

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

-

*A Peer-reviewed, Interdisciplinary,
Open Access Journal of Environmental Law*

ANNO 2022/NUMERO 1



ISSN 2239-964X

INDICE

Table of contents

EDITORIALE

ALFREDO MOLITERNI, *Problemi e prospettive della codificazione del diritto dell'ambiente* Pag. 4

SAGGI

GIAN DOMENICO COMPORTI, *Codice dell'ambiente e responsabilità ambientale* Pag. 14

FRANCESCO DE LEONARDIS, *Codice dell'ambiente e regolazione dei rifiuti nella nuova stagione dell'economia circolare* Pag. 60

MONICA DELSIGNORE, *Codice dell'ambiente e VIA: una disciplina da ripensare?* Pag. 98

MARIA VITTORIA FERRONI, *La perdita della biodiversità, gli strumenti di tutela ed il codice dell'ambiente* Pag. 121

VERA PARISIO, *Codice dell'Ambiente e servizio idrico integrato: in attesa di riforme* Pag. 156

NOTE E COMMENTI

MASSIMILIANO ATELLI, *Concorrente interesse regionale e composizione della Commissione Via-Vas nei procedimenti statali di valutazione di impatto ambientale* Pag. 195

NICOLA COLLEO, *La tutela dell'ambiente nella società del rischio. La responsabilità per danno ambientale tra coerenza sistemica e interrogativi parzialmente irrisolti* Pag. 217

MELANIA D'ANGELOSANTE, *Il PNRR e le semplificazioni in materia di valutazioni e autorizzazioni ambientali, fra sviluppo economico sostenibile e protezione ambientale sostenibile* Pag. 253

RICCARDO STUPAZZINI, *Il governo degli incendi boschivi alla luce dei più recenti interventi normativi. Profili organizzativi e attività amministrative nelle diverse fasi di gestione dell'evento* Pag. 285

LUCIA VITULLI, *La regolazione delle zone costiere: le concessioni demaniali marittime fra concorrenza e tutela ambientale* Pag. 341

OPINIONI E SEGNALAZIONI

PAOLO DONADONI, *Antropocene e animali di affezione. Segnaletica orientativa per una bioetica degli esseri viventi* Pag. 383

FRANCESCO DE LEONARDIS, *The ecosystem services provided by soil and the importance of its protection: the essential role of organic waste* Pag. 400

MASSIMO MONTEDURO, *La tutela della vita come matrice ordinamentale della tutela dell'ambiente (in senso lato e in senso stretto)* Pag. 423

FRANCESCO DE LEONARDIS*

Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare

SOMMARIO: 1. *Il pacchetto Circular economy e il codice dell'ambiente.* – 2. *Le principali novità introdotte dal pacchetto sull'economia circolare in materia di rifiuti.* – 3. *I sistemi di Extended Producer Responsibility.* – 4. *Le norme sulla concorrenza nella parte quarta del TUA.* – 5. *Le "infrastrutture" dei rifiuti e il principio di concorrenza.* – 6. *Il ruolo di ARERA nella regolazione e le singolarità della regolazione "a due step".* – 7. *Spunti per una possibile riscrittura "circolare" della parte quarta del Codice.*

1. *Il pacchetto Circular economy e il codice dell'ambiente*

Il pacchetto *Circular economy*¹ adottato dal legislatore europeo nel 2018 composto da quattro direttive² (di cui una generale sui rifiuti e altre tre riferite a

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa, Università degli Studi di Macerata, Email: f.deleonardis@unimc.it.

¹ Il presente contributo costituisce un approfondimento di un filone di ricerca più ampio condotto dall'Autore (voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg.to, UTET, 2021, p. 161 ss.; ID., *La regolazione ambientale tra fondamenti costituzionali, standards di circolarità e sistemi di Extended Producer Responsibility*, in *Diritto amministrativo e società civile, Vol. III – Problemi e prospettive*, Bononia University Press, 2020, p. 579 ss.; ID., *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in G. ROSSI-M-MONTEDURO (a cura di), *L'ambiente per lo sviluppo, Profili giuridici ed economici*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 25 ss.); ID., *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2021, p. 779 e a tali contributi si rinvia per ulteriori e più ampi riferimenti bibliografici.

² Ci si riferisce alla direttiva n. 851/2018/UE (d'ora in poi brevemente "direttiva rifiuti"); la direttiva n. 852/2018/UE (d'ora in poi brevemente "direttiva imballaggi"); la direttiva 850/2018/UE ("direttiva discariche"); la direttiva 849/2018/UE ("direttiva veicoli, pile e RAEE") che sono accompagnate dalla Comunicazione della Commissione «L'anello mancante: un piano d'azione europeo per l'economia circolare».

particolari categorie di rifiuti³ che a loro volta modificano sei direttive⁴) e recepito dal legislatore nazionale nel 2020 con quattro decreti legislativi⁵ ha comportato una serie di modifiche rilevanti della disciplina dei rifiuti in quello che viene comunemente chiamato “codice dell’ambiente”⁶.

Nel presente contributo s’intendono individuare le principali novità che nella parte relativa ai rifiuti di tale codice possono essere ricondotte alle interazioni con l’economia circolare, analizzarle e proporre una ricostruzione sistematica.

³ In materia di rifiuti la bibliografia è assai ampia: ci si limita a richiamare nella dottrina nazionale P. DELL’ANNO, *Disciplina della materia dei rifiuti*, in P. DELL’ANNO-E.PICOZZA (diretto da) *Trattato di diritto dell’ambiente*, Cedam, Padova, 2013, vol. II, p. 161; G. BOTTINO-R. FEDERICI, *Rifiuti*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007; D. ROTTGEN, *Commento alla parte quarta*, in D. ROTTGEN-A.FARÌ (a cura di), *Codice dell’ambiente commentato*, 2021, Gruppo 24 ore, p. 139 ss. nonché si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da problema a “risorsa” nel sistema dell’economia circolare*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, V ed., Giappichelli, Torino, 2021, p. 324 ss. Nel diritto europeo cfr. ad es. I. CHEYNE, *The Definition of Waste in EC Law*, in «JEL», 2002, 1, 14, p. 61; S. KINGSTON ET AL., *European Environmental Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 489 ss.; E. FISHER-B. LANGE-E. SCOTFORD, *Environmental Law. Text, cases and materials*, 2nd ed., Oxford University Press, 2018, p. 518; J. VAN ZEBEN-A. ROWELL, *A Guide to EU Environmental Law*, University of California Press, 2021, p. 134; ; A. SAMUELS, *The Legal Concept of Waste*, in «JPL», 2010, 11, p. 1391.

⁴ Si tratta della direttiva quadro sui rifiuti 2008/98/CE; della direttiva sugli imballaggi 94/62/CE; della direttiva sulle discariche 31/1999/CE; della direttiva sui RAEE 2012/19/UE; della direttiva sui veicoli a fine vita 2000/53/CE e della direttiva sulle pile e accumulatori 2006/66/CE.

⁵ Il pacchetto *Circular economy* è stato recepito nell’ordinamento nazionale, sulla base della legge 4 ottobre 2019, n. 117 (legge di delegazione europea), con il d.lgs. 3 settembre 2019 n. 116 (che ha recepito la direttiva rifiuti e quella imballaggi); con il d.lgs. 3 settembre 2019, n. 118 (che ha recepito la direttiva 849/2018 per quel che attiene alle pile e ai RAEE); con il d.lgs. 3 settembre 2020 n. 119 (che ha recepito la direttiva 849/2018 per quel che riguarda i veicoli fuori uso) e con il d.lgs. 3 settembre 2019, n. 119 (che ha recepito la direttiva discariche).

⁶ In questa sede non ci si sofferma sulle note discussioni dottrinali se si tratti di un codice in senso formale o meno; se sia meglio far ad esso riferimento esclusivamente come testo unico o come “norme in materia ambientale” o, più in generale, se sia possibile o meno una codificazione in materia ambientale data la magmaticità e continua mutevolezza della materia. Sul punto si rinvia a F. FRACCHIA, *Codificare l’ambiente*, in M.P. CHITI-R. URSI (a cura di), *Studi sul codice dell’ambiente*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 13 ss.; A. CELOTTO, *Il codice che non c’è: il diritto ambientale tra codificazione e semplificazione*, in *Giustizia amministrativa*, 2009, p. 5 ss.; P. CERBO, *Le novità nel codice dell’ambiente*, in *Urb.app.*, 2008, p. 533 ss.; F. FONDERICO, *La “codificazione” del diritto dell’ambiente in Italia, modelli e questioni*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 2006, p. 612; F. DE LEONARDIS, *La Corte Costituzionale sul codice dell’ambiente tra moderazione e disinvoltura*, in *Riv.giur.ed.*, 2009, 7, p. 585; A. FARÌ, *Commento alla parte prima. Disposizioni comuni e principi generali*, in D.A. ROETTEGEN-A. FARÌ (a cura di), *Codice dell’ambiente commentato*, cit., p. 1 ss.

Il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 recante norme in materia ambientale (d'ora in poi brevemente richiamato come "codice dell'ambiente" o "Testo Unico Ambientale" o "TUA") dedica alla gestione dei rifiuti una sessantina di articoli contenuti nella sua parte quarta (gli artt. 177-238) a cui devono adeguarsi anche le normative regionali (art. 177, comma 7) e una quindicina di non meno importanti (e assai spesso trascurati) allegati tecnici.

Tali articoli, che possono essere raggruppati in una parte "generale" e in una parte "speciale", sono stati adottati in gran parte "a ruota" del diritto europeo nel senso che costituiscono il recepimento, spesso quasi del tutto letterale, delle direttive europee che nel tempo sono intervenute in materia di rifiuti.

Nella sua parte "generale" il codice dell'ambiente rappresenta, nella sua versione iniziale, in massima parte, il recepimento della direttiva 2006/16/CE, la cd. direttiva quadro, che aveva abrogato e sostituito le precedenti direttive generali in materia ossia la direttiva 75/442/CEE, che era stata recepita dal d.p.r. 10 settembre 1982 n. 915 e la direttiva 91/156, che era stata recepita dal d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (il cd. decreto Ronchi).

Nella sua parte "speciale" il codice dell'ambiente, nella stessa logica, recepisce le varie direttive aventi ad oggetto particolari tipologie di rifiuti come quelli di imballaggio, i rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE) etc.⁷

Le norme di tali direttive generali e speciali e di cui il codice costituisce recepimento, com'è noto, non esauriscono la disciplina dei rifiuti sia perché a livello europeo vi sono altre norme direttamente applicabili come i regolamenti o

⁷ Tra le direttive settoriali di cui il TUA costituisce recepimento nella sua parte speciale si possono citare quelle: sui rifiuti pericolosi (direttive 20 marzo 1978, n. 78/319/CEE e 12 dicembre 1991, n. 91/689/CEE); sugli imballaggi e rifiuti da imballaggio (direttiva 20 dicembre 1994, n. 1994/62/CE come integrata e modificata dalla direttiva n. 2004/12/CE e che da ultimo è stata modificata dalla direttiva 2018/852); sui rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche (direttiva 2012/19/UE; direttiva 2011/65; direttiva 2018/849); sui veicoli fuori uso (direttiva 2000/53 da ultimo modificata dalla direttiva 2018/849); sulle pile e accumulatori (direttiva 2006/66 da ultimo modificata dalla direttiva 2018/849). Nei settori speciali vi sono poi gli interventi normativi: sulle discariche (direttiva 1999/31 recepita nel d.lgs. 36/2003 e modificata dalla direttiva 2018/850); sull'incenerimento (direttiva 2000/76 recepita con d.lgs. 133/2005 e ora confluita nella direttiva 2010/75 sulle emissioni in atmosfera); sugli impianti portuali di raccolta dei rifiuti prodotti dalle navi e dai residui da carico (direttiva 2000/59 recepita con d.lgs. 182/2003); sulla gestione dei rifiuti nelle industrie estrattive (direttiva 2006/21 recepita con d.lgs. 117/2008).

altri atti⁸ sia perché vi sono norme nazionali che si collocano all'esterno del codice dell'ambiente e tra queste un gran numero di norme regionali⁹.

Si configura, come evidenziato pacificamente da quasi tutti i commentatori, un quadro estremamente frammentato e disomogeneo, frutto di interventi sovrapposti in periodi di tempo diversi e con finalità diverse¹⁰ e che vede financo la presenza di norme previste di volta in volta per risolvere particolari problemi concreti e del tutto prive di coerenza sistematica¹¹.

Il fatto che la disciplina codicistica sia andata sempre “a ruota” del diritto europeo spiega l'importanza del pacchetto *Circular economy*.

Ed infatti, a parte le modifiche del codice prodotte nei primi anni dai correttivi previsti dalla stessa legge di delega¹², dopo l'intervento di riforma del 2010 con il quale attraverso il d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205 si è provveduto a recepire nell'ordinamento nazionale la direttiva 2008/98, con l'ultimo intervento di modifica, quello avvenuto con il d.lgs. 3 settembre 2020, n. 116, si è recepita la direttiva 851/2018 che, come si è detto, costituisce l'asse portante del pacchetto *Circular economy*.

Costituendo la causa dell'ultimo grande intervento sistematico della disciplina del codice appare, quindi, del tutto evidente che il pacchetto *Circular economy* abbia influito in modo rilevante sul diritto attualmente vigente in materia di rifiuti contribuendo a rendere, lo si può anticipare sin d'ora, ancora più vere le parole di M. Stuttmann per il quale «il diritto dei rifiuti è particolarmente

⁸ Tra i vari documenti comunitari sul tema si possono segnalare per importanza il regolamento 1013/2006 sulle spedizioni transfrontaliere di rifiuti, il regolamento (CE) n. 2150/2002 relativo alle statistiche sui rifiuti che sottolinea l'importanza di avere informazioni quantitativamente e qualitativamente valide in materia e l'elenco allegato alla decisione 2000/532 che contiene il codice CER (Codice europeo dei rifiuti) con la classificazione dei vari tipi di rifiuto.

⁹ Una ricognizione ragionata di tali legislazioni regionali, anche se ormai datata, in V. CERULLI IRELLI-G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La disciplina giuridica dei rifiuti in Italia*, vol. II, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.

¹⁰ Lo evidenzia C. FELIZIANI, *I modelli di gestione dei rifiuti: un'analisi comparata*, in L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, 2018, Il Mulino, Bologna, p. 67 ss. che, nell'esaminare la genesi delle normative sui rifiuti in Italia, Francia e Gran Bretagna, ricorda come all'inizio tali normative fossero ispirate alla necessità di tutelare la salute.

¹¹ D. ROTTGEN, *Commento alla Parte Quarta*, in D.A. ROETTEGEN-A. FARÌ (a cura di), *Codice dell'ambiente commentato*, cit., p. 142.

¹² I correttivi emanati ai sensi dell'art. 1, co. 6 e 7 della l. n. 208/2006 (legge di delega) sono stati il d.lgs. 8 novembre 2006 n. 284 e, soprattutto, il d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 con il quale, peraltro, è stata inserita la parte relativa ai principi generali. Cfr. F. FRACCHIA, *Codificare l'ambiente*, cit., p. 14 ss.

appassionante perché nessuno sa esattamente che cosa significhi la parola rifiuto»¹³.

2. Le principali novità introdotte dal pacchetto sull'economia circolare in materia di rifiuti

Nell'apprestarsi ad individuare le novità introdotte dal pacchetto *Circular economy* in materia di rifiuti va premesso che si darà per scontata sia la definizione di economia circolare, sia i suoi due poli essenziali, quello del riciclo e quello della bioeconomia, sia il concetto di limite che ne costituisce il presupposto essendo essi stati approfonditi in altre sedi ¹⁴.

Ci si limita a ricordare che l'economia circolare può essere sintetizzata come una biomimesi ossia un modello di sviluppo che tenta di imitare i processi naturali in cui tutto si riutilizza e nulla si perde e che lo fa con un approccio sistemico, olistico, interdisciplinare.

Ebbene va innanzitutto chiarito che non tutte le più importanti novità in materie di rifiuti sono state prodotte dall'economia circolare: sarebbe ingeneroso non riconoscere i rilevanti passi in avanti che già in precedenza, indipendentemente dall'economia circolare, si erano fatti in materia di rifiuti.

E così il percorso di trasformazione del rifiuto da problema, da fonte di costo in risorsa, in bene di valore economico era stato già ampiamente avviato dalle direttive precedenti e, soprattutto, dalle norme sui sottoprodotti e sull'*end of waste* della direttiva 2008/98¹⁵.

E, dunque, da questo punto di vista, il pacchetto economia circolare si è limitato a cristallizzare un processo avviato ormai da anni per il quale, almeno

¹³ M. STUTTMANN, *Der Rechtsbegriff "Abfall"*, in *NVwZ*, 2006, p. 461.

¹⁴ Si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, voce *Economia circolare (diritto pubblico)*, cit.

¹⁵ Cfr. sul punto E. SCOTFORD, *Trash or Treasure: Policy Tensions in EC Waste Regulation*, in *Journal of Environmental Law*, 2007, 19(3), p. 267.

per una grande parte di rifiuti, essi non venivano più considerati solo come una fonte di costi¹⁶ ma anche di entrate¹⁷.

La vera novità sta soprattutto nel fatto che il pacchetto *Circular economy* ha creato un “quadro di contesto” in cui la disciplina dei rifiuti viene ad essere inserita: come a voler indirizzare lo sguardo dell’interprete più in alto rispetto ai meri istituti che compongono la disciplina dei rifiuti stessi.

E da questo punto di vista, come si è scritto in altra sede, è vero che il pacchetto *Circular economy* si riferisce in via prioritaria ai rifiuti ma in essi sicuramente non si esaurisce.

Ma, procedendo con ordine, si può ora passare ad un’analisi di tipo letterale della parte dedicata alla disciplina dei rifiuti contenuta nel codice dell’ambiente.

Nelle norme sui rifiuti vigenti a seguito delle modifiche apportate nel 2020 con il richiamato d.lgs. n. 116/2020, sono riscontrabili ben sei riferimenti espliciti al concetto di economia circolare.

Il primo riferimento è contenuto in una norma di carattere generale e programmatico, l’art. 177 TUA: il fatto che sia stato inserito dal legislatore il riferimento al «passaggio a un’economia circolare» proprio nell’articolo con cui si apre la parte quarta e che contiene le norme di principio appare sottolineare il peso fondamentale che il concetto di economia circolare ormai possiede nella rilettura dell’intera disciplina dei rifiuti.

Il secondo riferimento si trova nella norma sugli obiettivi di riciclaggio, l’art. 181 TUA: l’articolo lega il conseguimento di tali obiettivi alla transizione «verso un’economia circolare con un altro livello di efficienza delle risorse». Si tratta di un’altra norma fondamentale che esprime il passaggio dal piano della programmaticità a quello del conseguimento degli obiettivi a scadenze temporali predeterminate.

¹⁶ Così, ad esempio, per i rifiuti urbani il primo modello storicamente affermato è quello in cui tutti i rifiuti venivano raccolti e gestiti in modo indifferenziato e in cui i costi di raccolta e smaltimento venivano posti a carico della collettività attraverso la cd. tassa rifiuti. In questo modello i rifiuti erano soltanto e sempre “produttori” di costi e il problema era semmai quello di individuare i soggetti su cui allocare tali costi.

¹⁷ Già prima del 2018 si era passati ad un secondo modello più sofisticato in cui, soprattutto per alcune categorie di rifiuti, oltre ai costi di raccolta e di smaltimento, a cui si aggiungevano peraltro quelli di selezione, si sono finalmente iniziate a registrare anche entrate (ad es. i proventi delle aste per la vendita di plastica) per la vendita dei materiali recuperati a seguito del processo di selezione e pronte per il processo di trattamento/riciclo che li trasforma in materie prime di seconda generazione (si pensi, ad esempio, al Pet riciclato o R-Pet).

Il terzo riferimento letterale è contenuto nella norma sul programma nazionale di gestione dei rifiuti, l'art. 198 *bis* TUA¹⁸: tale norma individua i contenuti del programma nazionale per la gestione dei rifiuti (PNGR) che si pone come uno dei pilastri attuativi e strategici della Strategia Nazionale per l'economia circolare¹⁹ assieme al Programma nazionale di prevenzione dei rifiuti di cui all'art. 180 TUA e che richiama il concetto di economia circolare a proposito dell'individuazione di flussi omogenei di rifiuti funzionali e strategici per l'economia circolare e di misure che ne possano promuovere ulteriormente il loro riciclo.

Gli altri riferimenti si trovano nella parte generale sui rifiuti di imballaggio²⁰: nella norma sul principio di gestione degli imballaggi; in quella sui sistemi di restituzione e, infine, in quella generale sui sistemi di EPR²¹.

In queste sei norme che citano l'economia circolare, a parte l'art. 177 TUA che ha carattere programmatico, si evidenzia una prima grande novità costituita dal passaggio dal concetto di raccolta differenziata a quello di riciclaggio e, quindi, dallo strumento all'obiettivo.

Le norme sugli obiettivi di riciclaggio, l'art. 181 TUA e il relativo allegato E, sono chiare, immediatamente precettive e costituiscono ormai il centro focale della normativa: l'aver fissato per i rifiuti urbani la percentuale del 65% di

¹⁸ Il PNGR è stato inserito nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) come una delle riforme principali della missione sull'economia circolare (M2C1). Si tratta di una riforma che deve accompagnare le due linee di intervento del PNRR sull'economia circolare (una da 1,5 miliardi e una 600 milioni). Ha un orizzonte temporale di sei anni (2022-2028) e costituirà la base perché le Regioni e le Province autonome approvino i rispettivi Piani di gestione dei rifiuti (PRGR) entro 18 mesi. La proposta di PNGR è stata trasmessa per la consultazione pubblica nel mese di marzo 2022 e la consultazione si è chiusa a fine aprile.

¹⁹ Nel 2017 venne pubblicato il documento *Verso un modello di economia circolare per l'Italia. Documento di inquadramento e di posizionamento strategico* e nel 2020 si è deciso di aggiornarlo a seguito dell'approvazione in Europa del nuovo piano di azione per l'economia circolare (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare. Per un'Europa più pulita e più competitiva*, Bruxelles, 11 marzo 2020, COM(2020) 98 final). Nel settembre 2021 è stata messa in consultazione la proposta di *Strategia Nazionale per l'economia circolare* che deve essere approvata entro il giugno 2022.

²⁰ In generale in materia di imballaggi S. R. CERRUTO, *La disciplina giuridica degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc. 1, 2009, p. 79; R. LOMBARDI, *La natura giuridica dell'imballaggio terziario rotto: rifiuto o sottoprodotto?*, in *Nuove autonomie*, 2016, p. 1 ss.

²¹ Si tratta rispettivamente degli artt. 219, 219 *bis* e 237 TUA.

riciclaggio entro il 2035 passando per tappe intermedie²² e per i rifiuti di imballaggio quella del 70% di riciclaggio entro il 2030²³ segna il definitivo passaggio da una gestione nella quale campeggiava la raccolta differenziata ad un sistema in cui il ruolo principale è giocato dal riciclaggio.

Il *focus* non è tanto sul «raccolgere in modo differenziato» come avveniva in passato che appare solo come il primo e indispensabile passaggio e come uno strumento (sarebbe, del resto, del tutto inutile una raccolta differenziata i cui flussi di *output* non fossero adeguatamente valorizzati) ma sul far sì che ciò che è stato raccolto ritorni a nuova vita come materia prima di risulta o, come anche si può dire, come materia di seconda vita.

La “precettività” di tali norme sugli obiettivi è provata, se ce ne fosse bisogno, anche dal potenziamento delle regole sul calcolo degli obiettivi di riciclaggio contenute nell’art. 205 *bis* TUA²⁴.

Una seconda grande novità introdotta nella parte rifiuti dal recepimento del pacchetto *Circular economy*, anche se tale concetto non viene richiamato espressamente nella norma, è quella riferibile al «programma nazionale di prevenzione dei rifiuti» contenuta nell’art 180 TUA²⁵.

Tale articolo ha, infatti, ad oggetto proprio quella attività di prevenzione e di eco-progettazione che costituisce il cuore del modello di economia circolare e che appare, operativamente, come la più difficile da realizzare tra le varie sfide che il pacchetto *Circular Economy* propone.

I contenuti del programma previsto in tale norma, che è stata sostituita a seguito del recepimento del pacchetto sull’economia circolare, si possono sintetizzare nella promozione e nel sostegno di modelli di produzione e di consumo sostenibili attraverso l’ecoprogettazione o l’ecodesign.

²² L’art. 181 TUA impone il raggiungimento dell’obiettivo del riciclaggio dei rifiuti urbani al 55% nel 2025 e al 60% nel 2030.

²³ Gli obiettivi di riciclaggio dei vari materiali d’imballaggio sono stabiliti dall’allegato E alla parte quarta.

²⁴ Anche questa norma recepisce il diritto europeo e segnatamente la decisione di esecuzione 2019/1004 della Commissione del 7 giugno 2019 che stabilisce le regole puntuali per il calcolo, la verifica e la comunicazione dei dati sui rifiuti a norma della direttiva 2008/98/CE.

²⁵ Il primo programma di prevenzione dei rifiuti (PNPR), adottato con decreto direttoriale del 7 ottobre 2013 è in corso di aggiornamento e revisione da parte del MITE proprio alla luce delle modifiche intervenute con l’entrata in vigore del *Circular Economy Package*. A novembre 2020 è stato istituito un tavolo interistituzionale per la definizione delle diverse misure di prevenzione dei rifiuti. Le Regioni sono tenute ad adottare i rispettivi Programmi regionali di Prevenzione dei rifiuti (PRPR).

L'approccio è, potremmo dire, innanzitutto culturale e riguarda in primis la progettazione: si tratta di inserire fin dall'inizio, nella fase in cui si prepara la realizzazione di un prodotto, il fattore sostenibilità, si tratta di pensare "blu" non solo per risolvere il problema della gestione del fine vita del prodotto ma fin da quando si progetta ciò che deve essere realizzato, si tratta di "creare un prodotto" in un quadro mentale in cui la tutela dell'ambiente è presente fin dall'inizio ed anzi, si potrebbe dire, costituisce la causa stessa della progettazione²⁶.

In una prospettiva ancora più ampia della progettazione stessa del singolo prodotto, occorre pensare un sistema di produzione, di ricerca, di innovazione che sostenga il passaggio a tale nuovo materiale e che viene a configurarsi come una spinta alla vera e propria rigenerazione territoriale²⁷.

Una terza novità riconducibile al pacchetto economia circolare può considerarsi la particolare attenzione per il mondo dell'organico (la cd. bioeconomia): per la prima volta, in recepimento della direttiva 851/2018 viene previsto, dall'art. 182 *ter* TUA, l'obbligo di raccolta differenziata su tutto il territorio nazionale del rifiuto organico²⁸ e di tali rifiuti organici, che costituiscono circa il 40% dei rifiuti urbani e che sono stati definiti in altra occasione come la cenerentola dei rifiuti, si prevede una nuova definizione (che innova rispetto a quella del 2008)²⁹.

In relazione al rifiuto organico si prevede, poi, l'obbligo di sottoposizione ad un riciclaggio inteso ad assicurare un livello elevato di protezione ambientale nonché rifiuti in uscita che soddisfino le pertinenti norme di qualità³⁰ e l'adempimento di tali obblighi viene considerato di rilievo tale da imporre l'obbligo di una relazione degli Stati membri sui rifiuti urbani e i rifiuti organici, compresa la copertura materiale e territoriale della raccolta differenziata³¹.

²⁶ Quando si progetta, ad esempio, un nuovo imballaggio occorre chiedersi: considerate le risorse disponibili in un determinato territorio, considerato il sistema di raccolta, considerato il sistema di trattamento, considerate le abitudini dei consumatori, considerati gli aspetti tecnici, considerato l'uso che se ne vuole fare, quale sia l'imballaggio più sostenibile, quello che crea minori pressioni sull'ambiente o che addirittura contribuisca a rigenerarlo e con quali materiali tale imballaggio deve essere realizzato.

²⁷ C. BASTIOLI, *Bioeconomia per la rigenerazione territoriale*, Dissertazione per il conferimento del Dottorato di ricerca *ad honorem* in Ingegneria Civile, Chimica, Ambientale e dei Materiali presso Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, 27 maggio 2019.

²⁸ Considerando 41 e art. 22 direttiva rifiuti e art. 182 *ter* co. 2 TUA.

²⁹ Art. 3 punto 4 direttiva rifiuti.

³⁰ Considerando 57 direttiva rifiuti.

³¹ Art. 10 direttiva rifiuti.

Infine, la corretta gestione del rifiuto organico, in coerenza con l'obiettivo 12 dell'Agenda 2030³², è collegata anche con l'introduzione di una definizione di rifiuto alimentare³³ e con l'obbligo di riduzione dei rifiuti alimentari³⁴.

L'ultima grande novità introdotta dal recepimento del pacchetto economia circolare è il riferimento alla tutela della concorrenza³⁵ in relazione ai sistemi di *Extended producer responsibility*.

Trattandosi di aspetto assai rilevante lo si tratterà in modo separato.

3. I sistemi di Extended Producer Responsibility

I sistemi di *Extended Producer Responsibility* (EPR) vengono chiamati in vari modi «sistemi di *compliance* all'EPR»³⁶; «EPR *scheme*» o «sistemi di EPR»³⁷ e sono stati definiti dall'OCSE, già nel 2001, come «*an environmental*

³² Relativo a garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo parte dalla considerazione che ogni anno, circa un terzo del cibo prodotto finisce nella spazzatura oppure va a male a causa di trasporti o pratiche agricole inadeguate.

³³ Art. 3 punto 4 *bis* direttiva rifiuti.

³⁴ Considerando 31 direttiva rifiuti.

³⁵ Sarebbe impossibile riportare la sconfinata letteratura sui rapporti tra concorrenza e diritto amministrativo: ci si limita a richiamare alcuni recenti manuali di diritto pubblico dell'economia (E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2014; S. CASSESE (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2012; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2016); alcuni manuali di diritto della concorrenza come quello di G. LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Cedam, Padova, 2014 e di M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014; alcune voci enciclopediche (M. D'ALBERTI, voce *Concorrenza*, in S. CASSESE (diretto da), in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, II, 2006, 1140ss; A. LALLI, voce *Concorrenza. Disciplina pubblicistica*, in www.treccani.it; M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *End. dir. Annali*, Milano, 2010, III, 191ss.; M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, V, 373) e alcuni lavori monografici (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo della disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007; A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2008; B. SPAMPINATO, *Contributo allo studio del principio di "promozione" della concorrenza nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2018).

³⁶ In tal senso AGCM, IC 49 all.13.

³⁷ In generale in materia di responsabilità estesa del produttore v. P. DELL'ANNO, *Disciplina della gestione dei rifiuti*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit.; S. BENVENUTI, *Raccolta, Gestione e Smaltimento dei rifiuti in Italia. La complessità del quadro normativo e del riparto delle competenze*, in G.C. FERONI (a cura di), *Produzione, Gestione, Smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra Diritto, Tecnologia, Politica*, Giappichelli, Torino, 2014; G. GARZIA, *La responsabilità e i costi della gestione dei rifiuti. La responsabilità*

policy approach in which a producer's responsibility for a product is extended to the post-consumer stage of a product's life cycle» e in particolare come «a policy approach under which producers are given a significant responsibility – financial and/or physical – for the treatment or disposal of post-consumer products. Assigning such responsibility could in principle provide incentives to prevent wastes at the source, promote product design for the environment and support the achievement of public recycling and materials management goals»³⁸.

I sistemi di EPR esistono da tempo e in settori speciali (si pensi ad esempio al settore degli imballaggi³⁹ o ad altri casi specifici⁴⁰): non possono quindi ritenersi una novità introdotta dal pacchetto *Circular economy* del 2018.

Il merito del pacchetto *Circular economy* è semmai, ancora una volta, quello di inserirli all'interno di un contesto e, soprattutto, di considerarli tra gli strumenti più rilevanti per conseguire gli obiettivi di tutela ambientale.

Ma procediamo partendo dalla fine: è chiaro ormai, lo prevedono l'obiettivo 12 dell'Agenda 2030 e il *Green Deal*, che per tutelare l'ambiente occorre, tra le altre cose, «garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo» e tale programmazione in senso verde (o blu) che dir si voglia, viene

estesa del produttore, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti*, Ipsoa, Milano, 2011; A. SCARCELLA, *Il Decreto di Recepimento della Direttiva-Quadro Sui Rifiuti (2008/98/Ce) tra Modifiche, Abrogazioni E Novità*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 4, p. 1302B; M. CHILOSI, *Quali profili di responsabilità per il produttore del bene lungo la filiera di gestione?*, in *Ambiente&Sicurezza*, n. 2 del 8 febbraio 2011; FONDAZIONE PER LO SVILUPPO SOSTENIBILIE-FISE UNIRE (a cura di), *La Responsabilità estesa del Produttore*, in FONDAZIONE PER LO SVILUPPO SOSTENIBILIE-FISE UNIRE (a cura di), *L'Italia del Riciclo 2015*.

³⁸ OECD, *Extended Producer Responsibility: A Guidance Manual for Governments*, Paris, March 2001, p. 164, richiamato nel documento *Development of Guidance on Extended Producer Responsibility (EPR), FINAL REPORT, European Commission – DG Environment 2014*.

³⁹ Una delle prime norme che menziona l'EPR a livello di diritto europeo è l'art. 4 della direttiva 1994/62 in materia di imballaggi che li inserisce nelle misure di prevenzione atte a prevenire la produzione di rifiuti di imballaggio. Nell'ordinamento nazionale tale norma è stata recepita dal decreto n. 22/1997 cd. decreto Ronchi (artt. 223 e 224 TUA).

⁴⁰ Si pensi al fatto che già prima del pacchetto *Circular Economy* esistevano numerosi sistemi di EPR riferiti al settore dei pneumatici (art. 228 TUA); agli olii minerali (si pensi al CONOU operativo dal 1984 e disciplinato dall'art. 236 TUA); agli olii vegetali (si pensi al CONOE operativo dal 1998 e disciplinato dall'art. 233 TUA); ai rifiuti da apparecchiature elettriche ed elettroniche (che vedono la presenza ad oggi di circa una quindicina di sistemi collettivi oltre a qualche sistema individuale); ai beni in polietilene (dei quali si occupa il sistema Polieco di cui all'art. 234 TUA); ai veicoli fuori uso di cui alla direttiva 2000/53 etc.

oggi ulteriormente rafforzata dalla modifica costituzionale dell'art. 41 Cost.⁴¹ che cristallizza una vera e propria modifica della Costituzione economica del nostro Paese.

Proprio al fine di «incoraggiare le imprese ad adottare pratiche sostenibili»⁴² il pacchetto *Circular Economy* (in particolare l'Annex IV bis della direttiva 851/2018 recepito dall'allegato L-ter della parte IV del codice dell'ambiente) cita i sistemi di EPA tra gli strumenti economici⁴³ attraverso i quali si può indirizzare in senso sostenibile l'attività economica privata (assieme agli strumenti più tradizionali di *command and control*⁴⁴).

⁴¹ Di recente, la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 ha modificato gli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente. Il testo vigente dell'art. 41 Cost. risultante dalle modifiche è il seguente: «1. L'iniziativa economica privata è libera. 2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alle libertà, alla dignità umana, alla salute, all'ambiente. 3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». Sul punto si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Apertacotrada*, 2022, e alla dottrina ivi citata. Cfr. anche M. CECCHETTI, *Virtù e limiti degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e salute*, 2022, 1; L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di nuovi equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *Federalismi.it*, n. 4/2022, p. 188 ss.

⁴² Punto 12.6 dell'obiettivo 12 della Risoluzione adottata dall'Assemblea Generali dell'Organizzazione delle Nazioni Unite «Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile».

⁴³ Tra di essi vi sono ancor prima la famiglia degli incentivi che comprende innanzitutto quelli fiscali (sono sotto gli occhi di tutti i vari tipi di *bonus* per la riqualificazione energetica che trovano la loro fonte primaria) ma anche quelli non fiscali (come quelli previsti dalla direttiva RED II che prevede il meccanismo del *double counting* per l'utilizzo di alcuni tipi di materiali particolarmente virtuosi). Vi è poi la famiglia delle tasse ecologiche o imposte correttive volte a scoraggiare certe attività indirizzando il mercato verso altre. Vi sono ancora i marchi e le etichette ecologiche. Vi sono gli appalti verdi.

⁴⁴ Si noti che il pacchetto *Circular economy* trascurava di considerare nell'elencazione degli strumenti attraverso i quali si può realizzare tale programmazione industriale alcuni strumenti di tipo tradizionale, che forse per la loro importanza sono da considerare impliciti. Ci si riferisce alle misure di messa al bando e i divieti che costituiscono strumenti tradizionali di *command and control*, che Calabresi definirebbe misure di prevenzione specifica. Attraverso tali misure l'effetto di orientamento della produzione si ottiene sbarrando le strade alternative (ad es. vietando il DDT, l'amianto o le buste per la spesa in plastica tradizionale si orienta inevitabilmente il mercato nella direzione di prodotti più sostenibili; vietando la caccia o la pesca di determinate specie si preserva la biodiversità. Si pensi anche al recepimento della direttiva sulla plastica monouso il cui art. 5 contiene stringenti divieti per la commercializzazione di vari tipi di prodotti). Il vantaggio di queste misure è la rapidità con cui si consegue l'effetto, lo svantaggio è che spesso occorre tempo per definire gli standard tecnici dei prodotti ammissibili e che potrebbero essere ritenute incompatibili con la libertà di circolazione delle merci.

Nel consacrare il nuovo approccio che vede un sempre maggior uso degli strumenti di mercato per ottenere una tutela dell'ambiente che gli strumenti di *command and control* da soli non riescono a garantire se non altro per la loro rigidità e il loro carattere accentrato⁴⁵, la disciplina di tali sistemi di EPR che, come si è visto, era risalente e riferita soprattutto a settori particolari, viene completata e resa più cogente e omogenea rispetto al passato⁴⁶.

All'EPR, considerata un «elemento essenziale per la buona gestione dei rifiuti», si riferiscono numerosi considerando sia della direttiva rifiuti⁴⁷ che di quella imballaggi e i suoi contenuti essenziali vengono disciplinati dagli artt. 8 e 8 *bis* della direttiva generale sui rifiuti (2008/98) come modificata appunto dalla direttiva n. 851/2018⁴⁸ e recepiti nell'ordinamento nazionale dagli artt. 178 *bis* e 178 *ter* TUA.

L'EPR nasce dalla considerazione per cui chiunque produce o immette al consumo un qualsiasi bene, sta inserendo nel torrente circolatorio del mercato e della società civile un qualcosa che, alla fine della sua esistenza (nel suo fine vita come si suol dire tecnicamente), inevitabilmente costituirà un fattore di pressione sull'ambiente che potrà essere più o meno forte a seconda delle caratteristiche del bene prodotto e immesso in commercio⁴⁹.

Da una parte, infatti, vi sono beni durevoli, riparabili, riutilizzabili e riciclabili che esercitano una pressione minore sull'ambiente perché tendono a non trasformarsi in rifiuti o a trasformarsi in rifiuti solo in minima parte (e solo dopo molto tempo) e comunque sono riciclati una volta divenuti rifiuti e, dall'altra, vi sono, invece, beni non riparabili, riutilizzabili o riciclabili che

⁴⁵ In generale sui rapporti tra ambiente e mercato M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato e tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 192 ss. che richiama il libro verde «sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi» del 28 marzo 2007 COM(2007) 140 def e la comunicazione «Green Deal europeo» dell'11 dicembre 2019 COM(2019); ID., *Analisi economica del diritto e ambiente*, in *Dir. economia*, 2020, p. 162 ss. V. anche M. CLARICH, *La Tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.* 2007, n. 1; M. CAFAGNO-F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO-E.PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁴⁶ Ed infatti l'ultimo importante intervento di regolamentazione degli EPR era stato quello della direttiva rifiuti 2008/98 che è stata appunto modificata dalla direttiva rifiuti 851/2018 e recepita nel nostro Paese dal d.lgs. n. 116/2020.

⁴⁷ Considerando 9, 14, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 50 dir. rifiuti.

⁴⁸ Vedi anche gli artt. 3, punto 21 e 14 dir. rifiuti.

⁴⁹ Cfr. OECD, *Extended producer Responsibility: a Guidance Manual for Governments*, 2001.

trasformandosi subito in rifiuti e non venendo riciclati esercitano una forte impronta sull'ambiente.

L'idea che sta alla base dell'istituto dell'EPR è quella per cui chi produce qualcosa deve occuparsi non solo di immetterla in commercio ma anche del suo fine vita e dei relativi costi.

L'EPR funziona, quindi, come uno strumento di conformazione dell'attività economica d'impresa dal momento che qualora i costi di fine di vita di un determinato prodotto siano alti e non compensati da ricavi per la vendita di materia di seconda generazione si avrà un "EPR fee" particolarmente alto mentre quando i prodotti siano riciclabili e quindi con costi di fine vita bassi e compensati da alti ricavi per la vendita di materia di seconda generazione si avrà un "EPR fee" basso.

L'"EPR fee" basso favorirà i produttori di beni riciclabili di quelli potremmo dire più verdi, viceversa l'"EPR fee" alto scoraggerà la produzione di beni meno riciclabili e più inquinanti.

Si realizza in tale modo un "indirizzo" del mercato non attraverso misure di divieto o messa al bando di prodotti succedanei, non attraverso misure fiscali (tasse) di carattere pubblicistico di disincentivo o altri strumenti di diversa natura ma, invece, attraverso un meccanismo privatistico di tipo economico⁵⁰ che, come si è detto, si limita a mettere a carico del produttore i costi del fine vita in linea con il generale principio di internalizzazione della variabile ambientale nei processi di scambio⁵¹.

Per ottenere il risultato di orientare il mercato verso prodotti verdi il legislatore ha, quindi, reso il produttore del prodotto "responsabile" (*respondeo*=rispondere) non solo dei costi iniziali della produzione del prodotto ma anche dei costi che devono essere sostenuti nella fase finale della vita di un prodotto (il suo fine vita)⁵² quella, appunto, in cui il prodotto esercita la sua pressione sull'ambiente.

Il produttore del prodotto non riciclabile costretto a spendere di più per il fine vita del suo prodotto di un omologo riutilizzabile o riciclabile (dal

⁵⁰ Cfr. sul riconoscimento della natura privata dei sistemi di EPR nazionali inseriti nel sistema CONAI Cons. Stato, VI, 24 settembre 2015, n. 4475.

⁵¹ M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, cit., p. 195.

⁵² Per questo si parla di responsabilità "estesa" del produttore perché questa si estende non solo alla vita del prodotto in quanto tale ma anche alla fase finale della sua vita ed esiste in capo al produttore già prima che il bene divenga un rifiuto (cfr. considerando 14 direttiva 85/1/2018).

trattamento finale del prodotto riciclabile si ottiene, infatti, un'entrata economica perché la materia prima seconda potrà essere rivenduta sul mercato) sarà inevitabilmente indotto ad orientarsi su un prodotto riciclabile e così, senza utilizzare strumenti di tipo pubblicistico, si otterrà, si potrebbe dire automaticamente, una migliore tutela dell'ambiente.

In sintesi avendo internalizzato i costi del fine vita, si rende la produzione di un prodotto riciclabile economicamente più vantaggiosa di quella di un prodotto non riciclabile ed inquinante: mentre la gestione del fine vita di un prodotto non riciclabile comporta solo costi (per esempio quelli di raccolta, di selezione e di smaltimento di un prodotto trasformatosi in rifiuto), per quello riciclabile, oltre ad evitare il costo di smaltimento, vi saranno anche una serie di ricavi derivanti dalla vendita del materiale riciclato (e questi, unitamente alla riduzione del costo di smaltimento, andranno a compensare i precedenti costi con il risultato finale di un costo finale complessivo più basso).

L'addebito del costo del fine vita al produttore risponde, dunque, innanzitutto, ad una prima finalità fondamentale che è quella di favorire prodotti circolari e di scoraggiare quelli non circolari⁵³: internalizzando i costi del fine vita del prodotto i produttori vengono incentivati a sviluppare modelli di impresa intelligenti e a tenere conto della gerarchia dei rifiuti durante la progettazione dei loro prodotti⁵⁴.

Vi è poi un secondo effetto dell'EPR, indiretto, che consiste nello scaricare dalla fiscalità generale il costo del fine vita (costi di raccolta, di selezione, di smaltimento etc.) che tradizionalmente e storicamente era da essa sostenuto: in tal modo oltre a tutelare l'ambiente si tenta di diminuire sui cittadini la pressione fiscale (evitando alla collettività di sostenere i costi dello smaltimento in discarica o di incenerimento dei prodotti non riciclabili).

La normativa europea non ha imposto la creazione di sistemi di EPR per ogni tipo di prodotto (ci si azzarda a prevedere che forse questo sarà quello che ci riserva il futuro): ha previsto in generale l'obbligo di introdurre modelli di EPR

⁵³ Cfr. ad esempio l'art. 5 della dir. 904/2019/UE (c.d. Single Use Plastic) che vieta le immissioni di alcuni prodotti di plastica monouso e dei prodotti in plastica oxodegradabile e gli artt. 226 *bis* e 226 *ter* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 relativi ai divieti di commercializzazione di borse di plastica e in materiale ultraleggero.

⁵⁴ Sul punto A. FARÌ, *I modelli di attuazione della responsabilità estesa in Europa e in Italia*, in D. BONATO (a cura di), *Guida strategica alla progettazione dei sistemi di EPR, I quaderni di economia circolare.com*, 2021, p. 72.

con riferimento ad alcune tipologie di beni⁵⁵ e ha lasciato per tutti gli altri beni la mera facoltà di introdurli⁵⁶ prevedendo in ogni caso che, se introdotti, anche gli EPR “facoltativi” debbano rispondere a certi requisiti minimi di funzionamento⁵⁷.

Come si diceva la grande novità è rappresentata dalla combinazione tra sistema di EPR e tutela della concorrenza⁵⁸: come era stato esattamente rilevato dall’Autorità Garante della Concorrenza nel 2016⁵⁹ in un mercato libero il produttore che vende un prodotto sostenibile verrà premiato dai consumatori per il suo prezzo più basso e in tal modo la concorrenza stessa tra sistemi di EPR sarà il motore che spinge verso prodotti sempre più sostenibili premiando il sistema di EPR che più contribuisce alla tutela dell’ambiente.

Il tema non è solo quello di disincentivare i prodotti meno sostenibili ma quello di mettere in concorrenza quelli più sostenibili perché il meccanismo della concorrenza spinga gli operatori a innovare i modelli di produzione e di avvio a riciclo in modo sempre più rispettoso della tutela dell’ambiente ed efficiente.

E non è certo un caso che negli ultimi anni, a partire dalla indagine conoscitiva IC 49, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sia intervenuta a più riprese in materia con riferimento a sistemi di EPR operanti nel

⁵⁵ L’obbligo di istituzione dei sistemi di EPR è stato previsto per veicoli fuori uso, pile e accumulatori, apparecchiature elettriche ed elettroniche ed imballaggi.

⁵⁶ Nell’ordinamento nazionale sono stati previsti, ad esempio, sistemi di EPR anche per pneumatici, farmaci, olii usati, carta grafica e film in polietilene usati in agricoltura: cfr. A. FARÌ, *I modelli di attuazione della responsabilità estesa in Europa e in Italia*, in D. BONATO (a cura di), *Guida strategica alla progettazione dei sistemi di EPR*, cit., 74.

⁵⁷ Cfr. art. 8 *bis* direttiva 2008/98 come modificato dalla direttiva 851/2018.

⁵⁸ Il considerando 22 della direttiva 851/2018 afferma testualmente con riferimento ai requisiti minimi dei sistemi di EPR che «tali requisiti generali minimi dovrebbero ridurre i costi e migliorare l’efficacia, così come garantire pari condizioni di concorrenza, anche per le piccole e medie imprese e le imprese del commercio elettronico, e l’assenza di ostacoli al funzionamento del mercato interno».

⁵⁹ «Lo spostamento dell’onere finanziario della gestione dei rifiuti da imballaggio sui produttori conduce ad includere lo stesso nella loro funzione di costo, e di conseguenza anche nel prezzo finale degli imballaggi (nonché dei beni imballati). È evidente, dunque, che l’ammontare dell’onere ambientale, al pari delle altre componenti di costo, influisce sulla competitività dei produttori nel mercato della produzione e della vendita di imballaggi. La minimizzazione di tale componente, infatti, aumenta la capacità competitiva di un’impresa poiché le consente di praticare prezzi inferiori ai consumatori. (...) Per questo motivo un produttore può cercare di far leva su una produzione più eco-compatibile per vincere il gioco della concorrenza sul mercato della produzione e della vendita degli imballaggi»: AGCM, IC 49, cit., parr. 588 e 589.

settore degli imballaggi, delle batterie esauste⁶⁰ e le sue determinazioni siano state confermate da un'ampia giurisprudenza amministrativa⁶¹.

4. *Le norme sulla concorrenza nella parte quarta del TUA*

Una volta individuati i sistemi di EPR come uno degli strumenti essenziali per realizzare il passaggio a modelli di sviluppo sostenibile il legislatore nazionale si è occupato di definire le regole necessarie a consentire a tali sistemi di EPR di poter operare in un quadro concorrenziale.

Com'è noto, infatti, la libertà di concorrenza da sempre è stata ritenuta fondamentale al fine di garantire la realizzazione del mercato unico europeo⁶² e pian piano si è affermata anche come strumento di tutela dell'ambiente⁶³.

Così, ad esempio, la tutela dell'ambiente ha legittimato deroghe ai meccanismi concorrenziali soprattutto con riferimento alla concessione di aiuti di stato volti ad incentivare condotte ecocompatibili⁶⁴.

È sintomatico che in attuazione del pacchetto sull'economia circolare siano stati inseriti nel codice dell'ambiente una decina di importanti riferimenti

⁶⁰ C. TESAURO, *I principi dell'ordinamento europeo in materia di gestione dei rifiuti*, in *Annuario di diritto dell'energia 2018*, Il Mulino, Bologna, p. 17 ss.

⁶¹ T.A.R. Lazio, I, (ord.), 4 dicembre 2019, n. 7926; Cons. Stato, VI, (ord.), 3 febbraio 2020, n. 454; T.A.R. Lazio, I, 24 febbraio 2020, n. 8731; Cons. Stato, VI, 16 dicembre 2021, n. 8402 relative a misure cautelari adottate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a favore di sistema autonomo per contenitori per liquidi; T.A.R. Lazio, I, 22 novembre 2021, n. 11997 relativa a sanzione adottata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti di sistema di EPR per abuso di posizione dominante.

⁶² Cfr. artt. 101, 102 e 107 TFUE. In dottrina si rinvia, per un primo inquadramento, a M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014; R. ADAM – A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, III ed., 2014, p. 440; C. CAVALLARI, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Nel diritto, 2016, 266; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, 619; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 182; G. ROBERTI, *La dimensione europea della politica della concorrenza*, in *Federalismi*, 2012; M. D'Ostuni-M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia*, Giappichelli, Torino, 2021; M. REA, *Public and Private enforcement Antitrust. La tutela della concorrenza tra riforme europee e ordinamento italiano*, ed. Scientifica, Napoli, 2021; P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna 2019; M. AINIS-G. PITRUZZELLA, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, ed. G. Laterza, Bari, 2019.

⁶³ Sui rapporti tra ambiente e concorrenza cfr. ad es. L. SALVEMINI, *The European Union Emissions Trading system (ETS) e gli impianti di produzione di elettricità: la (discutibile) soluzione interpretativa della Corte di Giustizia dell'UE*, in *Federalismi*, 2021.

⁶⁴ C.G.U.E. 7 febbraio 1985, ADBHU, C-240/83, spec. Par. 12.

al principio di concorrenza⁶⁵ e che addirittura essi siano di numero maggiore (appunto una decina) rispetto a quelli relativi all'economia circolare stessa (come si è detto sono circa la metà).

Il primo riferimento alla concorrenza è significativamente contenuto nell'articolo 178 TUA che è quello sui principi: in esso si legge che tra i principi che devono regolare la gestione dei rifiuti vi è anche quello di concorrenza.

Con tale norma si potrebbe dire che la tutela della concorrenza entra a pieno titolo nel cd. codice dell'ambiente e in una posizione sistematica, l'articolo di apertura della parte IV del TUA, che già di per sé ne chiarisce il particolare rilievo.

Ma l'applicazione di tale principio viene richiamata anche dalla norma di apertura riferita alla gestione di un particolare tipo di rifiuto, quello di imballaggio (che, peraltro, rappresenta quasi la metà di tutti i rifiuti urbani): il legislatore statuisce nell'art. 217, co. 1 TUA che nella gestione di tali rifiuti si debba «assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente» e si debba altresì «garantire il funzionamento del mercato» prevenendo «l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza».

Anche nelle norme sui Consorzi che costituiscono la forma giuridica nella quale generalmente si presentano i cd. sistemi di EPR si inserisce, grazie al recepimento del pacchetto *Circular economy*, il riferimento al rispetto del principio di concorrenza e ad esso, conseguentemente, si dovrà adeguare anche lo Statuto del sistema CONAI che si potrebbe definire come il coordinatore nel campo degli imballaggi⁶⁶.

Il rispetto del principio di concorrenza, oltre che dalle norme generali sui criteri direttivi dei sistemi di gestione, viene anche richiamato dalle norme che regolano altri consorzi come il Consorzio sugli olii vegetali, il Consorzio sui beni in polietilene, il Consorzio sulle batterie esauste, il Consorzio sugli olii minerali⁶⁷.

Vi sono però altre disposizioni che, se pur non menzionano letteralmente il principio di concorrenza, ad esso sono direttamente collegate⁶⁸: è stata di recente modificata la definizione dei rifiuti urbani ampliandola fino a

⁶⁵ Come giustamente è stato rilevato “è ormai usuale nella legislazione come anche in dottrina e nella giurisprudenza parlare del principio di concorrenza come se si trattasse di un principio generale dell'ordinamento giuridico vigente”: B. SPAMPINATO, *Contributo allo studio del principio di “promozione” della concorrenza nel diritto amministrativo*, cit., 2018.

⁶⁶ Si vedano rispettivamente l'art. 233, co. 2 e co. 3 TUA e l'art. 224, co. 2 TUA.

⁶⁷ Si vedano rispettivamente gli artt. 233, 234, 235 co. 2, 236 e 237 TUA.

⁶⁸ Si tratta degli artt. 183, co. 1, lett. b-ter) e 198, co. 2 bis TUA introdotti dal d.lgs. n. 116/2020.

ricomprendere in tale categoria la nozione dei c.d. “rifiuti simili” (anche menzionati come “assimilati”) per natura e composizione a quelli domestici, e si è affermata la piena libertà delle attività economiche che producono rifiuti “simili” avviati a recupero, allo stesso modo di quanto avviene per i rifiuti urbani prodotti da utenze domestiche⁶⁹, di affidarne la raccolta e l’avvio a recupero e/o a smaltimento al di fuori della gestione del servizio pubblico⁷⁰.

In sostanza il produttore di rifiuti “assimilati”⁷¹, come già avveniva per le utenze domestiche, in base a tale norma e in attuazione del principio di concorrenza può scegliere se affidare i suoi rifiuti al sistema pubblico oppure a quello privato pur restando l’obbligo di informazione del sistema pubblico ai fini delle attività di programmazione e monitoraggio da quest’ultimo svolte.

La portata “concorrenziale” di tale norma è stata però “annacquata” da altra successiva disposizione che stabilisce la necessità di stipulare con il gestore pubblico o con l’operatore privato prescelto un accordo contrattuale con una durata minima quinquennale *ope legis*⁷².

⁶⁹ Si evidenzia che la privativa comunale è limitata esclusivamente alle attività di raccolta dei rifiuti urbani destinati allo smaltimento come prevede letteralmente l’art. 198, co. 1 TUA mentre essa non vale per le attività di raccolta di rifiuti urbani destinati al recupero o riciclaggio. Oltre alla formulazione letterale della disposizione, al riguardo, rileva la volontà del legislatore intesa in senso oggettivo come volontà della norma espressa nell’art. 21, co. 7, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 come modificato dall’art. 23, co. 1, lett. e) della l. 31 luglio 2002, n. 179. L’art. 198 TUA – come si evince dal verbo continuano – costituisce conferma di una volontà che era stata già espressa nell’art. 23 citato per cui “la privativa comunale non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati a far data dal 1 gennaio 2003”. In giurisprudenza escludono la privativa sui rifiuti avviati a recupero C. St., sez. V, 16 marzo 2005, n. 1074; C. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2795; Cass. civ., sez. tributaria, 17 febbraio 2010, n. 3721; T.A.R. Catania, sez. I, 12 giugno 2018, n. 1253; T.A.R. Brescia, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 138. Ciò ovviamente non significa che si possa provvedere alla raccolta dei rifiuti urbani avviati a recupero senza darne comunicazione ai Comuni e/o ai gestori del servizio di raccolta a cui deve essere garantito il piano monitoraggio delle attività di raccolta dei rifiuti sul territorio per il corretto esercizio di funzioni programmatiche. Cfr. sul punto T.A.R. Veneto, Venezia, II, 20 settembre 2019, n. 1012 che sottolinea la necessità di “consentire una migliore programmazione e pianificazione del servizio da parte del gestore”.

⁷⁰ L’art. 198, co. 2 *bis* TUA, come di recente modificato, stabilisce oggi che «le utenze non domestiche possono conferire al di fuori del servizio pubblico i propri rifiuti urbani previa dimostrazione di averli avviati al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l’attività di recupero».

⁷¹ Si tratta dei rifiuti indicati nell’allegato L-*quater* alla parte quarta del TUA (che sono prodotti dai soggetti indicati dall’allegato L-*quinqüies*).

⁷² Non è certo un caso che l’art. 12 del d.d.l. concorrenza (n. 2469 del 3 dicembre 2021 – Legge annuale per la concorrenza e il mercato 2021, in via di approvazione, abbia proposto la modifica dell’art. 238 co. 10 TUA ritenendola discriminatoria per i gestori privati delle attività di recupero.

5. *Le “infrastrutture” dei rifiuti e il principio di concorrenza*

La peculiare struttura del sistema di gestione del rifiuto pone l'interrogativo se ciascuna di tali fasi o alcune di esse possa essere ricondotta agli schemi della concorrenza “per il mercato” o “nel mercato” e se tali modelli funzionino secondo i canoni tradizionali oppure, data la peculiarità del settore rifiuti, possiedano caratteristiche proprie.

In generale dove, infatti, esiste una infrastruttura non duplicabile (come, ad esempio, nel caso delle reti ferroviarie, degli elettrodotti, dei gasdotti, degli acquedotti etc.) essa dovrebbe essere messa a gara (concorrenza per il mercato) e dovrebbe essere aperta all'accesso in parità di condizioni a favore di tutti gli operatori per consentire anche la concorrenza a valle dell'infrastruttura stessa⁷³.

Ecco, dunque, la genesi delle nuove norme sulle infrastrutture, introdotte nel codice a seguito del recepimento del pacchetto *Circular Economy*, in cui ritroviamo, peraltro, uno degli aspetti più interessanti e meno approfonditi della regolazione ambientale⁷⁴.

La norma attualmente prevede che per le utenze non domestiche che producono rifiuti urbani sia possibile rientrare nella gestione pubblica in ogni momento e, quindi, anche prima del decorso dei cinque anni ma non di passare alla gestione privata con la medesima facilità (una volta esercitata la scelta, l'accordo vale per un quinquennio). Le proposte del d.d.l. concorrenza vanno nella direzione di ridurre la durata minima dell'accordo a soli due anni, così superandosi l'attuale trattamento di favore della gestione da parte del titolare del servizio pubblico di gestione dei rifiuti.

⁷³ Si tratta dello schema inaugurato relativamente al servizio ferroviario dalla direttiva 91/440/CE (e confermato dalle direttive successive del 2001 e dal d.lgs. n. 188/2003) che ha introdotto nell'art. 6 la regola destinata ad essere estesa a tutti i servizi pubblici a rete, della separazione fra la gestione della rete e la gestione del servizio di trasporto ferroviario. Nello stesso senso anche il servizio elettrico che a partire dalla direttiva 92/1996/CE prevede la separazione tra gestione della rete e attività di produzione, importazione, acquisto e vendita dell'energia elettrica.

⁷⁴ Sulla regolazione ambientale i contributi sono di varia natura cfr. ad es. S. CAMPO DALL'ORTO, *Infrastrutture e ambiente in Polonia*, in D. DONINOTTI-G. SALVINI, *La Polonia dal socialismo al regime democratico e di mercato: caratteristiche e prospettive del processo di transizione*, Egea, Milano, 1995; I. MUSU, *Crescita sostenibile e Innovazione Ambientale: ruolo della regolazione e della responsabilità sociale*, in *L'Industria: rivista di economia politica*, vol. 1, 2009, p. 59 ss.; C. POZZI, *Tutela della concorrenza e regolazione ambientale. Il caso del consorzio nazionale per il recupero e il riciclo degli imballaggi di natura cellulosa*, in *Economia pubblica: mensile di studi e di informazione*, 2005, p. 87; V. BIONDI-R. ZOBOLI, *Analisi di impatto delle regolazione ambientale: metodologie, esperienze, prospettive*, Giuffrè, Milano, 2003; D. PORRINI, *Regolazione ex ante, regolazione ex post e autoregolazione: il caso ambientale*, in *Liuc Papers n. 93, Serie Etica, Diritto ed Economia* 3, Suppl. a ottobre 2001; R. ARRIGONI, *Regolazione e gestione delle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi*

Il concetto di infrastrutture in materia di rifiuti è un concetto assolutamente innovativo per la legislazione italiana: le due norme, inserite nel 2020 in recepimento del pacchetto *Circular economy*, che prevedono che il sistema dei Comuni e delle società affidatarie del servizio costituiscano “infrastrutture di raccolta” e che il sistema delle cd. piattaforme di selezione costituiscano le “infrastrutture di selezione” sono rispettivamente l’art. 219 co. 3 lett.a) TUA e l’art. 222 co. 1 lett. a).

Tali norme nazionali non fanno altro che confermare la giurisprudenza europea e le pronunce della Commissione che da tempo, rispettivamente nel 2007 e nel 2016, avevano affermato che nella gestione dei rifiuti le attrezzature non duplicabili utilizzate per l’attività di raccolta e di cernita devono essere configurate come infrastrutture sul presupposto appunto dell’impossibilità di duplicare le attrezzature di raccolta differenziata e di selezione per motivi relativi soprattutto ad economie di spazio e alla logistica dello smaltimento⁷⁵ e per garantire la concorrenza nei vari mercati⁷⁶.

costituzionali e comunitari, in convegno Varenna, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, p. 87; M. BRIGNARDELLO-M. CASANOVA, *Diritto dei trasporti. Vol. 1: Infrastrutture e accesso al mercato*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁷⁵ Così nella sentenza del Tribunale UE, Prima Sezione del 24 maggio 2007, causa T-289/01 nella quale si legge ai par. 108, 109, 110, 113: «(...) per motivi relativi soprattutto ad economie di spazio e alla logistica dello smaltimento, nonché alle tradizioni radicate di smaltimento da parte dei consumatori finali, dal punto di vista economico appare per lo più poco redditizia la possibilità di una duplicazione delle attrezzature di raccolta destinate ai consumatori (punto 160 della decisione impugnata). Ciò si comprende in quanto la duplicazione delle attrezzature di raccolta non rientra né nell’interesse delle autorità pubbliche, che concedono le omologazioni e le autorizzazioni necessarie, né nell’interesse dei consumatori, la cui cooperazione è richiesta per il successo dei sistemi con esonero, poiché sono essi che mettono gli imballaggi nel sacchetto da raccogliere, nel recipiente da svuotare o nel pertinente contenitore. Da tale punto di vista, chiedere al consumatore di riempire due o più sacchi di imballaggi in considerazione non del materiale, ma del sistema con esonero utilizzato o chiedergli di conservare nella sua abitazione due o più cassonetti da svuotare, diversi a seconda del sistema utilizzato, sarebbe controproducente ovvero addirittura incompatibile con il modo in cui si organizza la concorrenza (...). È anche in tale senso che occorre comprendere l’espressione “tradizioni radicate di smaltimento da parte dei consumatori” (punti 93 e 160 della decisione impugnata), i quali intendono contribuire al miglioramento dell’ambiente, ma nel modo che procuri loro meno inconvenienti possibili».

⁷⁶ «Allo stesso modo la moltiplicazione dei sistemi di raccolta dei sacchi o di svuotamento dei cassonetti, come la moltiplicazione dei contenitori o degli spazi destinati a consentire al consumatore di sbarazzarsi degli imballaggi nelle vicinanze del suo domicilio non è economicamente razionale essendo limitati gli spazi disponibili (punto 93 della decisione impugnata), dato che gli stessi contenitori possono servire per due o più sistemi con esonero, come accade attualmente, da un lato, per gli imballaggi di carta e cartone che rientrano nel sistema DSD

Per tale giurisprudenza europea testualmente «le *attrezzature di raccolta* (...) costituiscono una strozzatura a cui i sistemi con esonero concorrenti della DSD devono poter aver accesso per penetrare nel mercato della raccolta presso il consumatore» e «(...) l'utilizzo in comune delle attrezzature per la raccolta, *incluse le attrezzature di cernita*, delle imprese che hanno concluso un contratto con la DSD è necessaria per permettere ai sistemi con esonero concorrenti di entrare nel mercato della raccolta presso i consumatori e, di conseguenza, di operare nel mercato a monte dell'organizzazione del ritiro e del riciclaggio degli imballaggi presso i consumatori»⁷⁷.

Anche la Commissione qualche anno dopo la pronuncia tali sentenze aveva affermato l'obbligo di consentire l'accesso alle infrastrutture di raccolta differenziata⁷⁸ (tanto nel caso in cui queste siano dei Comuni, quanto nel caso in cui siano invece di proprietà di un sistema di EPR concorrente e siano non duplicabili)⁷⁹ e sanzionato il relativo abuso di posizione dominante.

Le infrastrutture non duplicabili, che a seguito del pacchetto *Circular economy* sono riconosciute esplicitamente come tali anche dalla legislazione italiana, costituiscono oggi uno dei punti nodali della regolazione in materia di rifiuti.

e, dall'altro, per la carta stampata (giornali e riviste) che rientra nell'ambito dei comuni (punto 32 della decisione impugnata)». «Alla luce di ciò, consentire alla DSD di impedire alle imprese di smaltimento di concludere e di onorare contratti con i concorrenti della DSD corrisponderebbe effettivamente a privare tali concorrenti di ogni seria possibilità di penetrare e di restare nel mercato della raccolta presso i consumatori e la Commissione può concludere legittimamente che l'utilizzo in comune è necessario per evitare qualsiasi eliminazione della concorrenza su tale mercato».

⁷⁷ Par. 118.

⁷⁸ Si veda la decisione ARA della Commissione del 20 settembre 2016 relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 TFUE e dell'articolo 54 dell'accordo SEE (caso at. 39759 — preclusione del mercato da parte di ARA) avendo commesso un'infrazione consistente nel negare l'accesso a infrastrutture indispensabili di raccolta dei rifiuti domestici al concorrente Interseroh. La decisione ha concluso che, durante il periodo dell'infrazione, l'infrastruttura di raccolta dei rifiuti domestici non poteva essere duplicata e rappresentava quindi un fattore indispensabile per entrare nel mercato dell'esenzione relativo ai rifiuti di imballaggio domestici. A causa di ostacoli di ordine giuridico, economico e pratico, era del tutto improbabile che un'impresa intenzionata ad entrare nel mercato avrebbe ricevuto un'autorizzazione dal ministero sulla base di una infrastruttura di raccolta dei rifiuti domestici duplicata.

⁷⁹ La decisione ha concluso che ARA ha quindi abusato della sua posizione dominante sul mercato dell'esenzione relativa ai rifiuti di imballaggio domestici rifiutando a potenziali concorrenti l'accesso a infrastrutture di raccolta non riproducibili e ha comminato un'ammenda ad ARA, a norma dell'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1/2003, pari a 6 015 000 di euro ridotta per il fatto che ARA stessa aveva riconosciuto l'infrazione e si era impegnata a consentire l'accesso senza attendere la conclusione del procedimento.

Se dal punto di vista della classificazione nella gestione dei rifiuti urbani non appare dubbio che debbano essere qualificate come infrastrutture quelle non duplicabili, come quelle di raccolta gestite dai Comuni (o dai soggetti affidatari del servizio o ancora dai loro subdelegati) si può invece ragionare su quelle di selezione (impianti o piattaforme che separano i diversi materiali e le diverse tipologie di rifiuti di imballaggio⁸⁰) che pur essendo dal diritto vigente considerate tali, sono in procinto di essere ricondotte alle logiche di mercato su proposta dell'AGCM.

Si tratta, in particolare, come si legge nella relazione al d.d.l. concorrenza, della tendenza ad affidare insieme alle attività di raccolta, trasporto e avvio a smaltimento delle diverse frazioni della raccolta urbana, anche le attività di recupero e riciclo di essa che, invece, vengono tipicamente svolte in regime di mercato: tale impropria attribuzione di titolarità esclusiva in capo al gestore delle suddette frazioni configura una sorta di monopolizzazione dei mercati concorrenziali a valle⁸¹.

Il tema è complesso e non è certo questa la sede per dare un giudizio su tali proposte, si dovrebbero però considerare che se il segmento del recupero e del riciclo fosse da considerarsi soggetto alle regole “di mercato”, come dispone il d.d.l. concorrenza, si dovrebbero rivedere le determinazioni di ARERA⁸² che di fatto consente alle Regioni di “ripubblicizzare” attraverso lo schema degli

⁸⁰ Secondo quanto riporta il Rapporto Ispra del 2020 (p. 183) la finalità delle operazioni di selezione è quella di garantire all'industria del riciclaggio *standard* qualitativi e quantitativi elevati, evitando di introdurre contaminanti nei flussi di riciclaggio ed assicurando livelli di sicurezza elevati nei materiali riciclati. Sul territorio nazionale esistono, ad esempio, con riferimento alla plastica, 33 centri di selezione o piattaforme di selezione (Audizione di Assosele davanti alla VIII Commissione permanente Ambiente 20 marzo 2019). Ad essi vanno aggiunti 344 centri comprensoriali (CC) che effettuano per conto dei Comuni/soggetti affidatari del servizio operazioni di pressatura e prepulizia prima del conferimento ai CSS.

⁸¹ Per tali motivi si propone la modifica dell'art. 202 TUA, relativo al servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani, inserendo due nuovi commi che attribuiscono nuovi compiti all'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA), che dovrà definire adeguati *standard* tecnici e qualitativi per lo svolgimento dell'attività di smaltimento e di recupero, procedendo alla verifica in ordine ai livelli minimi di qualità e alla copertura dei costi efficienti e dovrà 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 e la loro incidenza sui corrispettivi applicati all'utenza finale.

⁸² Ci si riferisce alla delibera 3 agosto 2021, n. 363 sul “Metodo tariffario rifiuti MTR-2” per il secondo periodo regolatorio 2022-2025.

impianti minimi⁸³ la gestione degli impianti di riciclo organico senza tener conto del principio di concorrenza.

Andrebbe indagato, poi, come possa conciliarsi l'apertura alla concorrenza dei cd. mercati a valle con il principio di prossimità nella gestione dei rifiuti sancito in varie norme del TUA⁸⁴.

In ogni caso, con riferimento alle infrastrutture "sicure" quelle di raccolta non duplicabili, lo schema logico è il seguente: da una parte vi sono gli operatori, i sistemi di EPR, sussidiari o autonomi, che devono assicurare il corretto fine vita dei prodotti che immettono al consumo sopportando i relativi costi e dovendo raggiungere precisi obiettivi di riciclo, e, dall'altra, vi sono una serie di fornitori di servizi come appunto i Comuni, che devono provvedere alla raccolta differenziata e che devono mettere la propria infrastruttura a disposizione dei sistemi di EPR in parità di condizioni per raggiungere tali obiettivi.

Si tratta di infrastrutture che presentano i caratteri della essenzialità (non sostituibilità) e condivisibilità (possibilità di utilizzo contemporaneo da parte di più operatori) e per le quali non è rilevante se siano di proprietà pubblica o privata e a cui si applicano le regole previste in generale per ogni infrastruttura e innanzitutto l'obbligo a contrarre in parità di condizioni con ogni sistema di EPR.

Si tratta di obbligo richiamato anche dall'art. 113, co. 3 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. enti locali-TUEL) sulla gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica per il quale «è in ogni caso garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi».

A tale obbligo si riferisce la cd. *essential facilities doctrine* per la quale il soggetto che controlla l'accesso al mercato a monte, ha l'obbligo di consentire

⁸³ Si ricorda che per gli impianti di chiusura del ciclo cd. minimi ossia quelli individuati come indispensabili nella misura in cui offrono capacità in un mercato con rigidità strutturali caratterizzato da un forte e stabile eccesso di domanda e da un limitato numero di operatori, si prevede un regime amministrativo a tariffa regolata mentre per quelli aggiuntivi un regime di pieno mercato

⁸⁴ Ci si riferisce all'art. 182 *bis* proprio rubricato Principi di autosufficienza e prossimità che esprime il principio per cui i rifiuti urbani indifferenziati devono essere smaltiti e recuperati il più vicino possibile a dove sono prodotti; all'art. 181, co. 5 in cui si prevede che anche per le frazioni urbane oggetto di raccolta differenziata destinate al recupero e al riciclaggio si «deve favorire il più possibile il loro recupero privilegiando, anche con strumenti economici, il principio di prossimità agli impianti di recupero».

l'utilizzo delle infrastrutture costituenti *essential facilities* a tutte le imprese che ne necessitano per operare a valle⁸⁵.

Tali riferimenti alla concorrenza e alle infrastrutture appaiono tanto più importanti in una legislazione nazionale che contiene una disciplina specifica di alcuni sistemi di EPR: in materia di imballaggi il diritto positivo attuale riserva un ruolo peculiare al sistema CONAI con i suoi sette consorzi di filiera (ad essi sono dedicati gli artt. 223 e 224 TUA) e con riferimento ad altri tipi di prodotti (olii vegetali e minerali, batterie, etc.) altri sistemi di EPR sono stati oggetto di diretta regolamentazione da parte del legislatore.

Ponendosi nella prospettiva visuale della concorrenza tra sistemi di EPR (che peraltro, come chiarito dal Consiglio di Stato⁸⁶, sono qualificabili tutti come soggetti privati senza scopo di lucro), la "legificazione" di alcuni sistemi di EPR a differenza di tutti gli altri appare indubbiamente come una singolarità ma d'altra parte le peculiarità del mercato avente ad oggetto la gestione dei rifiuti forse potrebbero giustificare la previsione di una sorta di valvola di chiusura per l'ipotesi in cui gli operatori non dovessero dar vita in modo spontaneo, volontario e autonomo a sistemi autonomi di EPR.

L'intelligente *ratio* della disciplina del 1997 (si ricordi che in quel momento storico la quasi totalità dei rifiuti costituiva un onere e non una risorsa) andrebbe ricercata nell'aver costituito un sistema ispirato al principio di sussidiarietà: ove gli operatori fossero stati in grado di esprimere sistemi autonomi questi avrebbero potuto e dovuto essere riconosciuti per poter operare ove invece ciò non fosse avvenuto sarebbe dovuta scattare la "rete di protezione" costituita dai sistemi di EPR "legificati". Non a caso anche letteralmente prima vengono le norme sui consorzi spontanei o autonomi (art. 221 TUA) e poi quelle sui consorzi sussidiari (art. 223 TUA). Resta però l'interrogativo se tale sistema "sussidiario" di protezione possa ritenersi ancora compatibile con il principio per il quale comunque il produttore deve occuparsi del fine vita di ciò che produce o

⁸⁵ G. GUGLIELMETTI, *Essential Facilities, rifiuto d'accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'autorità garante e prospettive*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, p. 393; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 333 ss.; F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza, Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2006, p. 482 ss.; G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in M.A. SANDULLI-L. VANDELLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *Atti del XX Congresso italo-spagnolo dei Professori di Diritto amministrativo*, Napoli, 2016, p. 10 s.; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2020, p. 53.

⁸⁶ Cons. Stato, VI, 24 settembre 2015, n. 4475.

meglio delle quote di competenza dei materiali equivalenti o di quali eventuali correttivi abbisogni per essere reso coerente con quanto esposto.

Ed infatti, peraltro, quello che doveva essere un sistema plurale, in cui sistemi spontanei o autonomi costituivano il piano "A" dell'ordinamento convivendo serenamente con sistemi sussidiari e lasciando a CONAI le funzioni di "coordinamento", si è andato cristallizzando in un sistema dominato dalla presenza dei consorzi sussidiari che, addirittura, in qualche caso, venendo meno alla ratio ispiratrice della normativa, hanno cercato di ostacolare la creazione di consorzi autonomi provocando le reazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che si sono innanzi richiamate⁸⁷.

Una volta chiarito definitivamente, anche grazie al recepimento del pacchetto economia circolare⁸⁸, che i sistemi di EPR devono potersi occupare non esattamente di quegli specifici imballaggi che hanno immesso sul mercato (che sarebbe tecnicamente impossibile) ma piuttosto della quantità equivalente di quelli della medesima tipologia immessi al consumo è di recente iniziato un percorso di progressiva costituzione di sistemi EPR che negli ultimi anni ha posto con maggiore rilevanza il problema dell'uso delle infrastrutture di raccolta.

Fino a quando vi era infatti l'unico consorzio sussidiario che doveva provvedere a remunerare il sistema comunale per la raccolta dei rifiuti (e una serie di soggetti privati per la selezione e per il trattamento) il meccanismo previsto dal legislatore nell'art. 224 TUA di un accordo tra il sistema sussidiario e i Comuni, titolari delle infrastrutture di raccolta, aveva una sua ragion d'essere.

In un quadro contraddistinto dalla pluralità di operatori, invece, una tale norma, che è stata modificata in recepimento del pacchetto economia circolare, sembra doversi completamente rivedere.

6. Il ruolo di ARERA nella regolazione e le singolarità della regolazione "a due step"

A quanto precede si aggiunge che, sempre in esito a tale recepimento (e giustamente), sono state introdotte due modifiche nel codice dell'ambiente che assegnano un ruolo specifico all'Autorità di Regolazione per Energia Reti e

⁸⁷ Vedi nota 61

⁸⁸ Ad esso si può ricondurre la modifica normativa che conferma il passaggio dal concetto di rifiuti "propri" a quello di rifiuti equivalenti ai materiali immessi al consumo che determina il perimetro di riferimento oggettivo dei sistemi di EPR (art. 219 co. 3 lett. A TUA).

Ambiente (ARERA)⁸⁹ nella determinazione dei costi di utilizzo e della qualità delle infrastrutture di raccolta⁹⁰ che, però, creano non pochi problemi di coerenza e coordinamento.

Ma procediamo con ordine.

Innanzitutto, la norma con la quale il legislatore ha aggiunto ai settori di competenza dell'ARERA, che assume ormai il ruolo di regolatore multisettoriale⁹¹, anche quello dei rifiuti, a seguito di due tentativi non andati a buon fine⁹², individuando contestualmente le finalità e le sue competenze, è costituita dall'art. 1, commi 527-529, della legge 205 del 2017 (legge di bilancio 2018)⁹³.

⁸⁹ L'AEEG, poi AEEGSI ed oggi ARERA (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) è stata istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481. In essa è confluita l'Agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche istituita con il decreto sviluppo 13 maggio 2011, n. 70 e soppressa a dicembre dello stesso anno con la legge 22 dicembre 2011, n. 214. Attualmente essa si occupa di cinque settori specifici: energia e gas (dal 1995), acqua (dal 2011), teleriscaldamento (dal 2014) e rifiuti (dal 2017).

⁹⁰ In generale tra i primi lavori sui rapporti tra regolazione e rifiuti si segnala S. LUCATTINI, *La meccanica del sistema di regolazione dei rifiuti*, in *Munus*, 2021, p. 83 ss. e L. SALTARI, *La regolazione indipendente nel sistema dei rifiuti*, in *Annuario di diritto dell'energia 2018, La disciplina della gestione dei rifiuti tra ambiente e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 197 ss.

⁹¹ Non a caso anche da un punto di vista organizzativo all'interno di ARERA esiste una Divisione ambiente che si occupa trasversalmente di tutti i settori dell'Autorità. Sul punto si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *La regolazione ambientale tra fondamenti costituzionali, standards di circolarità e sistemi di Extended Producer Responsibility*, cit., p. 609.

⁹² La competenza di ARERA in materia di rifiuti è stata riconosciuta a seguito di due tentativi non andati a buon fine: il primo tentativo di istituzione risale al codice dell'ambiente, quindi al 2006, quando si tentò di istituire un'Autorità di vigilanza su risorse idriche e rifiuti, mentre il secondo tentativo di istituzione risale all'art. 16 del testo unico sui servizi pubblici locali che nel 2015 doveva esercitare la delega di cui all'art. 19 lett. n) a legge n. 124/2015 (che, com'è noto, è decaduto a seguito dell'intervento della Corte Cost. n. 251/2016 per motivi formali: si prevedeva solo il parere della Conferenza Unificata e non dell'Intesa).

⁹³ In materia di rifiuti tale articolo stabilisce che l'ARERA debba: a) fornire le direttive per la separazione contabile e amministrativa (cosiddetto *Unbundling*); b) individuare i livelli di qualità dei servizi; c) occuparsi della trasparenza delle condizioni di svolgimento del servizio per gli utenti; d) tutelare i diritti degli utenti, che tre predisporre schemi tipo di contratti di servizio in base all'art. 203 cod. amb.; f) individuare il metodo tariffario per i corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti; g) individuare i criteri per la definizione delle tariffe d'accesso agli impianti di trattamento (la definizione di impianto di trattamento ricomprende gli impianti di recupero e smaltimento e i centri di selezione); h) approvare le tariffe definite per i servizi di interesse generale; i) occuparsi della corretta redazione dei piani d'ambito; l) effettuare proposte di attività da sottoporre a concessione; m) occuparsi della revisione disciplina vigente; n) effettuare una relazione annuale alle Camere. Interessanti considerazioni critiche sul veicolo normativo scelto per ampliare la competenza dell'ARERA ai rifiuti in A. VENANZONI, *Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)*, in *Dir. dell'econ.*, 2018, p. 881 ss.

Con tale norma si potrebbe dire che la regolazione tramite autorità indipendente è “entrata a pieno titolo” nella materia di rifiuti ma non senza una serie di criticità dal momento che fra i vari settori di regolazione quello dei rifiuti è il più complesso per tre ordini fondamentali di ragioni.

In primo luogo, mentre energia, gas e acqua sono beni che forniscono utilità positive (più ce ne sono meglio è), i rifiuti nascono e tuttora almeno in gran parte restano (secondo la stessa etimologia della parola rifiuto) come beni di utilità negativa (meno ce ne sono meglio è). E dunque l'approccio regolatorio deve, in un certo senso, andare al contrario: mentre in tema di energia, gas e acqua la regolazione deve fare in modo che tali beni siano forniti nella quantità maggiore con la qualità migliore possibile e ai costi più bassi possibili in modo da consentirne l'uso a tutti; per i rifiuti, almeno tradizionalmente parlando, la normazione dovrebbe contribuire ad impedire o a limitare il più possibile che vi siano rifiuti e che in base al principio chi inquina paga si faccia pagare di più chi immette nel sistema beni che inquinano come, appunto, quelli non durevoli.

Una seconda ragione di complessità sta nel fatto che mentre energia e gas possono essere regolati a livello nazionale, i rifiuti storicamente sono stati gestiti a livello locale (in questo senso assomigliano di più al settore dell'acqua) e presentano caratteristiche di gestione frammentata e di sottodimensionamento degli investimenti (non a caso il settore rifiuti è quello in cui si contano la maggior parte delle procedure di infrazione degli ultimi anni⁹⁴).

In terzo luogo, mentre sui settori di energia e gas nel diritto UE vi è una disciplina che concepisce tali beni in modo industriale e prevede un sistema di regolatori europei ciò manca in materia di rifiuti⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. A. VENANZONI, *Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)*, cit., pp. 888 e 894 che osserva che «proprio nei livelli di governo differenziati, con il lato puramente operativo-gestionale rimesso agli enti locali si è incistata e sedimentata, con il passare del tempo, una situazione tendenzialmente monopolistica degli enti pubblici locali e di patente distorsione delle logiche di mercato (...)». Cfr. anche E. MORLINO-L. CARBONARA, *Amministrazione e tutela dell'ambiente*, in L. TORCHIA (a cura di), *Le dinamiche del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2017, p. 156; C. FELIZIANI, *Tutela ambientale e servizio pubblico. Il caso della gestione dei rifiuti in Italia e in Inghilterra*, Università La Sapienza, Roma, 2014.

⁹⁵ Si consideri sul punto che esiste una rete di regolatori europei con un suo centro di coordinamento sia nel settore energia (ACER-*Agency for the cooperation of Energy Regulators*) sia nel settore idrico (WAREG-*European Water Regulators, Knowledge and Regulation for quality services*) ma non altrettanto avviene per il sistema dei rifiuti. Cfr. sul tema K O'NEILL, *Changing nature of hazardous waste management*, in D. VOGEL, R. KAGAN (a cura di), *Dynamics of regulatory change – how globalization affects national regulatory policies*, Berkley, 2004, p. 165 ss.

Ma a tali differenze si aggiunge quella forse più rilevante che è quella culturale e che attiene proprio al tema delle infrastrutture o degli operatori: chiunque saprebbe facilmente rispondere alla domanda su quali siano le infrastrutture dell'energia (gli elettrodotti) o quelle del gas (i gasdotti); per non parlare delle infrastrutture dell'acqua (gli acquedotti che sono sicuramente le più risalenti e in quanto tali oggetto della pittura, della poesia, della letteratura, dell'architettura fin da tempi lontani).

Non altrettanto semplice apparirebbe rispondere alla domanda su quali siano le infrastrutture dei rifiuti, lo si è anticipato nel paragrafo che precede, per la quale manca addirittura, nella lingua italiana, la parola specifica con la desinenza “-dotti” che invece si riscontra, come detto, per molte delle altre infrastrutture (così appunto per gli acque-dotti; gli elettro-dotti; i gas-dotti etc.).

La difficoltà culturale è tale che si manifesta addirittura tra gli addetti ai lavori e nello stesso settore dei rifiuti in cui gli stessi Comuni non paiono ancora avere una piena consapevolezza del fatto di non essere i “proprietari” dei rifiuti⁹⁶ ma, invece, di costituire una infrastruttura al servizio degli EPR (nonostante le norme citate, artt. 219 e 222 TUA, espressamente dichiarino come tali le infrastrutture di raccolta ad essi riconducibili)⁹⁷.

E tale mancata consapevolezza costituisce un problema rilevante dato che ogni regolazione si potrebbe dire trova il suo punto di partenza nel mettere a disposizione una infrastruttura al mercato degli operatori⁹⁸ perché questi operino

⁹⁶ Si è scritto che «molto spesso gli enti locali dimostrano una attitudine gestionale totalizzante, che finisce per determinare la emersione prepotente di quel monopolio pubblico spesso in elusione delle logiche di evidenza pubblica, presentando per altro spesso personale non adeguatamente formato (nonostante il ciclo dei rifiuti presenti profili di altissima expertise)»: A. VENANZONI, *Ciclo dei rifiuti e nuova Autorità di Regolazione Energia Reti e Ambiente (ARERA)*, cit., p. 897.

⁹⁷ Stenta a farsi largo il concetto per cui la privativa dei Comuni è limitata solo alle attività di raccolta di rifiuti urbani avviati a smaltimento come prevede l'art. 198, co. 1 TUA e non anche a quella dei rifiuti urbani avviati a recupero che invece dovrebbe essere lasciata all'ambito del mercato secondo quanto previsto dalla modifica contenuta nell'art. 23, co. 1, lett. e) della legge 31 luglio 2002, n. 179 (disposizioni in materia ambientale) che espressamente dichiarava «la privativa comunale non si applica alle attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati a far data dal 1 gennaio 2003». Nel senso che non vi sarebbe privativa su rifiuti avviati al recupero: TAR Catania, 12 giugno 2018, n. 1253; Cons. Stato, V, 16 marzo 2005, n. 1074; Cons. Stato, IV, 30 maggio 2005, n. 2765; Cass. Civ., Sez. Trib., 17 febbraio 2010, n. 3721.

⁹⁸ Si pensi al settore dell'energia elettrica: dagli anni Sessanta e fino agli anni Novanta le utilità, le prestazioni agli utenti venivano assicurate da enti pubblici, poi, soprattutto grazie alla spinta del diritto europeo, lo Stato ha abbandonato il campo che si era riservato e ha lasciato che il servizio elettrico fosse fornito da una serie di operatori privati. Per arrivare a questo risultato si sono

in condizioni di parità e allo stesso tempo garantendo il raggiungimento di certi obiettivi.

Se le infrastrutture non hanno consapevolezza di essere tali, diventa culturalmente difficile, ancora prima che giuridicamente, risolvere un problema che già di per sé si presenta come molto complesso.

Ebbene in questi primi anni di attività l'ARERA, al fine di garantire accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale, garantire adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione, armonizzare gli obiettivi economico-finanziari con quelli generali di carattere sociale, ambientale e di impiego appropriato delle risorse e garantire l'adeguamento infrastrutturale ha emesso due principali provvedimenti uno in materia di regolazione tariffaria (MTR)⁹⁹ e l'altro in materia di qualità¹⁰⁰.

I concetti chiave intorno ai quali si è sviluppata la regolazione ARERA possono essere riassunti, quindi, in quello dei costi (tariffe per l'uso dell'infrastruttura o delle infrastrutture) e in quello della qualità del servizio erogato.

Sul primo versante, quello dei costi, non a caso l'ARERA viene richiamata due volte nel codice dell'ambiente nella parte relativa ai rifiuti: ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 178 *ter* TUA nel quale si fissano i requisiti generali minimi in materia di responsabilità estesa del produttore. Nello stabilire

susseguiti vari passaggi tra i quali, innanzitutto, lo scorporo della rete elettrica, l'infrastruttura elettrica in modo da renderla disponibile a tutti gli operatori (si è creata quindi una società, Terna S.p.a., che gestisce e cura tale infrastruttura elettrica rendendola disponibile a tutti gli operatori che a loro volta vendono il servizio agli utenti). Un secondo passaggio è stato quello dell'istituzione di un'Autorità indipendente che stabilisse le tariffe di uso dell'infrastruttura e la sua qualità e verificasse che l'infrastruttura fosse disponibile a tutti gli operatori in condizioni di parità. Lo stesso è avvenuto anche per il settore del gas: anche qui si è scorporata la rete di distribuzione del gas, l'infrastruttura del gas, per renderla disponibile per tutti gli operatori. E lo stesso è avvenuto per il settore dell'acqua: la costante è sempre rappresentata dalla creazione di un'infrastruttura accessibile agli operatori e dalla definizione delle regole per il suo utilizzo. Sul tema cfr. P. RANCI, *L'energia elettrica e il gas*, in G. TESAURO e M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 129.

⁹⁹ Con la delibera 443/2019 l'ARERA ha introdotto il primo metodo tariffario (MTR) per la definizione dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio per il periodo 2018-2021 e con la delibera 138/2021 è stato avviato il procedimento per la definizione del MTR 2 per il secondo periodo regolatorio (2022-2025) con fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento. Vedi anche il documento 196/2021.

¹⁰⁰ Con delibera 444/2019 l'ARERA ha introdotto alcune disposizioni in materia di trasparenza del servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati.

al comma 3 che i produttori in adempimento dei propri obblighi derivanti dalla responsabilità estesa del produttore versano un contributo finanziario affinché lo stesso «non superi i costi che sono necessari per fornire servizi di gestione dei rifiuti in modo efficiente in termine di costi» la norma prevede che «tali costi sono stabiliti, sentita l'ARERA, in modo trasparente tra gli interessati».

Il secondo riferimento è nell'art. 222 TUA relativo alla raccolta differenziata e prevede che i servizi di raccolta sono prestati secondo i criteri di efficacia, efficienza ed economicità, nonché dell'effettiva riciclabilità «sulla base delle determinazioni in merito ai costi efficienti dell'ARERA».

Dalla lettura di tali norme sembrerebbe di poter concludere che le regole di determinazione dei costi - il “pedaggio” d'uso delle infrastrutture - dovrebbero essere stabilite da ARERA.

Non si capisce però se dalla lettura dell'art. 224 TUA citato discenda che l'ARERA debba fornire valori di tali costi puntuali, vincolanti e validi per tutto il territorio nazionale oppure invece una forchetta di valori massimi e minimi all'interno della quale avvenga la determinazione consensuale o, ancora, se l'ARERA debba determinare soltanto criteri di massima che consentano poi la determinazione delle voci di costo in modo negoziale da parte di una serie, anche questa non chiara, di soggetti¹⁰¹.

Da una parte, dunque, gli artt. 178 *ter*, co. 3 e 222 riconoscono ad ARERA un ruolo determinante nel fissare i costi per l'uso dell'infrastruttura e, dall'altra, l'art. 224, co. 5 TUA come modificato dal decreto 116/2020 prevede che tali costi debbano essere, come in passato, oggetto di negoziazione tra gli operatori: sembra esserci un cortocircuito normativo.

¹⁰¹ Si potrebbe discutere se, secondo un'interpretazione restrittiva della norma, le parti fondamentali di tale accordo debbano essere solo il CONAI, i sistemi autonomi, l'ANCI, l'UPI e gli enti di gestione di Ambito Territoriale e successivamente i contenuti dell'accordo applicati agli operatori del comparto di riferimento come i sistemi collettivi operanti e i gestori delle piattaforme di selezione oppure se, come vorrebbe un'interpretazione più sistematica che l'accordo deve essere negoziato anche dai sistemi collettivi operanti e dalle piattaforme di selezione ma che non possa essere esteso ad altri soggetti oppure, ancora, secondo l'interpretazione estensiva che gli operatori del comparto che appartengono alle categorie indicate dalla legge (come le piattaforme di selezione) partecipino alla negoziazione o, infine, secondo un'interpretazione ancora più ampia vi debbano partecipare anche gli impianti di trattamento come ad esempio quelli di compostaggio. Ovviamente, *sa va sans dir*, le possibilità di concludere un accordo in tempi rapidi sono inversamente proporzionali al numero dei soggetti che in esso intervengono, soprattutto se in un settore connotato da estrema frammentarietà e da portatori di interessi contrapposti e frammentati.

Il “pedaggio” per l’uso dell’infrastruttura contraddittoriamente, da una parte viene visto come oggetto di una determinazione autoritativa dell’autorità di regolazione e, dall’altra, come oggetto di una negoziazione, di un contratto.

L’ulteriore singolarità è rappresentata dal fatto che se non ci dovesse essere l’accordo tra i *players*, l’art. 224, co. 12 TUA prevede che la questione della determinazione dei costi dovrà essere risolta dal Ministro dell’ambiente (oggi della transizione ecologica).

Si configura una sorta di sistema “a doppio *step*”: il primo è il (difficile) accordo di comparto tra gli operatori (la cui individuazione come si è visto non è chiara) in cui però una parte essenziale dell’accordo (quella sui corrispettivi di raccolta) dovrebbe essere (forse) definita dall’ARERA; il secondo *step*, non ci dovesse essere l’accordo tra i *players*, prevede, come si è detto, l’intervento del Ministro dell’ambiente su alcuni dei contenuti dell’accordo (proprio, peraltro, quelli che devono essere definiti da ARERA).

La singolarità nelle singolarità di questo strano irrocervo è costituita, oltre che dalla sovrapposizione di competenze, dal fatto che per la prima volta nel nostro ordinamento si qualifica come autorità di regolazione non un’autorità amministrativa indipendente, ma addirittura il vertice politico dell’amministrazione.

Ecco perché forse si impone una riscrittura ragionevole di tali norme lasciando ad ARERA, e solo ad essa, la determinazione della parte relativa ai costi e, in ossequio al principio di sussidiarietà, mantenendo la negoziazione tra le parti solo con riferimento agli altri contenuti dell’accordo (prevedendo, però, poteri sostitutivi anche in relazione a tali ulteriori aspetti e non certo in capo all’autorità politica).

7. Spunti per una possibile riscrittura “circolare” della parte quarta del Codice

L’impatto dell’economia circolare sulle norme del codice dell’ambiente, in conclusione, è notevole.

Se, come si è detto, non si può dire certo che tutti gli istituti che compongono il frastagliato mondo della disciplina dei rifiuti siano stati messi in discussione dal pacchetto del 2018, con altrettanta certezza, alla luce anche delle modifiche intervenute grazie all’economia circolare, si impone oggi una rilettura

ri-ordinante (o, considerando la genesi e lo sviluppo del codice dell'ambiente ordinante) di tutte le norme della parte quarta.

E, dunque, guardando al futuro, alla luce dei quindici anni di esperienza applicativa trascorsa e dell'impatto dell'economia circolare, si andrà ora ad indicare qualche suggestione di possibile riforma del codice che appare tanto più necessaria in un momento in cui si deve realizzare in tempi rapidi una transizione ecologica per tentare di far ritornare il pianeta nelle "condizioni di sicurezza"¹⁰².

Le suggestioni riguardano nell'ordine il riferimento lessicale al rifiuto, le norme che contengono le definizioni di rifiuto, le norme sulla gestione dei rifiuti, i soggetti e le particolari categorie di rifiuto.

Innanzitutto, e preliminarmente, occorrerebbe interrogarsi se non sia il caso di abbandonare lo stesso sostantivo "rifiuti" cui tutta la parte quarta è intitolata¹⁰³ sostituendola con una locuzione più aderente alle evoluzioni indicate¹⁰⁴.

La composizione di *re-* e del verbo latino *futo, -as, futare* richiama l'idea di un'opposizione, di una negatività (così ad es. si usa il verbo *confutare* per indicare il ribattere un'affermazione, una ragione dimostrandola erronea ed infondata), di un qualcosa di non voluto, di un onere, di un peso e tale connotazione negativa ha condotto la dottrina ad applicare ai rifiuti le classificazioni di "non-cose"¹⁰⁵ o di vederli come oggetto di obblighi piuttosto che di diritti.

Ma le connotazioni negative, oppositivi del significato della parola "rifiuto" sono propri di un sistema di tipo lineare ("prendi, produci, usa e getta"), in un sistema circolare, invece, in cui si tende a riconoscere progressivamente ai

¹⁰² Sul punto si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni*, cit., p. 779 ss.

¹⁰³ Tra le varie trattazioni della nozione di rifiuto in generale si segnala per chiarezza ed esaustività quella di G. RESTA, *I rifiuti come beni in senso giuridico*, in *Annuario di diritto dell'energia 2018*, cit., p. 103 ss. Cfr. anche F. M. TOMMASINI, *La fenomenologia del rifiuto tra atti di dismissione e tutela del bene ambiente*, in *Contr. impresa*, 2018, p. 146 ss.

¹⁰⁴ Sul punto cfr. R. LEE AND E. STOKES, *Rehabilitating the Definition of Waste: It is Fully Recovered?*, in T. ETTY-H. SOMSON (eds.), *Yearbook of European Environmental Law*, p. 162.

¹⁰⁵ In questo senso in dottrina ci si è riferiti ai rifiuti come "cose" o "non-beni" R. FEDERICI, *A proposito di cose che non sono beni: sottosuolo e rifiuti*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, II, p. 311; ID., *I rifiuti e le cose in senso giuridico*, in *Studi in onore di G. Berti*, Jovene, Napoli, 2005, II, p. 1077 ss.; ID., *La nozione di rifiuto: una teoria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 6, p. 1051 ss.

vecchi “rifiuti” il valore di materie prime di seconda generazione o di beni¹⁰⁶ si dovrebbe lessicalmente iniziare a parlare di “materiali post utilizzo” di “materie di seconda vita” con tutto quel che ne consegue dal punto di vista delle regole di gestione.

La logica dovrebbe essere quella dell'estensione della categoria dei sottoprodotti (attualmente definibili anche come «materiali *post* produzione»¹⁰⁷) anche al mondo del *post* consumo spezzandosi, così, l'automatismo “consumo del prodotto/creazione del rifiuto”: accanto ai sottoprodotti già attualmente previsti derivanti dall'attività di produzione (appunto i «materiali *post* produzione») potrebbe comparire una nuova categoria di sottoprodotti, quelli derivanti dal *post* consumo che potrebbero essere definiti, in presenza di determinate condizioni, specularmente a quelli già previsti, come “materiali *post* consumo”

Il cambiamento di tipo nominale e il progressivo “abbandono” della nozione di rifiuto, come si è evidenziato anche a proposito delle infrastrutture, aiuterebbe a stimolare ulteriormente la riflessione e un vero e proprio mutamento di paradigma, la cd. *disruption*¹⁰⁸.

Passando poi alla struttura della parte IV si può osservare che, anche alla luce della rilettura operata sulla base dell'economia circolare, dopo le finalità e i principi (si noti che vi sono parecchie norme sui principi in varie norme disseminate qua e là nella parte IV che forse andrebbero unificate in apertura) occorrerebbe una norma sulle definizioni.

¹⁰⁶ Il tema del carattere del bene del resto si è posto anche con riferimento all'energia elettrica: F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. dir. Comm.*, 1913, I, p. 358 ss. e P. SIRENA, *L'elettricità come bene giuridico. Il dibattito civilistico tra Ottocento e Novecento*, in E. RAGUSA (a cura di) *Tecnica e spazio pubblico in Italia tra Ottocento e Novecento*, Pietro Lacaita Editore, Manduria-Bari-Roma, 2010, p. 199.

¹⁰⁷ Com'è noto la nozione di sottoprodotto, a seguito di una evoluzione di cui è stata protagonista fondamentale la Corte di Giustizia (al riguardo si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da problema a “risorsa” nel sistema dell'Economia Circolare*, cit., 2021, p. 332 ss.) si applica oggi soltanto ai materiali post-produzione. Su di essa la letteratura è imponente: cfr. ad es. L. ULISSI, *Rifiuto, prodotto, sottoprodotto ed «end of waste»: le nuove sfide ambientali*, in *Contratto e impresa*, Europa, 2, 2012, p. 707 ss.; A. FARÌ, *Nozione di rifiuto e sottoprodotto*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *La nuova disciplina dei rifiuti. Commento al D. Lgs. 205/2010*, *Ipsos*, Milano, 2011, p. 29 ss.; G. PAGLIARI, *La nozione giuridica di rifiuto*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2002, p. 95; D. Iacovelli, *Dal rifiuto all'end of waste*, in *Dir.dell'economia*, 2019, p. 206 ss.

¹⁰⁸ C.M. CHRISTENSEN, *Disrupting class: how disruptive innovation will change the way the worlds learns*, McGraw Hill, New York, 2008.

Nell'attuale versione del codice abbiamo una norma generale che definisce i rifiuti in positivo (art. 183 TUA) e una che li definisce in negativo (art. 185 TUA): forse si potrebbe pensare di unificarle e razionalizzarle e di collocarle, appunto, all'inizio della disciplina.

Qui si potrebbero inserire anche le definizioni delle infrastrutture prima richiamate nonché le definizioni della parte generale e quelle delle parti speciali: così ad es. vi sono le definizioni previste in materia di imballaggi (art. 218 TUA) che si sommano a quelle generali creando in alcuni casi discrasie e incoerenza (si veda, ad esempio, il produttore del prodotto che in un caso ricomprende l'importatore del prodotto e nell'altro caso lo esclude).

Vi sono definizioni che poi vengono doppiate da singoli articoli senza un ordine logico come quella sul procedimento per il riconoscimento dei sistemi autonomi che si ritrova contraddittoriamente in due norme gemelle, l'art. 221 e l'art. 221 *bis* TUA.

Vi sono norme generali come quella di sottoprodotto (art. 184 *bis* TUA) che andrebbero unificate con quelle particolari su tipologie di sottoprodotti come le terre e rocce da scavo (art. 186 TUA).

Vi è poi tutto il capitolo sulla gestione dei rifiuti che potrebbe essere riordinato in base ai vari step: la prevenzione potrebbe andare con il programma nazionale; il riciclaggio con le norme sugli obiettivi e sul computo; le norme sui trasporti potrebbero essere accorpate; la parte sulla tracciabilità (art. 188 *bis* TUA) con i registri di carico (art. 190 TUA).

In questa parte si potrebbero aggiungere le norme contenenti le sanzioni (art. 254 TUA), il divieto di abbandono: oggi abbiamo una norma generale sul divieto di abbandono (art. 192 TUA) ed una sul divieto di abbandono di rifiuti di piccolissime dimensioni (art. 232 *ter* TUA) che logicamente potrebbero/dovrebbero essere unificate.

Nella parte sulla gestione si potrebbero inserire in modo ordinato le norme su quegli strumenti per la realizzazione dell'economia circolare che sono previsti dall'all. L-*ter* e tra queste quelle, di cui si è detto, sui sistemi di EPR.

Vi sarebbe poi la parte sui soggetti in cui si potrebbero aggiungere alle norme che prevedono le competenze di Stato, Regioni, Province e Comuni anche l'ISPRA, l'albo gestori, le autorità d'ambito, i soggetti gestori e, soprattutto, la grande novità del pacchetto economia circolare ossia i soggetti di EPR.

L'intera parte quarta verrebbe così ad essere riorganizzata intorno a quattro poli essenziali: le finalità, i principi e le definizioni; la gestione; i soggetti; le particolari tipologie di rifiuto.

In generale si può dire che il pacchetto economia circolare, oltre ad aver messo il *focus* sull'ecoprogettazione, sugli obiettivi di riciclaggio e sul mondo dell'organico, ha contribuito a identificare meglio i soggetti passivi della regolazione (i sistemi di EPR di cui sono stati fissati i requisiti minimi) assegnando un ruolo diverso alle imprese e ai consumatori.

Il legislatore europeo, al fine di perseguire i risultati di tutela ambientale, nel pacchetto *Circular Economy*, come già aveva fatto a partire dal sesto programma di azione comunitaria in materia ambientale, ha deciso di coinvolgere più direttamente le imprese.

Non si tratta tanto di quel *greenwashing* che va oggi così tanto di moda ma del tentativo di consentire all'impresa di fare il suo business producendo allo stesso tempo effetti positivi dal punto di vista ambientale.

L'economia circolare, da questo punto di vista, costituisce uno stimolo alla rilettura dell'articolo 41 della Costituzione: si chiede allo Stato di programmare in "*blue*" l'economia - perché l'economia circolare viene chiamata spesso *blue economy* - in modo tale che le imprese, guardando al proprio obiettivo che è quello di massimizzare i ricavi, nello stesso tempo producano dei risultati positivi per l'ambiente.

E la recente riforma costituzionale che contiene la modifica dell'art. 41, 3° comma si ritiene potrà costituire una legittimazione *ex post* di quel tentativo di composizione tra ambiente e sviluppo così ben tratteggiato in dottrina.

Non si possono negare, infine, d'altra parte, come più volte evidenziato in queste pagine, le criticità rilevanti che la gestione dei rifiuti comporta e la necessità, in ogni caso, di operare una rilettura complessiva della parte quarta del codice dell'ambiente alla luce della rinnovata attenzione alle politiche di regolazione e di tutela della concorrenza considerate ormai strumenti imprescindibili per rispondere alle sfide ambientali che devono in questo momento essere affrontate.

ABSTRACT

Francesco de Leonardis – *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare*

L'articolo si propone di individuare, analizzare e ricostruire sistematicamente le principali novità apportate dal recepimento del pacchetto sull'economia circolare al d.lgs. n. 152/2006 (TUA). Si individuano sei modifiche della parte relativa ai rifiuti che citano espressamente l'economia circolare e ci si sofferma sul passaggio dal concetto di raccolta a quello di riciclaggio. Si evidenziano poi i collegamenti con l'economia circolare sia del programma nazionale di prevenzione dei rifiuti che della gestione dei rifiuti organici. Si analizzano poi le novità introdotte dal pacchetto sull'economia circolare con riferimento ai sistemi di Extended Producer Responsibility (sistemi di EPR) e in particolare i rapporti tra il principio di concorrenza e il funzionamento di tali sistemi come strumenti di tutela dell'ambiente. Ci si sofferma sulla nozione dei sistemi di raccolta dei rifiuti come vere e proprie infrastrutture che devono garantire parità di accesso ai vari sistemi di EPR e sul modello di regolazione di tale sistema evidenziando il ruolo di ARERA al riguardo. Si conclude sostenendo che l'intera parte quarta del TUA andrebbe riscritta essendo cambiato radicalmente l'approccio in senso "circolare".

PAROLE-CHIAVE: *Rifiuti; Economia circolare; Concorrenza; Regolazione; Imballaggi; Sistemi di Extended Producer Responsibility; Principio della responsabilità estesa del produttore; Gestione dei rifiuti; Raccolta; Riciclaggio; Programma nazionale di gestione dei rifiuti; Eco progettazione; Rifiuti organici; Dottrina delle essential facilities; Infrastrutture; ARERA.*

Francesco de Leonardis – *Italian Environmental Code, Waste Regulation and Competition in the new season of the Circular Economy*

The article aims to systematically identify, analyze and reconstruct the main changes made by the transposition of the Circular Economy package to Legislative Decree no. 152/2006 (IEC). Six changes in the waste part of the Italian Environmental Code (IEC) that expressly mention the Circular Economy are identified and the shift from the concept of collection to that of recycling is discussed. The links to the Circular Economy of both the national waste prevention program and organic waste management program are then highlighted. The new features introduced by the Circular Economy Package with reference to Extended Producer Responsibility systems (EPR schemes) are then analyzed, and in particular the relationship between the principle of Competition and the functioning of these systems as instruments for protecting the environment. The article points out the notion of waste collection systems as real infrastructures that must guarantee equal access to the various EPR schemes and regulatory model of such a system highlighting the role of ARERA (Italian Regulatory Authority for Energy, Networks and Environment) in this regard. It concludes by arguing that the entire fourth part of the Italian Environmental Code should be rewritten as the approach has radically changed in a "circular" sense.

KEYWORDS: *Waste; Circular economy; Competition; Regulation; Packaging; Extended Producer Responsibility Schemes; Extended Producer Responsibility Principle; Waste management; Collection; Recycling; National waste management program; Eco-design; Organic waste; Doctrine of the essential facilities; Infrastructure; ARERA.*