensione/decadenza della stessa concessione del servizio. Inoltre ordina al soggetto esercente il servizio la cessazione dei comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo l'obbligo di indennizzo; infine la possibilità, nell'ambito delle procedure di conciliazione o di arbitrato, provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità nell'erogazione del servizio o a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio.

V'è da aggiungere che un'elencazione del tutto simile di poteri è ravvisabile nel testo del d.l. n. 70/2011 (convertito dalla l. n. 106/2011) relativo alla definizione dei poteri regolatori dell'Agenzia per i servizi idrici, poi trasferiti all'Autorità (con d.l. n. 201/2011, convertito dalla l. n. 214/2011).

Complessivamente, dunque, una definizione puntuale dei poteri dell'ARERA è resa difficoltosa dal fatto che le norme di legge in materia sono assai scarse. Non è casuale che, nei settori elettrico e del gas, si sia sviluppato negli anni un nutrito contenzioso, che ha portato i giudici amministrativi a ricostruire una sorta di "statuto dei poteri" dell'Autorità, legittimando una serie di poteri impliciti, in nome di una legalità "procedurale"<sup>15</sup> che fonda la legittimità delle decisioni assunte sulla modalità di procedimenti aperti alla partecipazione di tutti i soggetti interessati.

È emblematico, sotto questo profilo, quanto affermato dal Consiglio di Stato, secondo il quale la l. n. 481/1995, istitutiva dell'Autorità, è una «legge di indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, iscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare»<sup>16</sup>. Secondo il Consiglio di Stato i poteri e le finalità dell'Autorità sono inseriti in un «programma legislativo aperto», che rinvia alla partecipazione procedimentale la definizione concordata di regole tecniche.

Si tratta di un orientamento giurisprudenziale che ha sollevato critiche nel dibattito scientifico in materia, volto ad escludere che una simile «concezione debole» del principio di legalità possa estendersi a provvedimenti regolativi di tipo ablatorio o di carattere sanzionatorio<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, secondo il quale realizza un assetto conforme alla Costituzione la legge che, con riferimento ai poteri regolatori, si limiti alla predeterminazione legale degli obiettivi propri dell'attività di regolazione e dei limiti che connotano in concreto l'esercizio di tale attività.

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987. Similmente si v. Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827.

<sup>17</sup> Si v. Pantalone P. (2018). *Autorità indipendenti e matrici della legalità*. Napoli: ES, pp. 150 ss.

Non c'è dubbio, però, che tale orientamento giurisprudenziale, nel legittimare anche l'esercizio di taluni poteri impliciti dell'Autorità, ben si sposi con quella concezione "ampia" della regolazione che ne sostiene un ruolo effettivo, pur nella essenzialità delle leggi che ne disciplinano funzioni e poteri, e pur nella complessità di un sistema di *governance* dato, qual è quello proprio del sistema relativo al ciclo dei rifiuti.