

La gestione dei rifiuti nel nuovo codice ambientale, con particolare riferimento ai rifiuti urbani

Venezia-Mestre, 12 luglio 2006

Prof. Avv. Adriana Vigneri

Breve storia della disciplina.

Il T.U. del 1925 (R.D. n. 2578) elencava tra le attività che i Comuni potevano assumere nei modi stabiliti dallo stesso T.U. anche la “nettezza pubblica e lo sgombrò di immondizie dalle case” (art. 1, n. 7). Non si parlava di privativa, come invece per i macelli, i mercati, le pubbliche affissioni. Quanto alle forme di gestione, in considerazione della “semplicità” del servizio si prevedeva che di regola fosse esercitato in economia (art.15) e soltanto eccezionalmente mediante azienda. La legge 142/1990 – nel razionalizzare le diverse forme di gestione che nel frattempo si erano venute sviluppando a livello locale (aziende speciali e soprattutto società di capitali) – ha consentito che si continuassero le gestioni in economia “ per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio”, e questo spiega, almeno in parte, perché questo tipo di gestioni siano ancora così numerose.

Soltanto il Testo Unico sull’ordinamento degli enti locali (art. 113 del d.lgs. n. 267/2000), come modificato nel 2003¹, esclude, per i servizi aventi rilevanza economica (e i rifiuti hanno tale rilevanza), la forma della gestione in economia, ed impone l’utilizzazione della società mista o della società *in house*, in alternativa all’affidamento a terzi. Ciononostante, le gestioni in economia in Italia riguardano ancora il 40% dei comuni e il 34% della popolazione (questo la dice lunga sull’efficacia delle leggi nel nostro paese). Per il resto vi è una prevalenza di affidamenti *in house*, cui si aggiungono, a differenza che nel settore idrico, gestioni private (per il 26% della popolazione).

Il regime di privativa, non previsto inizialmente dalla legge, si è affermato nei fatti, almeno per la raccolta e il trasporto. E’ stato il decreto legislativo n. 22 del 1997 (c.d.

¹ Da parte dell’art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326) e poi dall’art. 4, comma 234, della l. 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004).

decreto Ronchi)² che ha provveduto ad introdurlo nella legislazione (“*I comuni effettuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privata*”, art. 21), ma ormai la situazione del ciclo dei rifiuti si era evoluta, con l’inserimento di nuovi e più complessi interessi pubblici da tutelare. Si stava passando da un sistema a filiera semplice, in cui l’interesse tutelato era soltanto quello dell’igiene urbana (e quindi spazzamento, raccolta, smaltimento in discarica), ad un sistema a filiera complessa (in cui all’igiene urbana si aggiunge l’esigenza di ridurre l’impatto ambientale e quindi l’attività di recupero, la limitazione dello smaltimento in discarica, l’integrazione delle fasi, la dimensione sovracomunale).

La diversità degli interessi da tutelare produce conseguenze anche sull’assetto istituzionale.

Una prima conseguenza riguarda il riferimento territoriale: l’esigenza di garantire una dimensione adeguata degli impianti tecnologici di trattamento e smaltimento, di ottimizzare la logistica e i trasporti, di identificare mercati per i materiali e le materie recuperati, tutto questo richiede una dimensione “ottimale” di carattere sovracomunale.

Una seconda conseguenza riguarda i sistemi di gestione e deriva dalle caratteristiche proprie del ciclo – complesso - dei rifiuti, che si articola in due fasi diverse per caratteristiche tecnologiche ed organizzative. Una prima fase *labour intensive* e con modesti investimenti di capitale con brevi tempi di ammortamento, che comprende lo spazzamento, la raccolta differenziata e indifferenziata e il trasporto, la pulizia di mercati e aree verdi. Una seconda fase *capital intensive*, che richiede l’impiego di impianti complessi ad alto contenuto tecnologico e con tempi di ammortamento elevati. Cui si aggiunge lo smaltimento finale in discarica dei residui.

Alla prima conseguenza si è corrisposto - nel decreto Ronchi - con la previsione della gestione dei rifiuti urbani in ambiti territoriali ottimali, coincidenti con le province salvo diversa statuizione delle leggi regionali, in cui dovrà svolgersi una gestione unitaria dei rifiuti urbani, in forma di cooperazione, da parte degli enti locali.

² Si trattava di attuare tre direttive comunitarie, quella sui rifiuti (91/156), sui rifiuti pericolosi (91/689/99) e quella sugli imballaggi e i rifiuti da imballaggio (94/62).

Alla seconda, mediante la previsione di regimi giuridici differenziati per le due fasi:

- le attività comprese nei servizi *labour intensive*, da cui sono escluse le attività di recupero (art. 21, comma 7, del d. lgs. n. 22/1997), sono assegnate alla responsabilità degli enti locali in regime di privativa e gestite nelle forme dell'art. 22 della legge 142/1990 (“*i comuni effettuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nella forme di cui alla legge 8 giugno 1990, n. 142 e dell'art. 23*”, e “*disciplinano la gestione dei rifiuti urbani con appositi regolamenti*”, art. 21 commi 1 e 2 del d. lgs. n. 22/1997);
- le attività di recupero e smaltimento sono sottoposte ad una regolazione leggera mediante un regime di autorizzazioni (artt. 27-33 del d. lgs. n. 22/1997), esclusa ogni riserva; le possibilità di accesso a tali servizi sono regolate dalla programmazione regionale e provinciale in materia di localizzazione e di caratteristiche degli impianti.

E' evidente la differenza tra le modalità del primo e del secondo tipo, anche se nulla ha impedito che vi fosse poi una coincidenza soggettiva tra chi svolgeva le prime attività (in regime di monopolio) e le seconde (in regime di accesso regolamentato al mercato).

Il carattere unitario del ciclo rifiuti è salvaguardato non dalla unicità della gestione (che come si è detto non era legislativamente prevista), ma dalla presenza della programmazione regionale (cui spetta tra l'altro prevedere “*il complesso delle attività e dei fabbisogni degli impianti necessari a garantire la gestione dei rifiuti urbani secondo criteri di efficienza ed economicità*” e “*la tipologia ed il complesso degli impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti urbani da realizzare nella regione*”, art. 22 del d. lgs. n. 22/1997) e provinciale (cui compete nel decreto Ronchi “*la programmazione e l'organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale*”, art. 20 del d. lgs. n. 22/1997).

I titoli della competenza legislativa statale in materia di gestione dei rifiuti urbani.

Resta a questo punto da esaminare come, in questo assetto, è intervenuto il legislatore statale attraverso il recente codice ambientale entrato in vigore il 29 aprile 2006 (d.lgs. 152/2006).

Prima tuttavia di entrare nel merito della recentissima e non ancora consolidata legislazione, conviene esaminare a che titolo lo Stato intervenga nella specifica materia dell'organizzazione della gestione, che in quella generale dell'ambiente e dell'ecosistema esso è senza dubbio dotato di competenza legislativa esclusiva.

Diciamo subito che lo Stato ha nei confronti dell'organizzazione dei servizi pubblici locali – almeno astrattamente - tre possibili titoli di intervento:

- l'individuazione delle funzioni fondamentali di comuni, province e città metropolitane (art. 117, secondo comma, lett. *p*) Cost.);
- la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, secondo comma, lett. *m*) Cost.);
- la tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lett. *e*) Cost.).

Il primo titolo non è stato fin qui utilizzato³ e la Corte costituzionale, esaminando la legittimità dell'art. 113 del Tuel ha escluso (sent. n. 272/2004) che la gestione possa costituire funzione fondamentale; il secondo parimenti non è stato utilizzato, secondo la Corte (che quindi ha respinto un'interpretazione dei livelli essenziali allargata fino a comprendere le attività strumentali alla loro determinazione).

Resta il terzo titolo, la competenza statale esclusiva di tutela della concorrenza, il cui impiego in questa specifica materia è stato invece avallato dalla Corte, insieme con le competenze, anch'esse esclusive, a tutela dell'ambiente e dell'ecosistema.

Sembrerebbe non vi fossero problemi a riconoscere la competenza statale. Senonché sia la tutela della concorrenza, sia la tutela dell'ambiente sono considerati dalla giurisprudenza costituzionale competenze di tipo “trasversale”, e quindi da un lato esclusive ma dall'altro soggette a particolari limitazioni. Dice a tale proposito la Corte: “*Il criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza appare essenziale per definire l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e*

³ Nel testo dell'art. 113 TUEL non vi è individuazione di funzioni fondamentali, anche ad avviso della Corte Costituzionale. E d'altra parte la delega per la loro determinazione (l. 131/2003, La Loggia) è scaduta senza che il Governo l'abbia utilizzata.

determinata, ma, per così dire, “trasversale” (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato” (sent. corte cost. n. 272/2004). In sintesi, lo Stato può intervenire in qualsiasi materia a tutela della concorrenza, ma lo può fare soltanto nella misura strettamente necessaria, senza scendere in dettagli che sarebbero inutilmente invasivi. Che cosa poi sia da considerare “dettaglio” e che cosa “essenziale”, è difficile da stabilire una volta per tutte. Sarà la Corte che lo dirà, sia pure a posteriori. Nei confronti dell’art. 113 cit. si è già espressa nella sentenza n. 29/2006, nella quale ha completato le considerazioni di carattere generale che aveva avviato nella sentenza n. 272/2004, e ha individuato i principi ricavabili da quell’articolo vincolanti per le regioni.

Costituiscono principio vincolante a tutela della concorrenza, secondo la Corte, le disposizioni che riguardano la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali; le regole relative alla gestione eventualmente separata delle reti; le regole relative al conferimento della titolarità del servizio pubblico per la sua erogazione (art. 113, comma 5); le norme relative ai casi di divieto di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione e alla decorrenza del divieto⁴.

La gestione dei rifiuti nel Codice ambientale

Fatta questa premessa, prendiamo in esame la parte IV del Codice, in cui lo Stato ha anzitutto assegnato a se stesso una serie di attività che hanno carattere di indirizzo: i criteri generali per la redazione dei piani regionali e il loro coordinamento (art. 199 del Codice); le linee guida per l’individuazione degli ATO; le linee guida per la definizione

⁴ La sentenza 29 concerne non semplicemente le società partecipate in modo totalitario da enti locali, bensì quelle a cui il servizio pubblico sia legittimamente affidabile in quanto *in house*. Tali società sono anche vincolate all’utilizzo delle procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di commesse (appalti di lavori, di forniture o di servizi) di valore superiore ad una data soglia. Alla necessità di utilizzare tali procedure sopra soglia sembra si aggiunga ora – per effetto della sentenza n. 29 – la necessità di reclutare il personale mediante concorso.

delle gare d'appalto, dei requisiti di ammissione delle imprese e i capitolati; le linee guida su forme e modi di cooperazione tra enti locali. (art. 195). In tutti questi casi lo svolgimento della competenza statale richiede che si raggiunga prima l'intesa in Conferenza Stato – Regioni. Il legislatore statale, che può invocare la competenza esclusiva in materia di ambiente e di tutela della concorrenza, si è dunque uniformato alle prescrizioni della Corte costituzionale che, avendo definito di carattere trasversale le due suddette competenze (anche quella ambientale), ha ripetutamente sottolineato l'esigenza che l'esercizio delle funzioni statali trasversali non annulli la competenza regionale e ha richiesto il raggiungimento di "intese" tra stato e regioni. Almeno a prima vista non sembra vi sia, per questa parte, un problema di esorbitanza dell'intervento statale rispetto alla competenza regionale.

Passiamo ora alla parte che qui maggiormente interessa, le innovazioni introdotte nel disegno istituzionale della gestione dei rifiuti dal decreto legislativo ambientale.

- a) Si prevede per la prima volta una "gestione integrata dei rifiuti" (art. 200, comma 1, lett. a). Vero è che già nel decreto Ronchi si parlava di "gestione unitaria dei rifiuti urbani", ma con questa espressione ci si riferiva al superamento della frammentazione delle gestioni (d'altra parte debolmente perseguito) e tutt'al più al principio di autosufficienza territoriale e di prossimità (nel senso di riduzione della movimentazione dei rifiuti). Nel Codice ambientale invece "gestione integrata" indica che l'insieme di attività, comprendente la realizzazione e gestione degli impianti (art. 101, comma 4, lett. a), art. 202, comma 5) deve essere svolto da un unico soggetto. In sostanza, tutte le attività che rientrano nella "gestione" come definita nell'art. 183, comma 1, lett. g) (*raccolta, trasporto, recupero e smaltimento dei rifiuti, compreso il controllo di queste operazioni, nonché il controllo delle discariche dopo la chiusura*) sono soggette ad un unico regime, individuato dall'art. 202 (affidamento del servizio mediante gara) e attribuite ad unico soggetto. A questo punto possiamo chiederci se lo Stato sia competente ad imporre la gestione "integrata", alla luce dei criteri seguiti dalla giurisprudenza costituzionale. Probabilmente la risposta deve essere positiva, siamo sul piano delle regole di gestione, tenuto anche

conto che la Corte non è entrata nel merito delle scelte del legislatore, ma si è fermata al “tema” affrontato.

- b)** Si persegue – più nettamente che in precedenza - un obiettivo di “adeguate dimensioni gestionali” (art. 200, comma 1, lett. *b*), essenzialmente attraverso la prescrizione di un unico gestore.
- c)** Si persegue – più nettamente che in precedenza – l’obiettivo dell’unicità del governo dell’ambito attraverso l’istituzione obbligatoria delle Autorità d’ambito (art. 201, comma 2). Nel decreto Ronchi (art. 23) le forme di coordinamento tra comuni nell’ambito territoriale ottimale potevano consistere anche soltanto di convenzioni, che indicassero l’ente locale responsabile del coordinamento. La legislazione regionale ha in qualche caso previsto (art. 14 l.r. Veneto n. 3/2000), che anche attraverso la convenzione si dia luogo ad un nuovo soggetto giuridico cui affidare i compiti da svolgere nell’ambito. Ora il Codice ambientale prevede che obbligatoriamente gli enti locali del medesimo ambito costituiscano e partecipino ad una Autorità d’ambito, struttura dotata di personalità giuridica “*alla quale è trasferito l’esercizio delle loro competenze in materia di gestione integrata dei rifiuti*”. La disciplina delle forme e i modi della costituzione delle Autorità è di competenza regionale, che deve provvedere entro 6 mesi dall’entrata in vigore del decreto legislativo.
- d)** Poiché le Autorità d’ambito sono ora obbligatorie e non vi sono equivoci sulla loro natura di enti locali di secondo grado, e poiché a dette Autorità spetta per legge statale l’esercizio delle competenze locali in materia di gestione integrata dei rifiuti (“*è trasferito*”, e non “*sarà trasferito*”), interpretare l’espressione dell’art. 201, comma 2, nel senso che detto “trasferimento” richieda una manifestazione di volontà di ciascun ente locale significa indulgere alla tutela di una autonomia che lo stesso legislatore ha in questo caso escluso, e mettere a rischio la realizzazione del nuovo ente⁵. Le competenze delle Autorità sono già definite dal legislatore (sotto forma di esercizio delle competenze altrimenti comunali) e non vi è quindi margine di scelta, che richieda la manifestazione di volontà di

⁵ Già a rischio di suo, per le ragioni che diremo più avanti.

ciascun ente componente. Anche a proposito delle norme sull'Autorità può porsi un problema di competenza statale, attenuato dalla previsione (art. 200, comma 5) che le regioni possono adottare modelli alternativi a quello statale.

e) E' una novità di grande peso la prescrizione di affidare a terzi, mediante gara, l'intero servizio (compresa la realizzazione e gestione degli impianti, e compresa naturalmente la raccolta, la raccolta differenziata, la commercializzazione e lo smaltimento completo di tutti i rifiuti urbani e assimilati prodotti all'interno dell'Ato, art. 201, comma 4, lett. a) e b). Come è noto, la disciplina generale (art. 113 Tuel) consente invece al singolo ente locale (a sue associazioni o consorzi) di decidere se far ricorso al mercato oppure gestire direttamente mediante una struttura *in house*. L'aggiudicazione del servizio mediante gara compete all'Autorità d'ambito. In tal modo il settore dei rifiuti – cui si applicava prima per l'aspetto della gestione soltanto l'art. 113 del Tuel – è dotato di una disciplina speciale e resta soggetto alla disciplina generale soltanto per le parti non normate nel codice ambientale⁶. Qui siamo nel pieno della competenza statale e quindi non si pongono problemi, mentre nel merito della norma diremo più avanti.

f) E' disciplinata anche l'utilizzazione dei beni strumentali per il servizio. Qui l'aspetto interessante riguarda il titolo di tale utilizzazione.

Secondo l'art. 113, alla scadenza di ciascun periodo di affidamento (e in esito alla successiva gara di affidamento) “*le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali o delle società di cui al comma 13, sono assegnati al nuovo gestore*” (art. 113, comma 9 del Tuel). Tali società (quelle del comma 13) “*pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio...a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali*”.

Secondo la nuova disciplina relativa alla gestione dei rifiuti, invece, “*gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali di proprietà degli enti locali già esistenti al momento dell'assegnazione del servizio sono conferiti in comodato ai soggetti affidatari del medesimo*

servizio". Prescrizione che potrebbe essere interpretata nel senso della necessaria gratuità dell'utilizzazione degli impianti di recupero o smaltimento, "essenzialmente gratuito" essendo il comodato (art. 1803 c.c.). Ma che può essere invece intesa nel senso che spetti all'Autorità locale decidere nell'uno o nell'altro senso, in base alla regola generale secondo cui l'utilizzatore degli impianti paga un canone. D'altra parte possiamo dire che, se disporre in materia di reti rientra nella competenza statale di tutela della concorrenza, l'adozione dell'istituto del comodato difficilmente può considerarsi principio e quindi vincolante per le regioni.

- g)** La durata della gestione non è disciplinata dall'art. 113, che rinvia alle discipline di settore. L'art. 201, comma 6 del codice ambientale provvede a completare la disciplina prevedendo una durata del rapporto non inferiore ai 15 anni, salvo durate maggiori stabilite con legge regionale. La durata di 15 anni è eccessiva se non vi è realizzazione di nuovi impianti. Meglio sarebbe stato lasciare alle regioni e agli enti locali la possibilità di decidere sulla base di una forbice più ampia, mediante una durata minima inferiore (8, 10 anni). Dal punto di vista del carattere vincolante o meno di tale disposizione, si può dire che se il tema durata attiene certo alla tutela della concorrenza, nulla impedisce alle regioni – se non vanno contro altri principi vincolanti – di seguire criteri di maggiore tutela della concorrenza prevedendo anche durate inferiori.
- h)** A queste altre previsioni si aggiungono, quelle relative al personale degli ex gestori e allo svolgimento delle gare. Quanto al personale del gestore uscente, l'art. 202, comma 6, prevede il passaggio diretto ed immediato al nuovo gestore con la salvaguardia delle condizioni contrattuali, collettive ed individuali, in atto. Si applica l'art. 2112 del c.c. (trasferimento di ramo d'azienda). Anche qui vi è da chiedersi se si tratti di un principio vincolante. Sembra si debba dire che non lo è dal punto di vista della tutela della concorrenza, semmai da altri punti di vista (tutela del lavoro), che non possono essere qui approfonditi.

⁶ Si tratta di un caso diverso, peraltro, da quelli del gas naturale e dei trasporti, che sono del tutto esclusi dalla sfera di applicazione dell'art. 113 TUEL.

i) Quanto allo svolgimento delle gare, i commi 1 e 2 dell'art. 202 (*Affidamento del servizio*) sono scritti palesemente come reazione alla sentenza n. 272 della Corte. I due commi vanno quindi confrontati con i criteri enunciati dalla Corte nella sentenza n. 272/2004. In quel caso si trattava del comma 7 dell'art. 113, contestato dalla Regione Toscana in quanto invasivo di competenze regionali. La Corte ha "salvato" il primo periodo del comma (in cui genericamente si richiede che la gara si svolga nel rispetto degli standard definiti dalla competente Autorità di settore o in mancanza dagli enti locali) e dichiarato incostituzionale il resto. Il resto definiva, in termini prescrittivi, i criteri di aggiudicazione, considerati dalla Corte troppo dettagliati e "autoapplicativi", tali quindi da non lasciare alla regione margini di manovra, o margini di manovra limitati⁷. Ora, i due commi citati dell'art. 202, prescrivono, anche se in termini diversi, precisamente gli elementi da valutare nello svolgimento della gara, cioè i criteri di aggiudicazione, ed anzi (provocatoriamente?) rinviano all'ulteriore disciplina di un apposito decreto ministeriale.

Resta quindi pienamente aperto l'interrogativo della compatibilità stessa di tali criteri di aggiudicazione e del relativo metodo con la linea assunta dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 272/2004 e n. 29/2006, secondo le quali la legittimità dell'intervento statale – trattandosi di materia trasversale che incide su competenze concorrenti o residuali delle regioni – va valutata alla stregua dei requisiti di proporzionalità ed adeguatezza. Ora appare evidente che se è stato valutato incostituzionale in parte il comma 7 dell'art. 113, che avrebbe compresso, in modo sproporzionato rispetto alle esigenze di tutela della concorrenza le competenze regionali, a maggior ragione dovrà esserlo l'art. 202, commi 1 e 2, sia per il contenuto, sia per il rinvio ad un successivo decreto ministeriale.

Nell'esaminare poi nel merito i criteri, si nota subito che secondo il nuovo testo l'aggiudicazione deve avvenire "*mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, in conformità ai criteri di cui all'art. 113, comma 7*

(dichiarati incostituzionali) *del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché con riferimento all'ammontare del corrispettivo per la gestione svolta, tenuto conto delle garanzie di carattere tecnico e delle precedenti esperienze specifiche dei concorrenti, secondo modalità e termini definiti con decreto del Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio nel rispetto delle competenze regionali in materia*". Colpisce la necessaria previsione dei "corrispettivi" per la gestione, che non possono non esserci, tanto che la gara si svolge sul "*piano di riduzione dei corrispettivi*" (art. 202, comma 2). Come dire: i comuni, attraverso le Autorità d'ambito, non soltanto non incassano nulla a titolo di canone (vedi comodato), ma debbono necessariamente prevedere dei corrispettivi al gestore. E non c'è dubbio che si tratti di criteri vincolanti per le regioni, anche se probabilmente non <autoapplicativi>. Ma il criterio per decidere della competenza statale non può dipendere – ci sembra – dal fatto che vi siano o meno da parte delle regioni possibilità di elusione. Quindi: o si ammette la possibilità di interpretare il testo nel senso che il piano dei corrispettivi è rilevante in quanto esistente (per autonoma determinazione dell'ente locale) e può quindi non esistere; oppure anche questa previsione appare censurabile per il suo specifico contenuto.

- j)** Poiché la nuova modalità di affidamento del servizio è una soltanto (la gara)⁸, è necessaria una disciplina specifica che preveda la cessazione anche anticipata delle gestioni precedenti. A questo provvede l'art. 204, secondo cui in buona sostanza i gestori attuali esercitano il servizio " *fino all'istituzione e organizzazione del servizio di gestione integrata dei rifiuti da parte delle Autorità d'ambito*", espressione che va ragionevolmente interpretata nel senso che le vecchie gestioni durano fino all'affidamento ai nuovi gestori, non essendo concepibili soluzioni di continuità nella gestione. E' più precisa la dizione utilizzata nell'art. 198 ("*Sino all'inizio delle attività del soggetto aggiudicatario della gara ad evidenza pubblica indetta dall'Autorità d'ambito ai sensi dell'art. 202, i comuni continuano la gestione dei rifiuti urbani e dei rifiuti assimilati avviati allo smaltimento in regime di privativa nelle forme di cui all'art. 113, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*"), che tratta fuori

⁸ Non vi è quindi possibilità di far salvi precedenti affidamenti diversi da quelli a terzi mediante gara.

sede la medesima materia, la successione del nuovo gestore al precedente (è possibile che l'espressione "*i comuni continuano la gestione*" si riferisca a gestioni in economia o anche a gestioni dirette svolte attraverso società *in house*").

Il profilo istituzionale dell'Autorità.

Qualche considerazione a parte merita l'Autorità d'ambito, così come disciplinata dalla legislazione statale, anche se la sua previsione non costituisce certo una novità. Nella disciplina dei servizi idrici è nota da tempo, e la legislazione regionale l'ha introdotta anche nel settore rifiuti, dopo che il decreto Ronchi ha previsto i relativi Ato. Quel che ancora non è chiaro – specie nella prassi – è il profilo istituzionale dell'Autorità, che dall'ultimo intervento legislativo emerge con maggiore nettezza. Per non dire della lentezza della sua realizzazione.

Nel nuovo testo è un soggetto dotato di personalità giuridica, espressione delle autonomie locali – e quindi rappresentativo di secondo grado – che ha compiti di indirizzo politico-amministrativo, di amministrazione attiva (essenzialmente la gestione delle gare) e di controllo. E' il soggetto cui compete la "gestione" dei rifiuti urbani ed assimilati, che indice le gare ad evidenza pubblica, al quale è demandata "*l'organizzazione, l'affidamento e il controllo del servizio di gestione integrata dei rifiuti*" (art. 201, comma 1). Ancora: "*L'Autorità d'ambito organizza il servizio e determina gli obiettivi da perseguire per garantirne la gestione secondo criteri di efficienza, di efficacia, di economicità e di trasparenza; a tal fine adotta un apposito piano d'ambito, in conformità a quanto previsto dall'art. 203, comma 3*" (art. 201, comma 3). E' l'Autorità d'ambito che aggiudica il servizio (art. 202, comma 1), il contratto di servizio intercorre tra Autorità d'ambito e i soggetti affidatari del servizio. Spetta alle Autorità d'ambito definire "*le procedure e le modalità, anche su base pluriennale, per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla parte quarta del presente decreto*", ed elaborare "*un piano d'ambito comprensivo di un programma degli interventi necessari, accompagnato da un piano finanziario e dal connesso modello gestionale ed organizzativo*" (art. 203, comma 3).

Di conseguenza la guida delle Autorità d'ambito deve essere squisitamente politica, essendo la sede in cui si assumono le decisioni sull'organizzazione del servizio, sulla base delle linee guida regionali e provinciali.

Il secondo aspetto da esaminare è la composizione dell'Autorità. Poiché la gestione del servizio rifiuti è da sempre competenza comunale, il legislatore, pur prevedendo l'obbligatoria costituzione del nuovo ente, si esprime in termini che evidenziano il carattere di struttura associativa dell'Autorità, come quella che consente ai comuni di organizzare insieme, in un ambito territoriale definito, il servizio:

- i comuni “concorrono, nell'ambito delle attività svolte a livello degli ambiti territoriali ottimali, alla gestione dei rifiuti urbani ed assimilati” (art. 198, comma 1); con questa espressione si valorizza correttamente l'apporto decisionale dei comuni al consorzio come ente di secondo grado;
- corrispondentemente, alle Autorità “è trasferito l'esercizio” delle competenze comunali (art. 201, comma 2), che i comuni singolarmente non possono più esercitare.

Poiché le competenze che confluiscono in capo all'Autorità provengono dai comuni e non dalle province, appare logico ritenere, come del resto si desume dall'art. 198 del Codice, che vi partecipino soltanto i comuni. Non conduce ad una diversa conclusione (anche le province) il fatto che nel primo comma del successivo art. 201 si parli genericamente di *enti locali*, prevedendo che gli stessi “*costituiscono* le Autorità d'ambito”, non soltanto per la chiarezza del 198, comma 1; soprattutto per il fatto che le province hanno essenzialmente funzioni di controllo (art. 197, comma 1, lett. *b*) e di localizzazione territoriale (art. 197, comma 1, lett. *d*), ed è quindi coerente che non partecipino, concorrendo alla costituzione dell'Autorità, alle attività di organizzazione del servizio.

Sintetizzando, netta è la differenza con il passato, in cui la ricerca di una razionalizzazione dei servizi in un ambito determinato non ha mai intaccato la commistione tra governo e gestione e la stessa pluralità delle gestioni.. Per la prima volta si applica anche in questa materia la separazione tra funzioni di governo e funzioni di gestione (principio introdotto prima nel d. lgs n. 29/1993, poi nel d.lgs. n. 80 e ora nel d.lgs. n. 165, T.U. del pubblico impiego). Per coerenza con le funzioni da svolgere, le cariche nell'Autorità dovrebbero essere ricoperte da amministratori locali e non da gestori delle aziende.

Il ruolo delle Province.

Per la prima volta le funzioni di governo del settore dei rifiuti urbani sono affidate in modo chiaro ad una struttura associativa degli enti locali, così da essere esercitate unitariamente ad una dimensione sovracomunale.

Alle province invece spetta il controllo periodico su tutte le attività di gestione, di intermediazione, e di commercio dei rifiuti. Per i rifiuti urbani dovrebbero, se fossero parte dell'Autorità d'ambito, controllare se stesse. Accanto ad una generale attività di controllo in particolare spetta alle Province la decisione sulla *localizzazione* degli impianti di smaltimento, anche in negativo (decidendo, cioè, dove non si possono realizzare).

Nel complesso, quindi, si segnala nell'ambito della gestione dei rifiuti un impoverimento, a vantaggio dell'Autorità, del ruolo delle Province, alle quali non spetta più alcun potere di pianificazione, come invece previsto dal decreto legislativo Ronchi (dall'art. 23 d.lgs. n. 22/1997).

Il potere regolamentare a livello locale

L'unitarietà decisionale in capo all'Autorità – che abbiamo sopra illustrato - richiederebbe che anche il potere regolamentare in questa materia fosse esercitato a livello di ambito e non da parte dei singoli comuni, come sembra sia previsto invece nell'elenco delle competenze comunali contenuto nel comma 2 dell'art. 198 del Codice. Se così fosse effettivamente, avremmo 20, 30 diverse “*misure per assicurare la tutela igienico sanitaria in tutte le fasi della gestione*”. E, ancor più rilevante, altrettante differenti decisioni di *assimilazione dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani*, con tutte le relative conseguenze. Gli esempi possono ovviamente continuare, dato che il secondo comma dell'art. 198 elenca 7 diversi contenuti dei regolamenti comunali.

Che il problema esista, ed esistesse già prima, è testimoniato dalla l.r. del Veneto n. 3/2000 la quale ha previsto che l'Autorità d'ambito “adotta il regolamento tipo relativo alla gestione dei rifiuti urbani”, che indirizza il contenuto dei singoli regolamenti comunali.

Ora una più accurata interpretazione degli articoli 198 e 201 consente probabilmente di prospettare una soluzione anche più semplice e più netta. Nell'art. 198

le competenze dei comuni sono descritte come “concorso alla gestione” (comma 1), e “concorso alla disciplina della gestione” (comma 2), quest’ultima da esercitarsi in coerenza con i piani d’ambito adottati dall’apposita Autorità, alla quale l’art. 201 trasferisce inoltre le competenze comunali <in materia di gestione integrata dei rifiuti>. Le competenze dei comuni in materia di gestione sono tanto quelle di organizzazione della gestione, quanto quelle di disciplina di tale organizzazione. Se è così, alle Autorità d’ambito è trasferito anche l’esercizio della funzione regolamentare, che d’altra parte va in parallelo con il potere, che nasce direttamente in capo all’ente associativo, di definire il piano d’ambito; con il vantaggio che si evita un’inutile duplicazione.

D’altra parte non si tratta di sottrarre ai comuni il potere regolamentare, da considerarsi “funzione fondamentale” (ricordiamo che peraltro le funzioni fondamentali ex lett. p) dell’art. 117 cost. non sono ancora state individuate dal legislatore), ma di prevedere (obbligatoriamente) il suo esercizio in forma diversa, appunto associata, operazione che dovrebbe ritenersi consentita (e che non è possibile in questa sede approfondire).

Governo e gestione; sempre e soltanto la gara?

Giunti a questo punto e senza la pretesa di un esame completo che richiederebbe troppo tempo, ci soffermiamo per concludere sulla questione cruciale che il Codice ambientale solleva. Come si è visto, le funzioni dell’Autorità non sono e non possono essere di gestione, neppure nella forma dell’*in house*. Il gestore è necessariamente terzo rispetto all’Autorità e ai comuni che la compongono (art. 201, comma 4 e art. 202, comma 1). D’altra parte neppure i singoli comuni possono gestire, direttamente o indirettamente⁹, e le gestioni in corso debbono cessare con la scelta dei nuovi gestori.

L’interrogativo principale riguarda la legittimità giuridica e – se si vuole – l’opportunità politica dell’esclusione dell’*in house* e secondariamente della società mista.

Sulla legittimità giuridica, molto schematicamente. Si tratta di stabilire se costituisca principio costituzionale o comunitario la garanzia all’autonomia locale della

⁹ Secondo la legge regionale 3/2000 e succ. mod. se per l’Autorità vi è il divieto di gestire i rifiuti (art. 15), l’individuazione del soggetto gestore è monca, poiché, a quanto si capisce, i comuni restano titolari del potere di scelta dei (loro) gestori.

libera scelta tra il ricorso al mercato e l'autoproduzione del servizio. Dal punto di vista del diritto interno, in cui è entrata ormai senza mediazioni la tutela della concorrenza (117, lett. e)), una tale garanzia certamente non esiste. Tutela della concorrenza significa che la concorrenza, e quindi il ricorso al mercato, va applicata sempre laddove sussistono le circostanze che la rendono possibile. Una tale valutazione spetta caso per caso all'ente locale, ma non è escluso che il legislatore la possa compiere – come è già avvenuto - per un intero settore, nel quale sia nota la disponibilità di operatori economicamente e tecnicamente adeguati. Resta da chiedersi se l'esclusione di altre forme, diverse dal reperimento del gestore sul mercato, possa considerarsi assoluta.

E qui la risposta è secondo me negativa. La tutela della concorrenza non può essere un valore assoluto e superiore a qualsiasi altro; cede sicuramente in caso di conflitto con gli obiettivi sociali delle attività di interesse economico generale, come attesta d'altra parte anche una fonte insospettabile come l'art. 86 del Trattato CE ed è confermato per noi dalla lett. e) dell'art. 117 Cost. (la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali). Non può invece essere considerato un argomento a favore della libera determinazione degli enti locali la ripetuta affermazione comunitaria non esservi nulla nel Trattato che consenta di impedire alle pubbliche amministrazioni l'autoproduzione dei servizi di interesse generale. Questo significa infatti soltanto che dal Trattato non derivano su questo punto vincoli per il diritto interno.

Ne deriva che:

- non può essere esclusa la necessità di far ricorso a forme di autoproduzione se si dimostri l'impossibilità concreta di far ricorso al mercato;
- ma non può essere consentita la libera scelta tra mercato e autoproduzione (come nell'attuale comma 5 dell'art. 113 tuel).

Se la disciplina del Codice non è assoggettabile ad una interpretazione adeguatrice che consenta di giungere a queste stesse conclusioni, essa potrebbe essere considerata incostituzionale. E meriterebbe di essere modificata ancor prima di una eventuale pronuncia della Corte.

Il periodo transitorio

Quando questo nuovo regime gestionale, strutturato per Ambiti territoriali ottimali, diverrà operativo?

A ben vedere i tempi previsti dal legislatore sembrano difficilmente rispettabili.

Entro **6 mesi** (31 ottobre 2006) devono essere delimitati gli Ambiti (anche con provvedimento amministrativo: art. 200, c. 2) e definite *forme e modi* di collaborazione tra gli enti locali compresi nell'Ambito, con espressa previsione (obbligo) della costituzione dell'Autorità d'Ambito (necessariamente con legge regionale perché si tratta di intervenire sulle competenze degli enti territoriali).

Entro 9 mesi (31 gennaio 2007) l'Autorità costituita deve disporre l'affidamento¹⁰ del servizio tramite gara (solo dopo, ovviamente, aver istituito e organizzato il nuovo servizio di gestione integrata dei rifiuti e attenendosi, per l'affidamento, a tempi e criteri da definirsi con apposito decreto ministeriale, ad oggi tra i decreti ministeriali dichiarati inefficaci dal Ministero dell'Ambiente). Si noti che il Codice dell'Ambiente concede **un solo mese** di proroga in più, in deroga al termine del 31 dicembre 2006 di cui all'art. 113, c. 15-*bis* del TUEL in materia di cessazione delle gestioni affidate senza gara, per avviare la procedura pubblica.

Appare evidente l'incongruità di queste scadenze: se le Regioni volessero, o dovessero, utilizzare tutto il semestre concesso dal legislatore nazionale per esercitare le loro competenze, **3 mesi** per la formale costituzione, l'insediamento dell'Autorità e l'affidamento del servizio, appaiono assolutamente irreali.

Ovviamente, nelle more dell'organizzazione del servizio da parte dell'Autorità, lo stesso continua ad essere gestito dagli *attuali soggetti gestori* (anche se gestito in economia), fino a quando l'Autorità stessa non provvederà ad affidare il servizio, nel rispetto delle regole concorrenziali, con procedura ad evidenza pubblica (art. 204, c. 1).

¹⁰ Anche intendendosi, nell'interpretazione più benevola "disporre sull'affidamento" con una delibera dell'Autorità. Ma pare più congruo concludere che entro tale termine occorrerà aver già predisposto il bando per avviare la selezione.

Sono previsti, è vero, dei poteri sostitutivi, ma soltanto a carico dell'Autorità d'ambito, se questa non disponesse tempestivamente i nuovi affidamenti (art. 204, comma 3). Ma se l'Autorità non c'è, perché manca ancora la legge regionale, o perché pur essendo entrata in vigore la legge regionale, manca la costituzione dell'ente Autorità, non può neppure essere sostituita dal Presidente della Giunta regionale o dal Ministro.

Conclusioni

Concludendo, la riforma del Codice

- appare irragionevole perché non concede il tempo necessario a rendere realizzabili le gare;
- limita la concorrenza perché prevede un gestore unico per l'intero ciclo e elimina la possibile concorrenza "nel mercato";
- esclude in forma assoluta possibilità di gestione in forma diversa dalla gara, che possono sia pure eccezionalmente rendersi necessarie;
- risulta semplicemente inapplicabile perché già si sa che il termine per la costituzione delle Autorità e quindi per le gare è inosservabile.

Prof. Avv. Adriana Vigneri