

14 FEBBRAIO 2018

Ambiente, rifiuti, principio di legalità:
obiettivo *End of Waste*

di Giovanni Barozzi Reggiani

Consigliere giuridico del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.
Professore a contratto presso l'Università degli studi di Bologna

Ambiente, rifiuti, principio di legalità: obiettivo *End of Waste**

di Giovanni Barozzi Reggiani

Consigliere giuridico del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.
Professore a contratto presso l'Università degli studi di Bologna

Sommario: 1. Il processo *End of Waste*. 2. Il recupero dei rifiuti quale attività da autorizzare a livello amministrativo. 3. I criteri specifici per il processo *End of Waste* e il ruolo delle procedure amministrative. 4. La legittimità della definizione “caso per caso” nell’ambito di procedimenti amministrativi. Torniamo a parlare di poteri impliciti? 5. *End of Waste* e ponderazione degli interessi in gioco.

1. Considerazioni introduttive: il processo *End of Waste*.

L'*End of Waste* (di seguito anche: *EOW*) – vale a dire il processo mediante il quale un rifiuto cessa di essere tale, perdendo la relativa qualità, e diviene un prodotto – è tematica meritevole di attenzione¹, non soltanto per i profili di diritto dell’ambiente, ma, più in generale, per l’attività di ponderazione dei vari ed eterogenei interessi, pubblici e privati, operata a più livelli, e per le tecniche di tutela di detti interessi.

Della tematica in esame due sono gli aspetti principali che qui si intende mettere in evidenza: gli interessi pubblici, sotto un profilo qualitativo e quantitativo, che afferiscono al processo *EOW* (non confinati,

* Articolo sottoposto a referaggio.

Il presente contributo costituisce rielaborazione e ampliamento della relazione, dal titolo *Il ruolo delle procedure amministrative nel passaggio da “rifiuto” ad “End of Waste”*, tenuta al *Seminario di Studi di Nomisma e dell’Università degli Studi di Bologna in occasione del G7 Ambiente 2017*, in data 8 giugno 2017. Le considerazioni sono espresse esclusivamente a titolo personale e non coinvolgono né impegnano l’Istituzione di appartenenza.

¹ Scarsa risulta essere l’attenzione che la dottrina (quantomeno quella italiana) ha ritenuto di dedicare all’argomento. Fra i contributi più rilevanti si segnala D. ROTTGEN, *End-of-Waste tramite provvedimenti autorizzativi*, in *Ambiente e sviluppo*, 10, 2012, 809 ss; ID, *La fine del rifiuto (end of waste): finalmente arrivano le indicazioni di Bruxelles*, in *Ambiente e sviluppo*, 11, 2008, nonché, sulla nozione di “materia prima secondaria” (“progenitrice” di quella di *End of Waste*): P. GIAMPIETRO, *Il rifiuto, la materia prima secondaria e la volontà del detentore tra d.m. 26 gennaio 1990 e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Foro it.*, IV, 1990, 502 ss; G. AMENDOLA, *Materie prime secondarie: un decreto da rifare*, in *Foro it.*, 1990, V, 210 ss.

Ben più ampia e approfondita è invece la letteratura concernente il ciclo dei rifiuti. Sul tema si rimanda, fra i tanti, a A. BORZI, *La gestione dei rifiuti*, in M.A. SANDULLI - R. FERRARA (a cura di), *Trattato di diritto dell’ambiente*, Milano, 2014, 605 - 686; G. CERINA FERRONI (a cura di), *Produzione, gestione, smaltimento dei rifiuti in Italia, Francia e Germania tra diritto, tecnologia, politica*, Torino, 2014; S. MAGLIA, *Prima lettura su alcuni aspetti generali della parte IV: norme in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. Ambiente & Sviluppo*, Maggio 2006, 5 ss; DELL’ANNO P., voce *Rifiuti* in *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 5032 ss; L. RAMACCI, *La nuova disciplina dei rifiuti*, Piacenza, 2006; N. DE SADELER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti*, Milano, 2006; G. GIOVE, *La tutela dell’ambiente nel ciclo dei rifiuti*, Milano, 2005; S. BELTRAME, *Gestione dei rifiuti e sistema sanzionatorio*, Padova, 2000; A. JAZZETTI (a cura di), *La normativa in materia di rifiuti*, Milano, 1993.

come si anticipava, a tematiche di tutela ambientale) e il ruolo che le procedure amministrative svolgono nella cura e nella salvaguardia degli stessi.

In relazione al primo profilo, è finanche banale osservare che il processo *End of Waste* persegue, prioritariamente, finalità di tutela dell'ambiente (la quale costituisce, ormai da decenni, un obiettivo che l'ordinamento dell'Unione europea, gli Stati che della stessa sono membri e, in generale, gli ordinamenti nazionali più progrediti hanno codificato e affidato ad apparati di natura pubblica) anche solo per l'immediata considerazione che tramite detto processo si elimina un rifiuto dall'ambiente, recuperandolo, e si ottiene (*rectius*: riottiene) un prodotto².

Implementando il processo *EOW* si procede quindi decisamente verso la piena realizzazione di quella economia circolare che costituisce obiettivo prioritario tanto per l'ordinamento interno quanto per quello dell'Unione europea.

Oltre a quello squisitamente ambientale, tuttavia, altri e non meno rilevanti interessi, alcuni dei quali aventi una rilevante dimensione economica, vengono in rilievo in relazione a quel processo di recupero dei rifiuti che sfocia nell'*End of Waste*; su tutti, deve segnalarsi quello relativo alla certezza del diritto (cui si collega strettamente la certezza dei rapporti giuridico-economici) e quello - di pari rilievo - concernente la tutela dell'affidamento degli operatori che si occupano di attività di gestione dei rifiuti; interessi entrambi legati, in particolare, all'esigenza della definizione di un quadro di regole certe e chiare, che permetta agli operatori medesimi di poter effettuare (entro certi limiti) previsioni circa la "risposta" che potranno legittimamente attendersi dalle Amministrazioni in determinate situazioni e a fronte della presentazione di specifiche istanze (interesse strumentale a consentire la programmazione degli investimenti e, in generale, all'effettuazione di scelte strategiche di tipo economico)³.

Detti interessi, che potremmo definire "secondari", devono essere, dal legislatore prima ancora che dalle Autorità amministrative, ponderati e bilanciati rispetto a quello concernente la tutela dell'ambiente e -

² Con ciò che consegue in relazione al rispetto della "gerarchia dei rifiuti", definita e imposta dalla Direttiva 2008/98/CE, che pone quale criterio preferenziale - nella definizione dell'approccio alla gestione dei rifiuti, da parte degli Stati membri - il recupero e/o il riutilizzo del rifiuto rispetto allo smaltimento dello stesso. Cfr. Sul tema F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: dallo smaltimento alla prevenzione*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 316. "Nell'ordine di priorità delle azioni che devono essere svolte (la c.d. gerarchia nella gestione dei rifiuti o, più correttamente, la gerarchia delle modalità di approccio alle problematiche ambientali generate dalla produzione dei rifiuti) vi è in primis la prevenzione con le attività ad essa riconducibili (preparazione per il riutilizzo, riutilizzo, riciclaggio e recupero) e, solo come ultima ratio, lo smaltimento)"

³ Detto interesse, proprio degli operatori economici, assume, soprattutto in una materia delicata e sensibile come la gestione dei rifiuti, una dimensione tanto "privatistica" o "individuale" (in quanto l'affidamento, declinato nel senso indicato sopra, è interesse che afferisce specificamente alla sfera giuridica dell'operatore) quanto pubblica, nella misura in cui dalla garanzia delle istanze sottese alla piena affermazione del principio di affidamento derivano conseguenze che riguardano l'economia e la corretta ed efficace gestione dei rifiuti, interessi certamente da riferirsi ad una collettività, potenzialmente estesa a tutto il territorio nazionale.

ove possibile - ugualmente costituiti oggetto di considerazione e tutela; in merito si anticipa che, pur non potendo ravvisarsi un vero e proprio rapporto di gerarchia tra l'interesse pubblico primario (l'ambiente) - così definito in quanto tutelato in via diretta e principale⁴, a livello normativo prima ancora che amministrativo - e quello (secondario) alla certezza del diritto ed alla tutela dell'affidamento degli operatori economici, come sopra definiti e circoscritti, non può non constatarsi come - in ambito di processi *EOW* - l'ordinamento italiano abbia previsto, e stia tutt'ora prevedendo, forme di tutela a gradi crescenti, che vanno implementandosi con il trascorrere del tempo.

Non si ritiene di poter parlare di vera e propria gerarchia di interessi, si diceva, in quanto, come si chiarirà nel prosieguo del contributo, l'ordinamento italiano, nell'assetto giuridico/normativo che va definendosi, intende offrire tutela a tutti gli interessi coinvolti nel processo *EOW*, senza tralasciarne (e tantomeno sacrificarne) alcuno.

Detta tutela si estrinseca tuttavia secondo modalità diverse (e in questo senso, e solo in questo senso, potrebbe eventualmente parlarsi di "gerarchia"), e procede per gradi e con differenti velocità, che variano a seconda dei singoli interessi considerati; lo schema può essere così reso ed esplicitato (con uno sforzo di sintesi e semplificazione): tutelare l'interesse primario ("pienamente e subito"); considerare anche gli interessi secondari - evitando dunque di trascurarli, o "sacrificarli" all'interesse primario - ma mediante forme di tutela ad estensione progressiva ("pienamente, ma non subito").

Non che la tutela dell'ambiente (interesse primario) non sia destinata a sua volta a subire un'implementazione ed un rafforzamento nel prossimo futuro (per le ragioni che andranno a esplicitarsi nel prosieguo nonché per la considerazione che la piena affermazione - ed il pieno rispetto - della gerarchia dei rifiuti è obiettivo che non può che essere conseguito gradualmente); detta implementazione, tuttavia, a differenza di quanto accade per l'interesse relativo alla certezza dei rapporti, giuridici ed economici, e alla tutela dell'affidamento degli operatori, andrà ad innestarsi su un nucleo di tutele che già

⁴ La questione della definizione dell'interesse tutelato in via prioritaria da una determinata disciplina normativa, nonché da un'Autorità amministrativa a ciò preposta, è complessa e suscettibile di ricevere risposte e soluzioni non sempre univoche. Non esiste uno schema definitorio fisso e canonizzato, posto che la questione va analizzata (e risolta) caso per caso. La dottrina ha, nel tempo, provveduto ad elaborare criteri di grande utilità ai fini della conduzione della succitata attività ricostruttiva. In taluni casi, la semplice interpretazione letterale del disposto normativo è sufficiente a inquadrare l'interesse primario (tutelato dalle norme stesse), e a qualificare come secondari tutti gli altri interessi, a vario titolo collegati a quello primario. Altre volte, di contro, "*non è affatto di immediata percezione quale sia l'interesse pubblico da tutelare, in quanto la legge stessa impone di tenere conto di numerosi interessi eterogenei e di vasta dimensione, senza fissare una gerarchia al loro interno, come avviene per le decisioni amministrative complesse*" (cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 104). Non è, quest'ultima, la fattispecie che ci occupa, dal momento che quello ambientale (*latu sensu* inteso) è indubbiamente l'interesse centrale e prioritario della disciplina *EOW*, e detta centralità (o supremazia, rispetto ad altri interessi) è al medesimo conferita già a livello di ordinamento U.e. Piuttosto, nell'ambito della tematica che si sta esaminando si registra, oltre alla sussistenza di un chiaro e definito interesse primario, la presenza di una pluralità di interessi secondari - privati e pubblici - non tutti di immediata identificazione e qualificazione.

oggi appare particolarmente strutturato; la tutela dell'affidamento degli operatori, invece, pur non del tutto trascurata dal quadro giuridico – normativo vigente, appare tuttavia ancora ad uno stadio embrionale, necessitando di successivi interventi normativi per raggiungere un livello equiparabile a quello raggiunto dalla tutela dell'ambiente.

Si delinea pertanto uno schema di tutela (di interessi) a più livelli e a più velocità, giustificate (queste ultime) dal diverso rango che detti interessi rivestono; l'uno, quello concernente il rispetto della gerarchia dei rifiuti e la tutela dell'ambiente, prioritario e non negoziabile; l'altro, pur a sua volta assai rilevante, già parzialmente tutelato, ma “in attesa” di interventi normativi che rafforzino detta tutela.

Ciò si spiega, naturalmente, in ragione del fatto che, da un lato, non tutti gli interessi (pubblici o privati che siano) si collocano sul medesimo piano, in merito alla rilevanza – anche costituzionale – che un determinato ordinamento attribuisce loro; dall'altro che rispetto a singoli interessi - anche in ipotesi collocati al medesimo livello di un'ipotetica “scala di rilevanza” - l'ordinamento deve valutare le possibili forme e tecniche di tutela ed implementazione, ed effettuare un bilanciamento che determini il risultato complessivo più efficace ed efficiente. Così, in quest'ottica, è ben ipotizzabile che un ordinamento preveda forme di tutela (o di implementazione) “leggere” di un determinato interesse (anche accettando eventualmente che il medesimo possa subire lesioni, purché non significative) ove ciò sia funzionale a garantire una tutela (o un'implementazione) piena ed effettiva all'interesse che si pone quale contraltare del primo, e che in assenza di detta ponderazione potrebbe subire un pregiudizio ben più rilevante.

Tale ponderazione avviene, in un quadro fattuale e giuridico ordinario, a livello normativo, posto che è il legislatore a dover effettuare il bilanciamento, attribuendo giudizi di valore, e a mettere a punto le diverse tecniche di tutela (o implementazione) degli interessi che vengono in rilievo (salvo il lasciare, ma per espressa scelta del legislatore, ambiti di discrezionalità alle valutazioni dell'attività amministrativa). Nel caso che ci occupa, vale a dire quello del processo *End of Waste*, si verifica invece un fenomeno piuttosto particolare, rappresentato dal fatto che la ponderazione in parola - fra interesse primario e interessi secondari (pubblici e privati) - avviene in parte a livello normativo, e in parte in ambito amministrativo (procedimentale), senza che quest'ultimo livello di ponderazione (quello amministrativo) sia stato, come si dirà, espressamente previsto dal legislatore.

Al fine di rendere conto delle ragioni di quanto sopra esposto, e dell'affermazione appena effettuata, si rende necessario un approfondimento sul ruolo che le procedure amministrative svolgono nell'ambito del processo *EOW*.

2. Il recupero dei rifiuti quale attività da autorizzare a livello amministrativo.

Elemento centrale e indefettibile del processo *EOW* è l'operazione di recupero del rifiuto⁵, che costituisce una delle modalità di gestione dei rifiuti e che si configura - nell'ampia definizione data dalla lettera t) del primo comma dell'articolo 183 del Testo Unico ambiente - a fronte di qualsiasi operazione *“il cui principale risultato sia di permettere ai rifiuti di svolgere un ruolo utile, sostituendo altri materiali che sarebbero stati altrimenti utilizzati per assolvere una particolare funzione o di prepararli ad assolvere tale funzione, all'interno dell'impianto o nell'economia in generale”*⁶.

Trattasi di attività, quella di recupero, che non può essere svolta liberamente (e da qualsiasi soggetto), dovendo, al contrario, avvenire nell'ambito di impianti all'uopo autorizzati; la rimozione degli ostacoli giuridici⁷ al libero esercizio dell'attività di recupero avviene, pertanto, a fronte della positiva conclusione di un procedimento amministrativo, di cui il Testo unico ambiente disciplina due distinte (e fra loro alternative) tipologie: quella di cui agli articoli 208 e seguenti, denominata procedura *“ordinaria”* di autorizzazione, e quella di cui agli articoli 214 e seguenti (cosiddetta procedura semplificata)⁸. A queste deve poi aggiungersi la procedura volta al rilascio dell'Autorizzazione Integrata Ambientale (A.I.A.), che deve essere seguita per la realizzazione e l'esercizio delle attività di smaltimento e recupero dei rifiuti svolte negli impianti indicati nell'Allegato VIII alla parte II del Testo unico ambiente (in particolare quelli di cui al punto 5, rubricato *“gestione dei rifiuti”*)⁹.

⁵ L'art. 184-ter del Testo Unico ambiente non lascia dubbi, in proposito, affermando in modo chiaro che *“un rifiuto cessa di essere tale, quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo, e soddisfa i criteri specifici”*.

⁶ L'Allegato C alla Parte IV del Testo unico ambiente contiene un elenco non esaustivo delle operazioni di recupero tra le quali figurano quelle di riciclaggio e di *“preparazione per il riutilizzo”*. Come ricorda P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2016, 95, quest'ultima è nozione nuova, *“introdotta dalla dir. 2008/98 [e oggi definita dall'articolo 183, al comma 1, lettera q)] che si riferisce alle operazioni di controllo, pulizia, smontaggio e riparazione attraverso le quali determinati rifiuti sono preparati per il reimpiego, senza necessitare di altro trattamento”*.

⁷ Il passaggio richiama la *“classica”* definizione di autorizzazione amministrativa come atto volto a rimuovere ostacoli (giuridici) al libero esercizio di un'attività. Molto ampia è la letteratura in materia di autorizzazioni amministrative, per cui ci limita a richiamare F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata: profili generali*, Milano, 1974; G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV, 25.

⁸ Per scrupolo di precisione, si rappresenta che le procedure semplificate (che per brevità abbiamo inserito fra gli strumenti *“autorizzatori”*) seguono lo schema della *“denuncia di attività”*, che prevede l'inoltro di una comunicazione all'Autorità competente (la Provincia) e la possibilità di iniziare l'attività decorsi 90 giorni dall'invio della comunicazione stessa, fermo restando il potere dell'Amministrazione di effettuare controlli circa il rispetto, da parte dell'attività o dell'impianto in cui la medesima si svolge, delle norme tecniche e delle condizioni poste dalle norme del Testo unico ambientale, e di inibire la prosecuzione dell'attività in caso di esito negativo dei controlli stessi.

⁹ L'A.I.A. sostituisce una serie di autorizzazioni, fra cui quelle di cui al 208 per il recupero o lo smaltimento dei rifiuti. Nello specifico, un'A.I.A. sostituisce ad ogni effetto (secondo quanto indicato dall'Allegato IX alla parte seconda del Testo unico ambiente) le seguenti autorizzazioni: l'autorizzazione alle emissioni in atmosfera, fermi

L'articolo 208 disciplina l'articolato procedimento (che prevede - tra le altre cose - la convocazione di una conferenza di servizi) che conduce al rilascio (o eventualmente al diniego) dell'istanza per l'autorizzazione alla realizzazione e alla gestione di un impianto preposto alle attività di recupero e smaltimento di rifiuti. La competenza al rilascio delle autorizzazioni in parola è posta dal legislatore in capo alle Regioni che non godono – tuttavia – di una discrezionalità assoluta nel valutare le istanze presentate. Il comma 11 dell'articolo 208, infatti, da un lato individua gli “elementi minimi” che l'autorizzazione deve contenere, dall'altro stabilisce che l'autorizzazione debba prevedere quelle condizioni e quelle prescrizioni che garantiscano che l'attività autorizzata venga svolta nel rispetto dei principi indicati dall'articolo 178, che, a sua volta, da un lato richiama i grandi principi in materia ambientale in relazione alle attività di recupero e smaltimento di rifiuti (precauzione, prevenzione, sostenibilità, proporzionalità ... chi inquina paga), dall'altro stabilisce che la gestione dei rifiuti venga effettuata sulla base di criteri di efficacia, efficienza, trasparenza, fattibilità tecnica ed economica, nonché nel rispetto delle norme vigenti in materia di partecipazione.

Inoltre, in sede di conferenza di servizi occorre valutare, per espressa previsione normativa, se il progetto - concernente l'impianto che effettuerà operazioni di recupero - garantisca che la gestione dei rifiuti avvenga “*senza pericolo per la salute dell'uomo e senza usare procedimenti o metodi che potrebbero recare pregiudizio all'ambiente*”, secondo quanto stabilito dall'articolo 177, comma 4 del Testo unico ambiente, richiamato dall'articolo 208¹⁰.

La stessa valutazione deve peraltro essere effettuata in sede di procedura semplificata, posto che il primo comma dell'articolo 214 stabilisce che dette procedure debbano “*garantire in ogni caso un elevato livello di protezione ambientale e controlli efficaci ai sensi e nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 177, comma 4*”.

Il rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento di attività di recupero o smaltimento dei rifiuti avviene, pertanto, solo all'esito di un procedimento autorizzatorio nell'ambito del quale sia emerso che l'attività di recupero e/o di smaltimento di rifiuti venga svolta in modo da non arrecare pregiudizio all'ambiente.

restando i profili concernenti aspetti sanitari (di cui al titolo I alla parte V del d.lgs n. 152/2006); l'autorizzazione allo scarico (di cui al capo II del titolo IV della parte terza del d.lgs 152/2006); l'autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e recupero rifiuti (di cui all'art. 208 del d.lgs 152/2006); l'autorizzazione allo smaltimento degli apparecchi contenenti PCB-PCT (di cui all'art.7 del d.lgs 209/2009); l'autorizzazione all'utilizzo dei fanghi derivati dal processo di depurazione in agricoltura (di cui all'art. 9 del d.lgs n. 99/1992). Inoltre l'A.I.A. sostituisce la comunicazione di cui all'art. 216 del d.lgs 152/2006 ferma restando la possibilità di accedere successivamente alle procedure semplificate previste dal capo V. Il Testo Unico Ambiente prevede poi due tipologie di A.I.A.: le A.I.A. regionali e le A.I.A. statali. In linea di principio, un'A.I.A. diventa di competenza statale al superamento di determinate soglie specificate nello stesso riferimento normativo. Al di sotto di queste soglie l'A.I.A. rientra nella sfera di competenza regionale.

¹⁰ “E, in particolare, a) senza determinare rischi per l'acqua, l'aria, il suolo, nonché per la fauna e la flora; b) senza causare inconvenienti da rumori o odori; c) senza danneggiare il paesaggio e i siti di particolare interesse, tutelati in base alla normativa vigente”.

Il quadro normativo vigente e il sistema delle autorizzazioni delineato dal Testo unico ambiente garantiscono, pertanto, un alto livello di tutela al bene giuridico ambiente, sotto un duplice profilo: consentendo, da un lato, l'attività di recupero e l'effettuazione del processo *End of Waste*, che permette di implementare la gerarchia dei rifiuti di matrice europea (anteponendo il recupero allo smaltimento); garantendo, dall'altro, che da detto processo non derivino conseguenze pregiudizievoli per l'ambiente e la salute umana (il che, in effetti, sarebbe paradossale).

3. I criteri specifici per il processo *End of Waste* e il ruolo delle procedure amministrative.

Ciò detto, relativamente al processo *EOW* ed alle procedure di autorizzazione deve effettuarsi una seconda riflessione.

L'articolo 184-ter del Testo unico ambiente, lo si è detto, pone il recupero quale operazione/passaggio indispensabile per la realizzazione del processo *EOW*, e stabilisce che il rifiuto sottoposto a recupero debba soddisfare taluni criteri specifici.

Il recupero dei rifiuti si pone, pertanto, quale attività necessaria ma non sufficiente per il proficuo - e legittimo - compimento del processo *EOW*: occorre altresì che la sostanza recuperata soddisfi i criteri specifici richiamati dall'articolo 184-ter.

Detti criteri, sebbene effettivamente richiamati dal predetto articolo 184-ter, non sono definiti a livello di norma primaria (né dall'articolo 184-ter stesso né da altre disposizioni) e devono pertanto essere individuati, per ogni rifiuto e/o tipologia di rifiuto, con atti diversi e distinti, nel rispetto delle quattro macro condizioni fissate - queste sì - dall'articolo 184-ter (che riprende in questo pedissequamente la Direttiva 2008/98/CE), vale a dire “*a) la sostanza o l'oggetto e' comunemente utilizzato per scopi specifici; b) esiste un mercato o una domanda per tale sostanza od oggetto; c) la sostanza o l'oggetto soddisfa i requisiti tecnici per gli scopi specifici e rispetta la normativa e gli standard esistenti applicabili ai prodotti; d) l'utilizzo della sostanza o dell'oggetto non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o sulla salute umana*” (trattasi delle stesse condizioni poste dalla Direttiva 2008/98/CE).

Il quadro normativo si compone così di una parte che potremmo definire “fissa” (non destinata a mutare salvo modifiche o novelle normative da effettuarsi prima a livello europeo che statale) rappresentata dalle quattro condizioni, nel rispetto delle quali dovranno essere adottati i criteri specifici (che rappresentano la parte “mobile”) posto che con “specifici” intendiamo, come si accennava, criteri relativi a singole sostanze o oggetti divenuti rifiuti ovvero a tipologie di rifiuti.

La definizione dei criteri può avvenire, ed avviene, a due livelli: quello europeo e quello nazionale.

Stabilisce infatti il quarto comma dell'articolo 6 della Direttiva 2008/98/CE che “*se non sono stati stabiliti criteri a livello comunitario in conformità della procedura di cui ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono decidere, caso per caso, se un determinato rifiuto abbia cessato di essere tale tenendo conto della giurisprudenza applicabile*”.

Il primo livello è dunque rappresentato dalla definizione dei criteri a livello di ordinamento U.e. La definizione dei criteri avviene tramite adozione di regolamenti - atti normativi dotati della caratteristica dell'immediata applicabilità¹¹ - nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri, e che non richiedono (anzi, ostano a) l'adozione da parte degli Stati stessi di atti interni di recepimento¹².

L'elaborazione di detti criteri è tuttavia operazione molto complessa, che presuppone un'istruttoria articolata e che, lo si ribadisce, deve essere effettuata per ogni tipologia di sostanza/rifiuto. Necessariamente, dunque, il processo di progressiva definizione dei criteri avviene e sta avvenendo per gradi e “nel tempo”; l'Unione europea ha provveduto a dettare i criteri per alcune tipologie di rifiuto, mentre altri criteri - concernenti sostanze/rifiuti - sono attualmente in elaborazione¹³.

In assenza dei criteri fissati a livello di ordinamento U.e., lo Stato membro “può decidere” (*may decide*) di fissare propri criteri a vari livelli, e nel novero di tali “livelli” possiamo annoverare non solo - ed esclusivamente - quello normativo, bensì anche quello amministrativo.

Ed infatti, ciò che già avviene e che ha trovato anche l'avvallo della giurisprudenza amministrativa, è l'individuazione dei criteri caso per caso, da parte delle Regioni, nell'ambito delle procedure amministrative di autorizzazione, ove i criteri non siano stati definiti a livello europeo o da atti normativi interni.

I criteri possono riguardare tanto i rifiuti in entrata (stabilendo, ad esempio, che le sostanze che vengono introdotte nell'impianto destinato ad effettuare l'operazione di recupero non debbano contenere

¹¹ Come è noto, ai sensi dell'articolo 288, comma 2, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, il regolamento “*ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri*”.

¹² Già negli anni 70 (sentenza *Fortini*, n. 173 del 27 dicembre 1973) la Corte costituzionale osservava che i regolamenti (dell'allora Comunità economica europea), a patto che fossero caratterizzati da “completezza di contenuto dispositivo”, costituissero “*fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità*” e in quanto tali, non dovessero “*essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente*”. Nella successiva sentenza *Società Industrie Chimiche Italia Centrale vs. Ministero del commercio con l'Estero* (n. 232, del 30 ottobre 1975), la Corte riaffermò che il contrasto con l'ordinamento dell'Unione europea si configurava anche a fronte della mera riproduzione del contenuto di un regolamento da parte di un atto normativo interno. V. anche Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, la quale, nel qualificare il regolamento quale “atto avente forza” di legge dell'ordinamento U.e, ha rilevato che “*le norme poste da tale atto sono, invero, immediatamente applicate nel territorio italiano per forza propria. Esse non devono, né possono, essere riprodotte o trasformate in corrispondenti disposizioni dell'ordinamento nazionale*”.

¹³ A titolo di esempio citiamo il Regolamento UE 333/2011 sui rottami di ferro, acciaio e alluminio ed il Regolamento UE 715/2013 sui rottami di rame.

determinate sostanze), quanto i “prodotti in uscita”: in questo le Regioni godono di rilevante discrezionalità, fermo restando il rispetto delle quattro condizioni dettate dalla Direttiva 2008/98/CE (pedissequamente riprese dall’articolo 184-ter del Testo unico ambiente).

Le Regioni - in assenza di un sostrato normativo che tratteghi i confini della discrezionalità delle medesime - provvedono alla definizione dei criteri specifici “caso per caso”, vale a dire nell’ambito delle procedure amministrative di autorizzazione ordinarie ex art. 208 (ovvero di rilascio di Autorizzazioni Integrate ambientali)¹⁴, in relazione alla singola istanza e al singolo “rifiuto” che sarà oggetto di recupero da parte dell’autorizzando impianto¹⁵, non potendo intervenire a livello normativo - regolamentare, in ragione della sussistenza di una competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell’ambiente¹⁶.

Diverso discorso deve invece condursi in relazione alle procedure c.d. “semplificate”, disciplinate dall’articolo 214 e ss. del Testo unico ambiente.

Per esse non appare infatti configurabile lo schema che vede la definizione dei criteri specifici in relazione a singole tipologie di rifiuti nell’ambito dei procedimenti autorizzatori; ciò lo si deve alla formulazione del comma terzo dell’articolo 184-ter del T.u. ambiente, il quale prevede che, nelle more dell’adozione degli atti normativi volti ad adottare i criteri specifici, continuino a trovare applicazione alcune

¹⁴ Posto che per le procedure semplificate trovano applicazione, per espressa previsione del terzo comma dell’articolo 184-ter, “*le disposizioni di cui ai decreti del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio in data 5 febbraio 1998, 12 giugno 2002, n. 161 e 17 novembre 2005*” che disciplinano le procedure di recupero volte a determinare il passaggio dal rifiuto a quella che veniva definita “materia prima seconda”.

¹⁵ Vedasi, in merito, una recente pronuncia del T.A.R. Venezia, (sez. III, 28 dicembre 2016, n. 1422) la quale ha affermato che “*deve convenirsi sul principio per cui le Regioni possono [aggiungo io: probabilmente devono] definire criteri "EOW" in sede di rilascio delle autorizzazioni di cui agli articoli 208, 209 e 211, citati, "sempre che, per la stessa tipologia di rifiuto, tali criteri non siano stati definiti con regolamento comunitario o con un decreto ministeriale emanato ai sensi del comma 2, del citato articolo 184-ter". E ciò nel rispetto del quadro dei criteri generali [ma meglio avrebbe fatto a parlare di “condizioni generali”] delineato dall’art. 184-ter, comma 1, del d.lgs.*”. La medesima sezione terza del T.a.r. Venezia ha poi ribadito, in epoca ancora più recente (con sentenza 10 febbraio 2017, n. 146), che “*la mancanza di regolamenti comunitari o di decreti ministeriali relativi a tutte le procedure di recupero dei rifiuti contrassegnati dal codice CER [...] lungi dal precludere sic et simpliciter il potere dell’Amministrazione provinciale di valutare comunque, caso per caso, l’eventuale rilascio (nel rispetto delle quattro condizioni previste dall’art. 184-ter, comma 1, D.Lgs n. 152/2006) delle relative autorizzazioni [...] comporta al contrario il potere ed il dovere appunto di procedere ad una analisi, ad una valutazione e ad una decisione casistica, rilasciando la autorizzazione unica ai sensi dell’art. 208 D.Lgs n. 152/2006 qualora la sostanza che si ottiene dal trattamento e dal recupero del rifiuto soddisfi le quattro condizioni previste dall’art. 184-ter, comma 1, D.Lgs n. 152/2006, in conformità all’art. 6, par. 1, della Direttiva 2008/98/CE*”. Si segnala peraltro che nei confronti della sentenza n. 1422/2016 è pendente un giudizio di appello. Non passerà molto tempo, dunque, prima che si conosca anche l’orientamento del Consiglio di Stato in merito alla tematica che ci occupa.

¹⁶ E, come è noto, la potestà regolamentare delle Regioni si estende alle materie di potestà legislativa esclusiva (regionale) o concorrente (salva delega da parte dello Stato). Di talché, un regolamento regionale che disciplinasse i criteri EOW per una specifica tipologia di rifiuto dovrebbe considerarsi illegittimo.

disposizioni, tra le quali il decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 5 febbraio 1998¹⁷.

Tale ultima fonte era volta a definire norme tecniche generali nell'ambito delle quali veniva fissato, per ciascuna tipologia di rifiuto e per ogni attività e metodo di recupero, “*le condizioni specifiche in base alle quali l'esercizio di tali attività è sottoposto alle procedure semplificate*”¹⁸.

Il rinvio effettuato dal comma terzo dell'articolo 184-*ter* al d.m. 5 febbraio 1998 (nonché ai decreti 12 giugno 2002, n. 161 e 17 novembre 2005, n. 269) produce l'effetto di vincolare l'attività discrezionale delle Amministrazioni competenti (le Province, in questo caso) a rilasciare l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di recupero dei rifiuti (anche a fini *EOW*) secondo la procedura semplificata alle disposizioni contenute nei medesimi decreti ministeriali, il cui ambito di applicazione non può ritenersi esteso alle procedure autorizzatorie ordinarie di cui agli articoli 208 e seguenti del Testo unico ambiente ed ai procedimenti volti al rilascio dell'Autorizzazione integrata ambientale.

4. La legittimità della definizione “caso per caso” nell'ambito di procedimenti amministrativi. Torniamo a parlare di poteri impliciti?

Definito il quadro giuridico - normativo attualmente vigente in materia di *End of Waste*, e descritto quanto sta attualmente avvenendo - anche sul piano della prassi - circa il rilascio di autorizzazioni allo svolgimento di operazioni di recupero di rifiuti (in relazione a sostanze per le quali non siano stati definiti criteri specifici né a livello di ordinamento dell'Unione europea né nell'ambito del diritto interno), occorre interrogarsi circa la legittimità di un meccanismo siffatto.

Appare invero singolare, infatti, che l'attività amministrativa venga svolta in ambiti non disciplinati da disposizioni normative (di rango primario o secondario). Che se, in effetti, disposizioni normative primarie non mancano (ci si riferisce a quelle contenute nella Direttiva 2008/98/CE e all'articolo 184-*ter* del T.u. ambiente) altrettanto vero è che le stesse, nella loro “parte fissa” (o statica, come si preferisce) disciplinano esclusivamente le citate “condizioni”, rinviando a successivi interventi normativi la definizione dei criteri specifici. Ed invero, non appare convincente la tesi, pur ottimamente argomentata da autorevole dottrina, secondo cui la definizione dei criteri *EOW* ad opera di atti amministrativi (le autorizzazioni allo svolgimento dell'attività di recupero) sarebbe ammessa e legittimata dall'articolo 9-*bis*, lettera a) del decreto legge 6 novembre 2008, n. 172 (convertito, con modificazioni, con legge 30 dicembre

¹⁷ Nonché i decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 12 giugno 2002, n. 161 (concernente l'individuazione dei rifiuti pericolosi che è possibile ammettere alle procedure semplificate) e 17 novembre 2005, n. 269.

¹⁸ All'epoca disciplinate dall'articolo 33 del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22.

2008, n. 210): disposizione che - adottata in uno specifico contesto emergenziale - non sembra suscettibile di interpretazione estensiva¹⁹.

¹⁹ La norma in esame, dettata allo scopo di “fronteggiare il fenomeno dell’illecito abbandono di rifiuti e di evitare l’espandersi dello stato di emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti sul territorio nazionale” nonché di “superare, nell’immediato, le difficoltà riscontrate dagli operatori del settore del recupero dei rifiuti nell’applicazione del d.lgs 3 aprile 2006, n. 152”, ha previsto che “fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui all’articolo 181 bis, comma 2, del d.lgs 3 aprile 2006, n. 152 [il quale stabiliva che “i metodi di recupero dei rifiuti utilizzati per ottenere materie, sostanze e prodotti secondari devono garantire l’ottenimento di materiali con caratteristiche fissate con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, di concerto con il Ministro della salute e con il Ministro dello sviluppo economico, da emanarsi entro il 31 dicembre 2008”] le caratteristiche dei materiali di cui al citato comma 2 si considerano altresì conformi alle autorizzazioni rilasciate ai sensi degli artt. 208, 209 e 210 del medesimo decreto legislativo n. 152 del 2006, e successive modificazioni, e del d.lgs 18 febbraio 2005, n. 59”. L’articolo 9-bis (lettera a) è peraltro espressamente richiamato dal terzo comma dell’articolo 184-ter del Testo unico ambiente, che disciplina, come visto, il “regime transitorio” concernente i criteri EOW. Secondo un orientamento dottrinale (cfr., in particolare, D. ROTTGEN, *End-of-Waste tramite provvedimenti autorizzativi*, cit.) la disposizione in esame avrebbe (re)introdotto la possibilità – per le Regioni – di definire i criteri EOW nell’ambito dei procedimenti amministrativi volti al rilascio delle autorizzazioni allo svolgimento delle operazioni di recupero (una simile possibilità, secondo il citato orientamento dottrinale originariamente prevista dall’articolo 181, comma 6 del Testo unico ambiente, è stata espunta a seguito dell’entrata in vigore del decreto legislativo 16 gennaio 2008, n. 4). La norma, peraltro, non si limiterebbe a disciplinare, ponendo una clausola di salvaguardia, lo stato di fatto e le autorizzazioni rilasciate (nonché le attività avviate sulla base di dette autorizzazioni) ma dovrebbe ritenersi applicabile anche a nuove autorizzazioni (o rinnovi di autorizzazioni), mediante le quali le Regioni potrebbero fissare i criteri EOW anche pro futuro. Ciò in quanto: a) l’uso del participio (“rilasciate”) non costituirebbe indice di per sé decisivo della volontà del legislatore di restringere il campo di applicazione della norma (sotto un profilo temporale); b) che anzi proprio la *voluntas legis* (per come emergerebbe dai lavori preparatori alla legge di conversione al d.l. n. 172/2008, ed in particolare dal Dossier di documentazione dell’Ufficio Studio del Senato, A.S. n. 1280) sarebbe nel senso di consentire la indicazione dei criteri EOW in via amministrativa anche in relazione alle nuove autorizzazioni e c) che aderendo alla tesi restrittiva - che limita l’ambito di applicazione temporale del regime transitorio - “non si comprenderebbe quale potrebbe essere l’effetto concreto di riduzione del rischio di espansione dell’emergenza pure espressamente indicato dalla norma come sua precipua finalità”.

Si ritiene di non condividere la tesi in parola (che pure, a onor del vero, pare condivisa anche dalla Direzione generale rifiuti del MATTM (cfr., in particolare la circolare n. 10045 del 1° luglio 2016) per le ragioni che seguono: l’art. 9-bis è stato scritto ed emanato nell’ambito di un contesto specifico (ed emergenziale), come peraltro emerge dal primo comma dell’articolo stesso, che chiaramente dichiara i (propri) obiettivi di fronteggiare il fenomeno dell’illecito abbandono dei rifiuti, evitare l’espandersi dello stato di emergenza nonché di risolvere, nell’immediato, le difficoltà riscontrate dagli operatori nel settore del recupero dei rifiuti. Dette finalità (ed in particolare quella concernente l’ausilio da fornirsi agli operatori del settore del recupero dei rifiuti ai fini del superamento delle difficoltà applicative del d.lgs n. 152/2006) erano da collegarsi all’entrata in vigore di una nuova normativa (il d.lgs n. 4/2008, primo correttivo al Testo unico ambiente) e ben potevano essere intercettate e raggiunte mediante una disposizione volta a salvaguardare lo stato di fatto a quel momento esistente (anche al fine di evitare che potesse prodursi un effetto domino di decadenza delle autorizzazioni rilasciate). Una volta che gli operatori hanno “preso confidenza” con la nuova disciplina, non si vede la ragione per la quale debba estendersi oltremisura un regime specificamente definito transitorio e riferito ad un contesto specifico.

Quanto all’utilizzo del participio passato riferito alle autorizzazioni (rilasciate), si rileva come benché il medesimo non costituisca effettivamente indice decisivo per escludere l’applicabilità *pro futuro* del regime dell’articolo 9-bis, l’utilizzo dello stesso (e il contesto in cui è inserito, vale a dire il periodo “le caratteristiche dei materiali di cui al citato comma 2 si considerano altresì conformi alle autorizzazioni rilasciate...”) fanno propendere per un intervento normativo riferito ad uno specifico contesto storico e fattuale, anche in considerazione del fatto che le autorizzazioni (per il recupero dei materiali) erano state rilasciate sulla base di un contesto normativo specifico. Peraltro, se è vero che in relazione alla lettera b) del comma 1 dell’articolo 9-bis il legislatore ha precisato che, ai fini della definizione dei criteri EOW, gli accordi di programma dovessero essere [stati] stipulati “prima della soppressione del comma 4 dell’articolo 181” del Testo unico ambiente, così inserendo un riferimento temporale più specifico, è vero altresì che tale dicitura

Siamo in presenza, dunque, di una discrezionalità assai ampia delle Pubbliche Amministrazioni (le Regioni) chiamate a valutare le istanze di autorizzazione allo svolgimento di attività di recupero rifiuti secondo le procedure ordinarie, anche in considerazione della formulazione assai ampia e generica delle citate quattro condizioni - che nell'esercizio di detta discrezionalità costituiscono gli unici parametri (e limiti) normativi di riferimento - e alla non applicabilità delle disposizioni del d.m. 5 febbraio 1998, per le ragioni in precedenza indicate.

Ciò detto, occorre ulteriormente chiedersi dove si collochi detta tipologia di (peculiare) discrezionalità nel quadro teorico-dottrinale ricostruttivo del rapporto tra principio di legalità e azione amministrativa, e se alla luce dello stesso l'esercizio della medesima risulti legittimo.

Il principio di legalità - cardine dello Stato di diritto - che si declina nelle due sottospecie di legalità formale e legalità sostanziale²⁰, richiede che l'attività amministrativa risulti legittimata da una norma (che fondi il potere preordinato al perseguimento di un fine pubblico²¹) e che venga esercitata in conformità e nel rispetto sostanziale delle disposizioni da questa recate²².

può spiegarsi con la volontà del legislatore di indicare un momento temporale (quello dell'entrata in vigore del d.lgs n. 4/2008) diverso da quello dell'entrata in vigore del d.l. n. 172/2008, necessità che non si poneva rispetto alle autorizzazioni (per le quali il termine "rilasciate" è da intendersi "prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 172/2008"); a ciò aggiungasi che, se veramente l'intento del legislatore fosse stato quello di estendere la portata della lettera a) del comma 1 dell'articolo 9-bis anche alle nuove autorizzazioni, ben avrebbe potuto (il legislatore medesimo) utilizzare termini diversi, ad esempio limitandosi a riferirsi alle autorizzazioni "di cui agli articoli 208...".

Quanto poi all'argomento concernente la *ratio* della norma (punto sub c), si osserva che i sostenitori della tesi estensiva valorizzano solo una delle finalità dell'articolo 9-bis (quella, vale a dire, legata alla riduzione del rischio di espansione dell'emergenza), mentre l'articolo in parola indica, fra gli obiettivi che la disciplina normativa dallo stesso posta intende perseguire, la garanzia di una salvaguardia agli operatori nel passaggio da una disciplina ad un'altra (e il superamento delle difficoltà interpretative della normativa sui rifiuti da parte degli operatori). Si ritiene pertanto di concordare con quella dottrina (riportata dallo stesso ROTTGEN) secondo cui il riferimento dell'articolo 9-bis alle autorizzazioni rilasciate avrebbe "la sola funzione di conservare attualità alle pregresse autorizzazioni regionali al recupero con produzione di MPS diverse da quelle previste dalle norme tecniche" (così P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Milano, 2011, 169).

²⁰ Declinato nei termini di: "non contraddittorietà" dell'atto amministrativo rispetto alla legge; del dovere, posto in capo alle Autorità amministrative, di agire nelle ipotesi e rispettando i limiti imposti dalla legge attributiva del potere; della necessità, infine, che l'amministrazione agisca - oltre che nel rispetto dei predetti limiti fissati a livello legislativo - "in conformità della disciplina sostanziale posta dalla legge stessa" (cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 44). Il principio di legalità "sostanziale" è stato fatto proprio e ben descritto - in poche ma efficaci parole - dalla Corte costituzionale (Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115), la quale ha rilevato che "tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione [...] Non è sufficiente che il potere sia finalizzato o dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".

²¹ Posto che, come ricordava A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, in ossequio al principio di legalità, "gli enti pubblici non dispongono di altre potestà pubbliche, se non di quelle che una legge attribuisca ad essi specificamente".

²² Occorre qui rilevare, con autorevole dottrina, che il termine "legge" deve considerarsi riferito non solo alla normazione primaria, bensì a qualsiasi disposizione normativa che si attagli alla fattispecie concreta di svolgimento ed esercizio dell'attività amministrativa, di talché il principio di legalità deve intendersi "come regola che impone la necessaria conformità dell'azione amministrativa all'intero complesso normativo ad essa pertinente, quale che sia l'estensione estrinseca

L'attività amministrativa svolta nell'ambito del processo *EOW*, consistente nella valutazione delle istanze di autorizzazione allo svolgimento di attività di recupero dei rifiuti, pare collocarsi leggermente al di fuori dei confini che sono stati poco sopra tracciati.

A ben vedere, infatti, non configura pedissequa attuazione di una norma, primaria o secondaria che sia, né in effetti risulta trovare nella normazione di rango primario il proprio esplicito fondamento, dal momento che il secondo comma dell'articolo 184-*ter* del Testo unico ambiente prevede che la definizione dei criteri specifici avvenga, caso per caso per specifiche tipologie di rifiuto, esclusivamente a mezzo di uno o più decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (non, quindi, stante la ritenuta non applicabilità dell'articolo 9-*bis* del d.l. n. 172/2008, all'esito di un procedimento amministrativo e sulla base delle valutazioni effettuate dalle Autorità amministrative competenti al rilascio dell'autorizzazione ai sensi dell'articolo 208 del T.u. ambiente).

Ciò detto, risulta indispensabile trovare un appiglio nella normazione (primaria o secondaria) che radichi e legittimi il potere delle Amministrazioni di definire caso per caso i criteri specifici, in assenza di regolamenti dell'Unione europea ovvero di decreti ministeriali *ad hoc*.

Diversamente, potremmo essere indotti, o più probabilmente costretti (ma si anticipa che questa ricostruzione non pare sostenibile), a rievocare la teoria dei *poteri impliciti*²³, fra le più controverse del diritto

di tale complesso e quale che sia la sua provenienza soggettiva?. Così N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 7.

²³ La teoria dei poteri impliciti, sorta nell'alveo dell'ordinamento statunitense, trova una specifica base normativa nell'ultimo comma della sez. 8^a dell'art. 1 della Costituzione americana, che attribuisce al Congresso il potere di fare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella sezione stessa e di tutti gli altri poteri che la Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti (c.d. *sweeping clause o necessary and proper clause*). Essa fu poi concretamente definitiva ed affermata nella celebre sentenza della Corte Suprema del 1819 resa sul caso *McCulloch v. State of Maryland*.

In ambito europeo, il Trattato di Roma conteneva una norma, l'articolo 235 (sostanzialmente trasfuso nell'articolo 308 TCE), il quale attribuiva al Consiglio - che doveva deliberare all'unanimità - il potere di adottare le disposizioni che si potessero necessarie qualora un'azione della Comunità, per la quale il Trattato non avesse previsto i poteri necessari, fosse indispensabile al fine di raggiungere - nel funzionamento del mercato comune - uno degli scopi del Trattato. Successivamente la Corte di giustizia ha avvallato prassi che si spingevano addirittura oltre le facoltà e i poteri riconosciuti dall'articolo 235 (poi 308), giudicando come legittima l'adozione, da parte del Consiglio (deliberante all'unanimità) di atti non aventi un diretto collegamento con il funzionamento del mercato o gli scopi della Comunità stessa. In particolare, nella nota sentenza 12 luglio 1973 (causa n. 8/73 - *Hauptzollamt Bremerhaven contro Massey-Ferguson GMBH*), la Corte affermò che rientrasse fra i poteri del Consiglio - cui era attribuita, per espressa previsione del Trattato, la competenza a fissare i dazi della tariffa doganale esterna - quello di determinare a mezzo di regolamento il valore in dogana delle merci (competenza, quest'ultima, non prevista, né tantomeno attribuita al Consiglio, dal Trattato).

Nell'ambito dell'ordinamento italiano si è sviluppato un intenso dibattito dottrinale (al quale partecipò "indirettamente" anche l'elaborazione giurisprudenziale) circa la possibilità di ritenere ammissibili poteri delle Pubbliche amministrazioni siffatti (non espressamente attribuiti da una norma) e la compatibilità dei medesimi con il principio di legalità.

amministrativo²⁴, rientrata nel dibattito dottrinale, dopo un periodo di sostanziale marginalità²⁵, a seguito del proliferare (o dell'erompere, per dirla con Alberto Predieri²⁶) nel nostro ordinamento, di Autorità amministrative indipendenti.

Il riconoscimento di poteri siffatti (non espressamente attribuiti da una norma di legge²⁷) costituisce, di per sé, un *vulnus* al principio di legalità (soprattutto se inteso in senso “sostanziale”). E' infatti evidente come l'esistenza, e l'esercizio, da parte di una Pubblica Amministrazione, di poteri alla stessa non espressamente riconosciuti, implica la sussistenza di un'ampia libertà (discrezionalità) in capo alla P.A., che risulta inconciliabile con l'idea che l'attività amministrativa debba - nel suo svolgimento - non solo perseguire lo scopo indicato dalla legge, ma anche conformarsi alle condizioni e ai limiti (sostanziali) da questa prefissati.

Lo strappo al principio di legalità, nei limiti sopra indicati, deve trovare una sua giustificazione - la quale dovrà, a sua volta, basarsi sulla necessità di curare e salvaguardare interessi meritevoli di tutela (e di rango in qualche modo assimilabile a quello, primario, degli interessi connessi al principio di legalità) - e deve in ogni caso essere bilanciato dalla messa a punto di strumenti giuridici atti a garantire che i vari interessi - che entrino, a diverso titolo, nel bilanciamento che l'Autorità amministrativa è chiamata ad effettuare - siano adeguatamente rappresentati.

Quanto al primo profilo, in relazione all'attività istituzionale delle Autorità indipendenti - e, in particolare, delle Autorità c.d. “di regolazione” - si è osservato che la dequotazione del principio di legalità sostanziale,

²⁴ Autorevole dottrina si è espressa in termini di perplessità circa la possibilità di riconoscere, in capo alle Amministrazioni, l'esistenza di poteri impliciti. Fra i tanti cito E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 43, il quale sottolineava come la possibilità del riconoscimento di poteri impliciti suscitasse “molti dubbi”. Altra dottrina ha sottolineato come la figura dei poteri amministrativi impliciti “sembra occupare una zona di confine fra gli ambiti reciprocamente contrapposti di tipologie di azione amministrativa sicuramente ammissibili e altre viceversa certamente da escludersi” (così N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 2).

²⁵ Si discusse molto, in passato (quantomeno fino all'entrata in vigore della legge 11 febbraio 2005, n. 15) circa l'esistenza di rilevanti poteri impliciti (anzi, di “interi categorie di poteri”) in capo alle Pubbliche Amministrazioni, tra cui quello di annullamento d'ufficio, di revoca, di convalida, di sospensione, tutti poi codificati dalla predetta legge n. 15/2005, che ha modificato la legge n. 241/1990 (v. sul punto G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, a proposito della monografia di Cristiano Celone “*La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici?*”, Milano, 2012).

²⁶ Il richiamo deve intendersi effettuato, naturalmente, ad A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

²⁷ Per una definizione della figura dei “poteri impliciti” si rimanda a L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'articolo 3B del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1993, 381. La miglior dottrina ha evidenziato come la teoria dei poteri impliciti si declini diversamente in relazione ai poteri normativi e a quelli amministrativi (provvedimentali) dell'Amministrazione, in ragione delle differenze che intercorrono tra dette tipologie di poteri (per un approfondimento si rimanda a G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: atti del 53. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*. Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, 193 - 265). Il presente contributo si riferisce, specificamente, ai poteri impliciti concernenti attività amministrativo-provvedimentale dell'Amministrazione.

nell'ottica del riconoscimento di poteri impliciti, trova la propria giustificazione nella natura stessa delle funzioni attribuite alle Autorità stesse (di cui la legge non predetermina in dettaglio il contenuto). L'interesse da tutelare è rappresentato dall'effettività dell'azione delle Autorità (e, dunque, dei fini e degli scopi alle stesse assegnati dal legislatore). *“Il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invece di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti”*²⁸.

Il secondo aspetto (il sottrarre gli interessi orbitanti intorno a quello principale ad una discrezionalità ampia al punto da sconfinare nell'arbitrio) si declina nel senso del rafforzamento delle garanzie procedurali per i portatori interessi, garanzie che producono un riflesso, immediato, in sede procedimentale, e uno, indiretto ma non meno rilevante, in sede processuale (in termini di sindacato del giudice circa la legittimità delle procedure poste in essere, della profondità dell'onere motivazionale, ecc.)²⁹

³⁰

Ciò detto, se anche fosse possibile (ma si ritiene non lo sia, per le ragioni che andranno a esplicitarsi) è opportuno spiegare, nonché “giustificare”, da un punto di vista teorico, quanto già sta avvenendo - in via di prassi - in sede di rilascio delle autorizzazioni allo svolgimento dell'attività di gestione dei rifiuti, sulla base degli assunti della teoria dei poteri impliciti, dovrebbero individuarsi “contrattari” procedurali - o di altro tipo - ad una discrezionalità amplissima, volta a dettare i criteri specifici *EOW* per ogni tipologia di rifiuto.

Sulle procedure deve osservarsi che gli articoli 208 e seguenti del Testo unico ambiente prevedono diversi momenti di confronto e di dialogo fra istante e Amministrazioni interessate (il più rilevante dei quali è probabilmente rappresentato dalla Conferenza di Servizi).

²⁸ Così Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

²⁹ Così G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, cit.: “La prevalente dottrina ha osservato che il rispetto del principio di legalità può essere assicurato anche attraverso una rete di «limitatori» della discrezionalità ricavabili dal sistema. La riserva di legge ed il principio di legalità vengono infatti soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dall'ordinamento che rendono in concreto l'atto sindacabile. Ed invece, contribuiscono a costituire la c.d. “raffrontabilità”, oltre ai principi generali, una procedura partecipata e trasparente, nonché una adeguata motivazione. In particolare si tende a sottolineare come la partecipazione costituisce una surrogata della *interpositio legislativa*”.

³⁰ Su questa linea si è attestato l'ormai prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, del quale è espressione, *ex multis*, oltre alla precitata Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, anche Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2182 (“la dequotazione del principio di legalità in senso sostanziale - giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori come quelli demandati alle autorità amministrative indipendenti - impone, tuttavia, il rafforzamento del principio di legalità in senso procedimentale: il quale si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore nell'ambito del procedimentale di formazione degli atti regolamentari” (cfr. altresì Cons. Stato, Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 25121).

Un secondo elemento di bilanciamento alla ampia discrezionalità delle Autorità amministrative è poi rappresentato dalle quattro condizioni, fissate a livello di norma primaria (e, prima ancora, di ordinamento U.e.) nel rispetto delle quali devono essere individuati i criteri specifici.

Dette condizioni, tuttavia, non paiono rappresentare una base normativa idonea a “ridimensionare” la discrezionalità delle Amministrazioni (nel senso del rafforzamento di una legalità sostanziale) costituendo solo “limiti esterni”, fissi e pure abbastanza laschi; i criteri specifici devono invece essere definiti specificamente per tipologie di rifiuti che possono presentare, tra loro, differenze anche consistenti.

Pertanto, anche laddove si ammettesse l’applicabilità – alla fattispecie in esame – della teoria dei poteri impliciti, difetterebbero comunque i presupposti, individuati dalla giurisprudenza amministrativa a più riprese, che ne legittimino la concreta applicazione.

Il problema, in ogni caso, si pone a monte, e riguarda la stessa possibilità di richiamare la teoria dei poteri impliciti in relazione a quanto già sta avvenendo - in via di prassi - in ambito *EOW*, con la definizione dei criteri specifici a mezzo di atti amministrativi. La risposta al quesito in parola si ritiene debba essere negativa, e ciò per due principali ordini di ragioni.

In primo luogo, si osserva, non emergono profili ed elementi idonei a giustificare una dequotazione del principio di legalità (sostanziale): a ben vedere, infatti, le Autorità amministrative preposte al rilascio delle autorizzazioni non sono state investite dal legislatore di una *mission* regolatoria, né può farsi leva sulla particolare tecnicità della materia, che pure sussiste: anzi, la tecnicità e la delicatezza della materia è tale che il nostro legislatore ha ritenuto di affidare l’operazione di definizione dei criteri al Ministro dell’ambiente. I due capisaldi della (ri)affermazione della validità della teoria dei poteri impliciti in relazione alle funzioni delle Autorità amministrative indipendenti mal si attagliano, pertanto, alla materia che ci occupa.

A ciò aggiungasi che - come si accennava in precedenza - in materia di *EOW* non difetta del tutto una base normativa primaria, la cui mancanza potrebbe legittimare un richiamo ai poteri impliciti (in quanto non espressamente previsti dal legislatore): il potere/dovere di definizione dei criteri è infatti espressamente disciplinato, dall’articolo 184-*ter* del Testo unico ambiente, e non è affidato alle Regioni nell’ambito delle procedure amministrative di rilascio delle autorizzazioni.

Quanto sopra implica l’impossibilità (teorica) di giustificare la definizione dei criteri *EOW* in sede amministrativa mediante ricorso alla teoria dei poteri impliciti.

Se detta conclusione è esatta, come si ritiene, occorre allora ricercare una base normativa, diversa dall’articolo 184-*ter* del Testo unico ambiente (che detta base non contiene, per le ragioni esposte in

precedenza³¹), che giustifichi, fondi e legittimi il potere delle Regioni di definire i criteri in assenza di un decreto ministeriale

Ciò in effetti risulta possibile ma, affinché l'operazione si concluda con successo, occorre spingersi oltre i confini dell'ordinamento nazionale e trovare la base normativa dell'attività amministrativa di cui si discute direttamente nell'ambito dell'ordinamento U.e. Operazione peraltro del tutto legittima, per non dire "frequente", in considerazione del fatto che, stante l'avvenuta affermazione di ordinamenti sovranazionali, come quello dell'Unione europea, di cui quello italiano fa parte, appare fuor di dubbio che *"le concrete possibilità di influenzare l'agire amministrativo da parte del detentore formale del potere normativo nazionale (anche a vuole incidervi il legislatore regionale) siano notevolmente ridotte e che la ricerca della fonte regolata dell'azione pubblica debba ormai travalicare abbondantemente i confini cui essa poteva rimanere in passato circoscritta"*³².

La chiave di volta si rinviene nell'articolo 6 della Direttiva 2008/98/CE, ed in particolare nel comma 4 (la formulazione del quale ne rivela il carattere sostanzialmente auto-applicativo), a mente del quale - come si accennava - in assenza di criteri specifici definiti a livello di ordinamento U.e. *"gli Stati membri possono decidere, caso per caso, se un determinato rifiuto abbia cessato di essere tale tenendo conto della giurisprudenza applicabile"*.

La portata della disposizione di cui sopra e, soprattutto, gli strumenti (normativi o amministrativi) mediante il quale gli Stati membri possono provvedere alla definizione dei criteri "caso per caso", sono stati chiariti dalla stessa Commissione europea, la quale, nella *Guida* all'interpretazione delle previsioni chiave della Direttiva 2008/98/CE³³, ha affermato che *"in cases where EOW criteria have not been set at EU level (Article 6(4) WFD), Member States may decide at national level whether certain waste has ceased to be waste. This can relate to classes of materials recovered from waste or to single-case decisions. In their decisions, Member States (this means any level within the Member State entrusted with the task of developing such criteria under the national administrative structure) are bound by the applicable directives and must take account of CJEU case law"*.

L'individuazione, nel citato comma 4 dell'articolo 6, della legittimazione, per le Amministrazioni pubbliche, a definire caso per caso i criteri specifici per singole tipologie di rifiuti appare l'unica ricostruzione idonea a non gettare sull'attività amministrativa posta in essere dalle Regioni una sinistra luce di illegittimità³⁴. Per farlo deve aderirsi alla tesi secondo la quale il "livello" di determinazione dei

³¹ V. in particolare quanto riportato alla nota 19.

³² N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit, 8.

³³ *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*, redatta dalla Direzione generale ambiente della Commissione europea, rinvenibile all'indirizzo web: http://ec.europa.eu/environment/waste/framework/pdf/guidance_doc.pdf.

³⁴ Che potrebbe declinarsi in una violazione di legge ovvero nella più risalente fra le figure sintomatiche di eccesso di potere: lo sviamento. Le ragioni a sostegno della prima tipologia di vizio non mancano: la definizione dei criteri EOW nell'ambito delle procedure amministrative di autorizzazione si porrebbe in aperto contrasto con il disposto

criteri (“any level within the Member State entrusted with the task of developing such criteria under the national administrative structure”) non viene individuato e scolpito, dallo Stato membro, una volta e per sempre, nell’ambito della normazione di rango primario di recepimento della Direttiva del 2008, ma può avvenire, quantomeno in assenza di un esplicito divieto posto sempre dal legislatore primario, anche a livello amministrativo (cui si riferiscono le “single-case decisions”³⁵). Inoltre, come si anticipava, al predetto comma 4 deve riconoscersi la natura di norma *self executing*, autoapplicabile e non necessitante, in quanto tale, di atti di recepimento interni³⁶.

Il corollario della ricostruzione di cui sopra non può che essere costituito dal carattere di cedevolezza dei criteri definiti in via amministrativa rispetto a quelli - sopravvenuti - definiti a livello dell’Unione europea o con decreti ministeriali, pur con gli indubbi profili problematici che detta soluzione interpretativa comporta³⁷.

Lo schema richiama (ma sarebbe meglio dire “ricorda”), la cedevolezza (c.d. “invertita”) delle disposizioni legislative regionali, in materia di potestà legislativa concorrente, a fronte del sopravvenire della legge quadro statale – originariamente mancante – affermata dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 1 dicembre 2006, n. 398, che ha ritenuto legittima una legge del Friuli Venezia-Giulia la quale, nel dare

dell’articolo 184-ter del Testo unico ambiente (e della delega da questo conferita alla regolamentazione di livello ministeriale). La seconda ipotesi, più sottile, verrebbe motivata e sostenuta dal fatto che le Regioni esercitano un potere di cui sono effettivamente titolari (il rilascio delle autorizzazioni allo svolgimento dell’attività di recupero dei rifiuti) ma per raggiungere un fine diverso da quello loro assegnato dal legislatore. In effetti, la prima risulta essere la ricostruzione più convincente, in ragione del fatto che la fissazione dei criteri *EOW* costituirebbe un fine che non è nella disponibilità delle Regioni. La sintomatologia dell’eccesso di potere richiede che entrambi (o i diversi) fini rientrino tra quelli attribuiti alla sfera di competenza dell’Amministrazione, che per entrambi siano individuabili e attivabili procedimenti amministrativi e che l’Amministrazione non abbia attivato il “giusto” potere e seguito la corretta sequenza procedimentale per la cura dello specifico interesse. Se pertanto non fossimo riusciti ad individuare un ancoraggio normativo (a livello di ordinamento dell’Unione europea) avremmo dovuto riconoscere che le Regioni non possono perseguire lo scopo della determinazione dei criteri *EOW* né mediante adozione di disposizioni normative (per ragioni più volte citate legate alla sussistenza, in materia, di una competenza legislativa statale esclusiva) né mediante svolgimento di attività amministrativa.

³⁵ Nella *Guida* messa a punto dalla Commissione è peraltro specificato che le “single-case decisions” non devono essere notificate alla Commissione, ai sensi del quarto comma della Direttiva 2008/98/CE.

³⁶ Propende per tale ricostruzione anche D. ROTTGEN, *End-of-Waste tramite provvedimenti autorizzativi*, cit., 817, il quale sottolinea come la medesima sia “*assecondata non solo dalle linee guida della Commissione europea sull’interpretazione delle norme chiave della Direttiva del mese di giugno 2012, ma anche ad una prassi amministrativa abbastanza diffusa*”.

³⁷ Le maggiori problematiche riguardano, naturalmente, le attività già autorizzate, posto che le istanze concernenti nuove autorizzazioni verranno valutate alla luce dei criteri definiti a mezzo di decreto ministeriale. Per le prime si pone il tema della perdurante sussistenza della legittimità dell’attività, specie ove i criteri definiti con decreto del Ministro dell’ambiente siano difformi da quelli delineati dalla Regione autorizzante. Potranno, gli operatori, proseguire nello svolgimento dell’attività fino al naturale spirare dell’autorizzazione (per scadenza del termine), o dovranno ottenere una nuova autorizzazione - o un adeguamento di quella originariamente ottenuta - con eventuale sospensione dell’attività fino all’ottenimento della nuova autorizzazione (o di modifica di quella originaria?). A ben vedere, in realtà, molte delle problematiche *de quibus* potranno essere risolte in sede regolamentare mediante individuazione di regimi transitori specifici, atti ad assegnare agli operatori un termine congruo per adeguarsi alla nuova disciplina.

attuazione alla Direttiva V.a.s. (2001/42/CE), in assenza della legge quadro statale di riferimento, aveva previsto una clausola di cedevolezza stabilendo, in primo luogo, un obbligo di adeguamento automatico delle proprie disposizioni e dei relativi regolamenti attuativi alle norme statali sopravvenute, e prevedendo altresì che dette ultime trovassero applicazione in luogo delle disposizioni regionali di contrasto sino all'effettivo adeguamento.

Lo schema teorico messo a punto dalla Corte costituzionale non può, naturalmente, applicarsi al caso che ci occupa, nel quale le questioni in rilievo attengono non già al rapporto fra fonti del diritto (statali e regionali) bensì alla legittimità di un'attività amministrativa priva peraltro – quantomeno a livello di ordinamento “interno” - di copertura normativa. Lo schema concettuale, tuttavia, è quello: i criteri individuati a livello amministrativo dalle Regioni dovranno necessariamente “cedere il passo” ai sopravvenuti criteri definiti con decreto ministeriale.

Un ultimo aspetto che occorre considerare è quello che attiene all'obbligatorietà, o meno, della definizione dei criteri specifici - in ambito di procedimento autorizzatorio - da parte delle Regioni. A fronte della ricezione di un'istanza volta ad ottenere l'autorizzazione allo svolgimento di un'attività di recupero rifiuti con finalità *EOW*, e del conseguente avvio di un procedimento amministrativo, la Regione potrebbe rigettare detta istanza, motivando il rigetto in ragione dell'assenza di una disciplina normativa disciplinante i criteri specifici ovvero, all'opposto, sarebbe tenuta ad effettuare quell'attività di definizione dei criteri di cui si è dato conto in precedenza?

Se - come pare, alla luce, peraltro, delle prime conferme giurisprudenziali - la ricostruzione poco sopra effettuata è da condividersi, la Regione non potrebbe rifiutarsi di definire i criteri specifici.

In senso contrario militano talune considerazioni, basate, in primo luogo, sul fatto che - come si è visto - la scelta del legislatore è stata quella di prevedere una definizione dei criteri specifici a mezzo di decreti ministeriali (e, pertanto, la strada è quella: l'attività di definizione dei criteri in ambito amministrativo deve considerarsi ipotesi eccezionale, all'effettuazione della quale la Regione non può essere obbligata); in questo senso si consideri che il rifiuto della Regione non configurerebbe un automatico contrasto con l'ordinamento dell'Unione, dal momento che quella degli Stati membri di definire “caso per caso” è una facoltà (uno Stato “*may decide*”) in attesa della adozione di regolamenti europei *ad hoc*, non un obbligo imposto dalla Direttiva.

E' in ogni caso indubbio che la scelta delle Regioni di non procedere alla definizione dei criteri (e dunque di rigettare le relative istanze di autorizzazione) determinerebbe un rilevante freno all'implementazione del recupero dei rifiuti e dei processi *EOW*, il che inaugurerebbe una tendenza che procederebbe in

direzione opposta a quella indicata dalla gerarchia dei rifiuti delineata dalla Direttiva 2008/98/CE³⁸. Del resto, il meccanismo di cedevolezza dei criteri definiti a livello amministrativo, a fronte della sopravvenuta definizione di criteri a livello normativo, e le valutazioni che le Amministrazioni sono tenute ad effettuare nell'ambito del procedimento del rilascio delle autorizzazioni, garantiscono che le attività di recupero *EOW* non determinino pregiudizi all'ambiente, pur in assenza di criteri normativamente definiti.

5. *End of Waste* e ponderazione degli interessi in gioco.

La non obbligatorietà, alla luce della Direttiva 2008/98/CE, della definizione, da parte degli Stati membri, dei criteri *EOW* a livello normativo / regolamentare, ci spinge a valutare la scelta effettuata dal legislatore italiano di prevedere l'adozione di appositi decreti ministeriali ai fini della disciplina dei criteri specifici per singole tipologie di rifiuto, e a qualificare la medesima come virtuosa, in quanto volta a intercettare esigenze di uniformità e omogeneità di disciplina (che si riverberano sulla certezza dei rapporti e sull'affidamento degli operatori) al fine di colmare i "vuoti normativi" lasciati dall'ordinamento U.e. con una disciplina per singoli rifiuti/tipologie di rifiuti sottoposta alla condizione risolutiva dell'adozione di un regolamento a livello comunitario.

Anche in relazione alla normazione interna vale quanto detto in precedenza relativamente all'ambito U.e.: la definizione dei criteri riguarda un numero elevato di rifiuti/sostanze e richiede un'attività, anche istruttoria, molto complessa, per cui si procede con inevitabile gradualità, nell'ottica di una progressiva "mappatura" delle diverse tipologie di rifiuti.

Si definisce così un quadro giuridico/normativo a cerchi concentrici, che vede, in relazione agli interessi pubblici considerati e tutelati, quale nocciolo duro le esigenze di tutela dell'ambiente, garantite dal fatto che le attività di recupero - come tutte le attività di gestione dei rifiuti - sono soggette ad autorizzazioni che devono garantire che l'attività stessa venga svolta senza pregiudizi per l'ambiente e la salute umana (la stessa A.I.A. è finalizzata a conseguire un elevato livello di protezione dell'ambiente nel suo complesso).

Al livello immediatamente successivo poniamo esigenze diverse e ulteriori - dato che, lo si ribadisce, le esigenze ambientali trovano già una loro tutela con la definizione dei criteri a livello amministrativo - rappresentate dalla fissazione di criteri omogenei su tutto il territorio nazionale (nell'ottica, in particolare, di limitare la discrezionalità delle Autorità preposte al rilascio delle autorizzazioni e aumentare il grado di certezza e di affidamento degli operatori).

³⁸ In particolare l'articolo 4, che colloca, nell'ordine di priorità dal medesimo delineato, le attività di riciclaggio e recupero di rifiuti in posizioni più alte (quanto a preferibilità nell'ottica di selezionare le attività di gestione dei rifiuti meno impattanti per l'ambiente) rispetto allo smaltimento, considerata la scelta residuale.

Si delinea pertanto un quadro di tutele (di interessi pubblici e privati) a diverse velocità: un quadro che già allo stato attuale consente la piena operatività delle attività di gestione dei rifiuti (con salvaguardia delle esigenze ambientali) - posto che l'assenza di criteri definiti a livello comunitario non determina l'impossibilità di effettuare operazioni di recupero (purché autorizzate) - e che progressivamente andrà definendosi - a livello nazionale e/o comunitario - con l'effetto (ce lo si augura) di implementare le attività di recupero e di realizzazione di *EOW* a scapito di attività - come lo smaltimento - poste ad un livello più basso della gerarchia dei rifiuti³⁹.

Trattasi di sintesi che, lo si anticipava, lo scrivente giudica virtuosa.

L'ordinamento italiano non era infatti tenuto, come detto, ad "auto-vincolarsi"; a prevedere, vale a dire, a livello di norma primaria, una delega per l'adozione di regolamenti *EOW* per le singole tipologie di rifiuti (regolamenti destinati ad essere "caducati" dall'entrata in vigore di regolamenti europei), posto che la Direttiva 2008/98/CE consente la definizione dei citati criteri "caso per caso", anche a livello amministrativo; in questo senso va pertanto vista con favore l'iniziativa legislativa (cristallizzata nell'articolo 184-*ter* del Testo unico ambiente) che ha previsto la citata delega al Ministro dell'ambiente per l'adozione di decreti *End of Waste* che certamente contribuiranno a fornire chiarezza e agevoleranno gli operatori che intendano presentare istanze per il recupero dei rifiuti e la gestione del processo *EOW* medesimo.

Naturalmente occorre tempo affinché l'attività di definizione dei criteri a livelli regolamentare giunga a compimento, dal momento che, come detto, il numero dei rifiuti è elevatissimo (basta scorrere l'elenco europeo dei rifiuti per rendersene conto) e le attività istruttorie sono lunghe e complesse; la strada imboccata, tuttavia, è quella giusta, e la definizione progressiva dei criteri *EOW* sicuramente agevolerà il passaggio da un'economia "*take-make-dispose*" ad un'economia circolare, in cui si recupera il più possibile (e si smaltisce il meno possibile) di ciò che si consuma.

³⁹ In attuazione del secondo comma dell'articolo 4 della Direttiva 2008/98/CE, a mente del quale "*nell'applicare la gerarchia dei rifiuti di cui al paragrafo 1, gli Stati membri adottano misure volte a incoraggiare le opzioni che danno il miglior risultato ambientale complessivo*".