



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Dottorato di ricerca in Giurisprudenza

Ciclo XXXI

**La regolamentazione giuridica delle fonti di energia rinnovabili
tra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza**

Coordinatore: Ch.mo Prof. Roberto Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Luca Antonini

Dottoranda: Giulia Capitani

Premessa	VI
Capitolo 1 - Ambiente ed energia nella Costituzione	10
1.1 L'ambiente e le sue componenti	10
1.2 La possibilità di una ricostruzione unitaria della nozione giuridica di ambiente	13
1.3 La centralità del rapporto tra l'uomo e l'ambiente	15
1.4 L'interesse giuridico alla tutela dell'ambiente	18
1.5 La proposta di una diversa chiave ricostruttiva	24
2 L'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di ambiente....	30
2.1 La configurazione dell'ambiente come valore costituzionale	30
2.2 La giurisprudenza costituzionale in tema di ambiente successiva alla riforma del Titolo V	35
2.3 La svolta giurisprudenziale del 2007 e la "materializzazione" della tutela dell'ambiente	43
3. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia e il meccanismo della chiamata in sussidiarietà	50
4. La concorrenza di competenze nel settore delle energie rinnovabili.....	60
Capitolo 2 – Il principio dello sviluppo sostenibile	66
1. L'elaborazione del principio dello sviluppo sostenibile: dalle Conferenze internazionali alla codificazione nell'ordinamento nazionale	66
2. Il principio dello sviluppo sostenibile nella prospettiva ambientale	75
3. La questione della tutela delle generazioni future	76
4. Il principio dello sviluppo sostenibile e la Costituzione	79
5. La rilevanza del principio dello sviluppo sostenibile nelle scelte che coinvolgono le generazioni future	82
Capitolo 3 – La produzione di energia da fonti rinnovabili nel mercato liberalizzato dell'energia elettrica	85
1. Tutela dell'ambiente e mercato	85
2. La promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili. Considerazioni preliminari	89
3. Le fonti di energia rinnovabili e l'Unione europea	93
3.1 La realizzazione del mercato unico europeo dell'energia elettrica	94

3.2 Gli interventi normativi dell'Unione europea per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili.....	99
4. Le fonti di energia rinnovabili in Italia.....	107
4.1 Lo sfruttamento delle fonti di energia rinnovabili prima della liberalizzazione del mercato energetico.....	107
4.2 La deliberazione Cip n. 6/1992	109
4.3 L'istituzione dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e il d. lgs. n.79 del 1999	115
4.4 L'attuazione delle direttive europee sulla promozione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili.....	117
5. Le tipologie di sistemi di incentivazione	121
5.1 I sistemi di incentivazione quantitativi.....	121
5.2 I sistemi di incentivazione basati sui prezzi	123
Capitolo 4 – L'evoluzione del sistema degli incentivi nel settore fotovoltaico	127
1. Gli interventi del legislatore in materia di incentivi per la produzione di energia fotovoltaica	127
2. La nozione giuridica di legge di incentivazione e il suo fondamento costituzionale	134
3. I limiti delle leggi di incentivazione e la questione della revoca legislativa degli incentivi	137
4. La retroattività come eccezione e le situazioni giuridiche tutelate dalla legge di incentivazione.....	144
5. Il controllo costituzionale sulla ragionevolezza e il principio del legittimo affidamento	150
6. Il principio del legittimo affidamento nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale.....	157
7. Il regime temporale degli incentivi al fotovoltaico e la sentenza n. 16/2017 della Corte costituzionale	160
Capitolo 5 – La tutela della concorrenza nella regolamentazione della produzione di energia idroelettrica	166
1. Alcune considerazioni preliminari.....	166
2. La regolamentazione degli usi di una risorsa strategica	168
3 L'evoluzione della disciplina delle concessioni di derivazione d'acqua a scopo idroelettrico.....	172
3.1 La legislazione in tema di derivazione di acqua pubblica precedente al r.d. n. 1775 del 1933	172

3.2 La disciplina prevista dal r.d. n. 1775 del 1933.....	178
3.3 La nazionalizzazione del mercato elettrico e l'istituzione dell'Enel.....	183
3.4 Il quadro normativo di riferimento dopo la liberalizzazione del mercato dell'energia	185
4. La questione del rinnovo delle concessioni di grandi derivazioni.....	189
4.1. La disciplina originaria prevista dall'art. 12 del d. lgs. n. 79/1999.....	189
4.2. La sentenza della Corte costituzione n. 1 del 2008	191
4.3 La sentenza della Corte costituzionale n. 205 del 2011	196
4.4 L'attuale disciplina prevista dall'art. 12 del d. lgs. n. 79/1999 e le questioni ancora aperte	197
5 La determinazione dei canoni per le concessioni di derivazione d'acqua a scopo idroelettrico.....	203
6 L'incerta natura giuridica dei sovracanoni	208
Conclusioni	212
Bibliografia	222

Abstract

La regolamentazione giuridica delle fonti di energia rinnovabili tra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza

La tesi analizza, nella prospettiva del diritto costituzionale, i diversi aspetti caratterizzanti la disciplina delle energie rinnovabili, che si pone come l'anello di congiunzione tra le esigenze di sviluppo economico e quelle di tutela dell'ambiente, rendendo possibile lo sfruttamento delle risorse naturali nei limiti della loro capacità di rigenerazione.

Con riferimento a tale disciplina, si intende evidenziare le criticità che connotano il settore, ma anche tentare di individuare delle linee evolutive comuni.

Inizialmente, viene trattata l'evoluzione della nozione giuridica di ambiente e lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale sul tema, che incide profondamente sulla regolamentazione del settore energetico. La giurisprudenza costituzionale in materia di fonti di energia rinnovabili è infatti ritenuta emblematica della complessità del riparto della potestà legislativa tra lo Stato e le Regioni, delineato dall'art. 117 Cost.

Viene dunque approfondita l'evoluzione del principio dello sviluppo sostenibile e la sua possibile rilevanza per il diritto costituzionale.

In seguito a una ricostruzione della cornice normativa predisposta a livello europeo per la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili, viene analizzata l'evoluzione dei sistemi di incentivazione. In particolare, sono illustrati i differenti meccanismi di sostegno, che si possono suddividere in sistemi quantitativi e sistemi basati sui prezzi, evidenziandone i rispettivi profili di criticità.

Concludono il lavoro due approfondimenti, aventi ad oggetto ambiti che hanno subito un'evoluzione profondamente diversa, e che presentano particolari aspetti problematici.

Il primo riguarda il settore fotovoltaico, con particolare riferimento alla poco lineare evoluzione del programma di incentivazione "Conto energia".

Il secondo approfondimento presenta un'analisi della disciplina del settore idroelettrico, ponendo in evidenza le criticità derivanti dalla forte incertezza normativa connessa alla revisione della disciplina sulle gare ad evidenza pubblica per l'attribuzione delle concessioni di derivazione idrica a scopo idroelettrico.

Abstract

The regulation of renewable energy sources through environmental protection and free competition

This PhD thesis analyses, from a constitutional perspective, the different aspects distinguishing the legislation of renewable energy, which is the link between the economic development needs and those of environmental protection, and which allows the exploitation of natural resources within the limits of their capacity for restoration.

As for the abovementioned legislation, the intention of the author is to highlight the critical issues that identify the sector, but also to ascertain common evolutionary lines.

At the outset, attention is given to the evolution of the legal notion of the environment and the development of constitutional case law on such question, which profoundly affects the regulation of the energy sector.

Afterwards, the constitutional case law on renewable energy sources is analyzed, as it is considered particularly emblematic for the complexity of the division of legislative power between the State and the Regions, outlined by art. 117 of the Constitution, and the evolution of the principle of sustainable development.

Following a brief overview of the regulatory framework set up at the European level for the promotion of energy production from renewable sources, the evolution and analysis of subsidy systems shall be contemplated. In particular, the different support mechanisms shall be explained, which can be divided into quantitative systems and price-based systems, highlighting their respective critical profiles.

Finally, two in-depth analyzes shall be carried out in relation to areas that have experienced a profoundly different evolution, and which present particular problematic features.

The first concerns the photovoltaic sector, with particular reference to the slight linear evolution of "*Conto energia*" subsidy program.

The second in-depth enquiry consists in an analysis of the hydroelectric sector legislation, and it demonstrates the criticalities stemming from the strong regulatory uncertainty related to the revision of the legislation on public bids for the assignment of hydroelectric water concessions for hydroelectric purposes.

Premessa

La c.d. “questione ambientale” sfida la capacità del diritto di codificare la complessità della realtà e si pone in un contesto interdisciplinare nel quale le valutazioni politiche e tecniche si intersecano in modo inevitabile con tutti gli aspetti della vita sociale ed in particolare con la necessaria definizione dei principi e delle regole per disciplinare i rapporti tra i valori che si contrappongono nell’ordinamento costituzionale.

Per usare le parole della enciclica “*Laudato si*” di Papa Francesco, “*la continua accelerazione dei cambiamenti dell’Umanità e del pianeta si unisce oggi all’intensificazione dei ritmi di vita e di lavoro ... benché il cambiamento faccia parte della dinamica dei sistemi complessi, la velocità che le azioni umane gli impongono oggi contrasta con la naturale lentezza dell’evoluzione biologica ... Dopo un tempo di fiducia irrazionale nel progresso e nelle capacità umane, una parte della società sta entrando in una fase di maggiore consapevolezza; si avverte una crescente sensibilità riguardo all’ambiente e alla cura della natura, e matura una sincera e dolorosa preoccupazione per ciò che sta accadendo al nostro pianeta*”.

La consapevolezza dei rischi ai quali è esposta la biosfera nel lungo periodo a causa dell’impatto dell’uomo sull’ambiente costringe i giuristi ad affrontare nuovi problemi e a restituire centralità al carattere dinamico e proiettato verso il futuro delle scelte normative.

In particolare ad assumere rilievo è la contrapposizione tra la tutela dell’ambiente e lo sviluppo economico, che richiede la ricerca di un punto di equilibrio tra l’utilizzo delle risorse ambientali e la conservazione delle stesse.

La produzione di energia da fonti rinnovabili si pone come l’anello di congiunzione tra le esigenze di sviluppo e quelle di tutela ambientale, rendendo possibile lo sfruttamento delle risorse naturali nei limiti della loro capacità di rigenerazione. In particolare, per energie rinnovabili si intendono “*le forme di energia prodotte da fonti*

derivanti da risorse naturali che si rigenerano alla stessa velocità con cui sono consumate, non sono esauribili nei tempi delle ere geologiche e il cui utilizzo non pregiudica le stesse risorse naturali per le generazioni future”¹.

Da un punto di vista giuridico² sono considerate fonti energetiche rinnovabili: la fonte eolica; la fonte solare (fotovoltaica e termica); la fonte geotermica; il moto ondoso; la fonte maremotrice; la fonte idraulica; le biomasse; i gas di discarica; i gas residuati dai processi di depurazione e i biogas.

Alcune di queste, come l’energia eolica e l’energia idraulica che muovevano i mulini a vento e i mulini ad acqua, sono state tra le prime fonti di energia sfruttate dall’uomo, mentre altre fonti, come quella solare, sono state impiegate più recentemente grazie allo sviluppo di tecnologie che hanno reso possibile la conversione fotovoltaica dell’energia solare³.

Partendo dal presupposto dell’impossibilità di produrre e sfruttare energia senza incidere sull’ambiente, anche gli impianti alimentati da fonti rinnovabili comportano la determinazione di un “inquinamento fisiologico”⁴, tuttavia il loro impatto è notevolmente inferiore rispetto a quello generato dagli impianti per la produzione di energia da fonti convenzionali. Inoltre le fonti di energia rinnovabili, essendo risorse interne agli Stati, presentano una notevole valenza strategica, in quanto garantiscono la sicurezza dell’approvvigionamento e dunque l’indipendenza energetica.

In considerazione di tali fattori, l’Unione europea, come si approfondirà nel presente lavoro, ha svolto un ruolo fondamentale nel perseguimento del duplice obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra e di aumento della sicurezza degli approvvigionamenti energetici, ponendosi in linea con il perseguimento degli obiettivi

¹ Cfr. M. Cocconi, *Poteri pubblici e mercato dell’energia*, Milano, 2014, p. 7.

² Cfr. l’art. 2, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 387 del 2003.

³ L’utilizzo delle tecnologie che permettono di produrre energia elettrica dal moto ondoso e dalle maree è invece ancora tecnicamente ed economicamente inefficiente. Cfr. sul punto M. Falcione, *Diritto dell’energia*, Barbera, 2008, p. 10.

⁴ Si pensi all’impatto sul paesaggio dei parchi eolici o al consumo di suolo determinato dagli impianti fotovoltaici a terra. Cfr. M. Falcione, *Diritto dell’energia*, cit., p. 20.

sulla riduzione delle emissioni inquinanti previste in ambito internazionale dal Protocollo di Kyoto, adottato nel 1997.

In particolare, dai primi anni del nuovo Millennio l'Unione europea ha inteso ricollocare la tematica energetica al centro dell'azione europea⁵ e rendersi artefice di *“una nuova rivoluzione industriale”*⁶, definendo una politica energetica europea volta a fronteggiare le problematiche relative al cambiamento climatico e alla dipendenza dalle importazioni estere. In tale contesto sono stati fissati specifici e ambiziosi obiettivi energetici da realizzare entro il 2020, che prevedono la riduzione del 20% delle emissioni di gas serra rispetto ai livelli di tali emissioni nel 1990, la riduzione del 20% del consumo di energia e, con riferimento alla promozione dell'energia proveniente da fonti rinnovabili, il raggiungimento di una quota pari al 20% di energia verde rispetto alla quantità complessiva di energia consumata nell'Unione europea. La Commissione si è dunque impegnata a più riprese per il miglioramento del mercato interno dell'energia e per eliminare gli ostacoli allo sviluppo delle energie rinnovabili e ha proposto misure di sostegno a favore di tali fonti.

Considerato il rapido evolversi della politica energetica adottata dall'Unione europea⁷ e la sua incidenza nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri, l'analisi della regolamentazione statale in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili non può prescindere da una breve esposizione della cornice normativa predisposta a livello europeo.

Sotto l'impulso della normativa europea, nell'ultimo decennio in Italia si è verificata una crescita esponenziale delle fonti rinnovabili con particolare riferimento al settore elettrico, che ha permesso di intraprendere il necessario percorso della transizione

⁵ La politica europea dell'energia era infatti già alla base del progetto della Comunità europea, con il Trattato CECA del 1951 e il Trattato Euratom del 1957.

⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento del 10 gennaio 2007.

⁷ Nel Trattato di Lisbona è stata conferita una autonoma base giuridica alla politica energetica all'art. 194 TFUE. Nel novembre 2016 la Commissione europea ha presentato il nuovo quadro normativo predisposto per supportare la transizione energetica verso forme di energia pulita, resasi necessaria per contrastare il processo di cambiamento climatico in corso e per garantire la sicurezza nell'approvvigionamento energetico del continente europeo e la riduzione dei costi per i consumatori finali. In tale contesto, il 14 giugno 2018 è stato raggiunto un accordo tra le istituzioni dell'Unione europea che prevede l'obiettivo della quota vincolante di energia rinnovabile pari al 32% della domanda complessiva di energia entro il 2030 (con una clausola di revisione al 2023).

verso un'energia sostenibile⁸. Tale risultato è stato reso possibile dalla predisposizione di meccanismi di sostegno pubblici che, tramite un aumento degli oneri di sistema nella tariffa elettrica, hanno incentivato l'installazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Nel presente lavoro si analizzerà il settore delle energie rinnovabili per tentare di individuare, nell'ambito della frammentata disciplina che lo connota, le criticità ma anche se vi siano delle linee evolutive comuni. In considerazione degli scenari che si sono profilati in seguito alla avvenuta liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica, si tenterà di valutare in quale modo le complesse questioni ancora aperte possano essere affrontate dal diritto costituzionale. A tal fine si è ritenuto necessario svolgere due approfondimenti, relativamente al settore fotovoltaico e al settore idroelettrico, ambiti che hanno subito un'evoluzione profondamente diversa e che presentano particolari profili di criticità.

⁸ Nel 2015 la produzione di energia da fonti rinnovabili ha raggiunto una penetrazione sui consumi finali lordi pari al 17,5%, superando l'obiettivo fissato dall'Unione europea nella tabella di marcia predisposta nel 2007 e da raggiungersi entro il 2020 (pari al 17%). Cfr. i dati riportati nella Strategia Energetica Nazionale, adottata dal Ministero dello sviluppo economico e dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare il 10 novembre 2017 e consultabili a p. 61 ss.

Capitolo 1 - Ambiente ed energia nella Costituzione

1.1 L'ambiente e le sue componenti

L'ambiente rappresenta, anche nel comune sentire, una materia caratterizzata da problematiche complesse, ma di indifferibile soluzione.

Ponendosi come obiettivo l'individuazione delle linee evolutive della disciplina relativa alla tutela dell'ambiente, per poi porne in risalto i profili incidenti sulla materia dell'energia da fonti rinnovabili, si ritiene preliminarmente necessario identificare cosa si intende per "ambiente".

Se si considera il vocabolo ambiente come inteso nel linguaggio comune, si possono immediatamente notare le sue molteplici connotazioni, potendo questo evocare, in generale, il rapporto dell'uomo con il mondo che lo circonda.

Il termine "ambiente" esprime infatti *"un costrutto logico puramente relativo, atto ad aggregare tutto ciò che, interagendo con una struttura di riferimento, da essa si distingue"*⁹. Il vocabolo dunque risulta definibile in negativo, per implicita o esplicita contrapposizione ad un termine di raffronto, e rimanda ad un'idea fortemente astratta.

⁹ Cfr. M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, p. 16. Cfr. anche R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 1999, p. 3, in cui sono riportate le quattro principali accezioni del termine "ambiente" nel linguaggio corrente, indicate dal Grande Dizionario della Lingua Italiana, ciascuna delle quali ulteriormente articolata al suo interno: "Ambiente" è "ciò che fascia e circonda (un oggetto o una persona), determinandone le condizioni di resistenza"; è "lo spazio nel quale una persona vive" e quindi "l'insieme delle condizioni sociali, culturali morali e della persona che circondano l'individuo e ne contrassegnano le forme della vita fisica e spirituale"; è "l'insieme delle condizioni fisiche e biologiche alle quali si trovano soggetti gli esseri viventi"; è, infine, sinonimo di "locale, stanza, vano". Secondo F. Spantigati "L'ambiente esiste intorno all'essere umano: sono le condizioni fisiche e chimiche in cui si svolge l'esistenza dell'essere umano. L'ambiente e materia. La materia dell'ambiente ha queste (fra le altre) caratteristiche: è complessiva, è indeterminata, è irreversibile". Queste caratteristiche intrinseche dell'ambiente, secondo l'autore, si scontrerebbero con la rigidità, la certezza e la reversibilità che invece contraddistinguono il diritto. Cfr F. Spantigati, *Valutazione giuridica dell'ambiente*, Padova, 2002, p. 119 ss. Analogamente M. Prieur evidenzia la natura relazionale del termine ambiente, qualificando «*L'environnement*» come "le fait d'environner, c'est-à-dire d'entourer" e riportando la definizione del sostantivo contenuta nel dizionario *Larousse de la langue*

Non risulta d'aiuto, nell'individuazione di una più precisa nozione di ambiente, neanche la normativa, in quanto sia il legislatore italiano che quello europeo si sono astenuti dal coniare una definizione univoca e generale dell'ambiente, sebbene, a partire dalla riforma del 2001, tale termine sia presente nel testo della Costituzione italiana all'art. 117, comma 2, lett. s)¹⁰.

La dottrina italiana ha intrapreso da tempo risalente la ricerca della definizione di un concetto giuridico di ambiente dovendo sin da subito fare i conti con tali difficoltà e si è sforzata di trarre comunque dal diritto positivo, seppure in via interpretativa, indizi di unitarietà¹¹. Questa indagine si è sviluppata, a partire dalla seconda metà del Novecento, dando luogo a due orientamenti di segno opposto, che, a loro volta, si diramano in molteplici varianti e sfumature.

Il primo, e meno recente, di questi orientamenti è incline a ritenere che l'ordinamento giuridico attribuisca alla nozione di ambiente significati eterogenei all'interno di settori disciplinari tra loro difformi per finalità e struttura, mentre il secondo è volto all'elaborazione di una nozione giuridica unitaria di ambiente¹².

Con riferimento ai maggiori esponenti appartenenti al primo orientamento, assume assoluto rilievo l'opera di Massimo Severo Giannini, uno dei primi autori ad

française “«ensemble des éléments naturels ou artificiels qui conditionnent la vie de l'homme»”. Cfr. M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Paris, 2004, p. 1.

¹⁰ In tale previsione la definizione di ambiente e il suo valore giuridico-costituzionale sono dati per presupposti, risultando necessario ricorrere all'interpretazione. Cfr. B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 17.

¹¹ Secondo D. Amirante, le difficoltà deriverebbero, oltre che dalla natura stessa della nozione di ambiente (concetto prevalentemente relazionale ed evolutivo, che difficilmente si presta alle rigide definizioni del diritto), soprattutto dalle difficoltà culturali riscontrate nella dottrina italiana, manifestatesi mediante “*un senso di frustrazione per non riuscire ad inquadrare gli istituti del diritto dell'ambiente nelle categorie tradizionali del nostro ordinamento, che ha portato per lungo tempo a negare qualsiasi autonomia scientifica al diritto ambientale*”, nonché nell'apertura del dibattito fra i sostenitori di un approccio antropocentrico alla tutela dell'ambiente e quanti invece privilegiano una visione ecocentrica dei rapporti tra diritto e ambiente. Cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2012, p. 234.

¹² Caravita distingue i due principali filoni ricostruttivi in esame, volti a riconoscere o meno un'identità unitaria all'ambiente, in teorie moniste e pluraliste. Cfr. B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 21 ss. Cfr. anche M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 2007, p. 17; D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 236; F. Fonderico, *Voce Ambiente (tutela dell') – Diritto Amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 2007, p. 2.

avvertire l'esigenza, nel 1973, di individuare e di sistematizzare i diversi significati che può assumere il termine "ambiente", per potervisi districare. Secondo la sua impostazione e alla stregua della disciplina allora vigente, alla nozione di ambiente sarebbero riconducibili tre gruppi di istituti giuridici distinti: 1) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi al paesaggio; 2) l'ambiente a cui fanno riferimento la disciplina e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua; 3) l'ambiente a cui si fa riferimento nella disciplina dell'urbanistica¹³. Dunque l'Autore non riteneva possibile pervenire all'elaborazione di una nozione giuridica unitaria di ambiente, alla quale negava anche un autonomo rilievo giuridico. Esistevano invece tre diverse componenti dell'ambiente, che erano appunto irriducibili ad unità, ognuna delle quali contraddistinta dalla capacità di attrarre attorno a sé le norme di un particolare settore della disciplina allora in vigore in materia ambientale: le norme sulle bellezze naturali e paesistiche, le norme riguardanti la difesa dagli inquinamenti e le norme sull'urbanistica.

Tale impostazione tripartita, che ha comunque determinato l'emersione delle tematiche ambientali nel dibattito dottrinale, trovava conferma nella disciplina positiva, che, all'epoca di Giannini, trattava le questioni ambientali in maniera settoriale. Infatti in quegli anni la nozione di ambiente assumeva esclusivamente un valore descrittivo, non essendo presente alcun riferimento normativo idoneo a conferire sistematicità alla materia e non esistendo alcun centro di imputazione che potesse essere individuato come portatore del relativo interesse¹⁴. L'autore, mediante i riferimenti al paesaggio, all'urbanistica ed alla salute (al quale valore è riconducibile la disciplina sugli inquinamenti), ha quindi tentato di trovare un triplice aggancio costituzionale, in

¹³ Cfr. M. S. Giannini, "Ambiente": saggio sui suoi diversi aspetti giuridici, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 1, p. 23 ss.

¹⁴ In Italia, all'epoca in cui fu elaborata la tesi di Giannini, esistevano infatti solo una serie di normative di tutela dei vari interessi riconducibili all'ambiente e di organismi volti a garantirne la protezione, l'istituzione del Ministero dell'Ambiente è avvenuta invece successivamente, con la legge n. 349/1986. Il punto è sottolineato da G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017, p. 11.

particolare agli articoli 9, 32 e 117 Cost., per la materia ambientale che non era ricompresa esplicitamente nel testo della Costituzione¹⁵.

1.2 La possibilità di una ricostruzione unitaria della nozione giuridica di ambiente

La Costituzione italiana – al pari di altre Carte costituzionali europee del secondo dopoguerra - data la scarsa sensibilità giuridica dell'epoca per i problemi ambientali, non conteneva sin dalla sua entrata in vigore espliciti riferimenti all'ambiente. Era però previsto un articolo relativo alla tutela del paesaggio¹⁶, mentre in altri articoli, come ad esempio l'art. 44 riguardante “*il razionale sfruttamento del suolo*”, erano comunque contemplate materie caratterizzate da una indubbia valenza ambientale.

Gli apporti dottrinali e giurisprudenziali volti alla ricostruzione di una nozione giuridica di ambiente hanno dunque cercato di interpretare e valorizzare, per quanto possibile, alcuni elementi testuali presenti in Costituzione, con il risultato però di un inquadramento solo parziale della materia¹⁷.

In tale ottica si pone l'opera di Alberto Predieri, il quale, partendo da una interpretazione della nozione di paesaggio, sulla scorta del secondo comma dell'art. 9 della Cost., ha posto in evidenza il rapporto tra uomo e natura e il condizionamento

¹⁵ L'art. 117 della Costituzione prima della riforma del 2001 prendeva in considerazione l'urbanistica. Cfr. in questo senso F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, Napoli, 2013, p. 97.

¹⁶ Il dibattito sviluppatosi riguardo all'opportunità dell'introduzione nella Costituzione dell'art. 9 ha visto il manifestarsi di forti resistenze, fondate sulla convinzione del carattere superfluo o inutile di una previsione costituzionale a tutela del paesaggio, cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 240.

¹⁷ Cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 241. Secondo l'autore “*il ritardo nell'elaborazione di un compiuto status costituzionale dell'ambiente non può quindi essere attribuito ai padri costituenti ma all'incapacità mostrata successivamente dall'ordinamento italiano di portare a compimento una riforma costituzionale «di sistema» capace di assegnare alla tutela dell'ambiente il rilievo costituzionale che l'importanza e l'urgenza della «questione ambientale» richiederebbero*”.

reciproco che avviene tra questi due poli¹⁸. In particolare, al fine di conferire rilievo giuridico alle problematiche ambientali, è stata operata una rivisitazione della nozione di paesaggio, estendendone il contenuto oltre il nucleo essenziale della conservazione delle bellezze naturali. Secondo questa impostazione la nozione di paesaggio andrebbe interpretata come *“la forma del paese, creata dall’azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni nella sua cultura”*¹⁹. La nozione di paesaggio dunque includerebbe sia la disciplina urbanistica, sia la nozione giuridica di ambiente, comprendendo da un lato *“ogni preesistenza naturale, l’intero territorio, la flora e la fauna”* e dall’altro, *“ogni intervento umano che operi nel divenire del paesaggio qualunque possa essere l’area in cui viene svolto”*²⁰.

La suddetta ricostruzione ha il merito di aver anticipato l’approccio pan-paesaggistico fatto proprio dalla Convenzione europea del paesaggio nel 2000²¹, ma, come evidenziato dalla dottrina più recente, presenta il rischio di sacrificare la dimensione ambientale in favore di quella paesaggistica. Si ritiene infatti, in accordo con la più recente dottrina, che la nozione di paesaggio non sia sovrapponibile a quella di ambiente, ma si relazioni a quest’ultima come una parte rispetto al tutto. Questa può porsi come un momento della tutela ambientale, ma non può esaurirla, in quanto le finalità paesaggistiche costituiscono solo una parte delle finalità di tipo ambientale²².

¹⁸ Cfr. F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell’ambiente*, cit., p. 98.

¹⁹ Cfr. A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, II, p. 387.

²⁰ Cfr. A. Predieri, *Paesaggio*, voce dell’*Enc. Dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 512.

²¹ La Convenzione europea del paesaggio è stata sottoscritta a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata in Italia con la legge del 9 gennaio 2006, n. 14. All’art. 1 lett. a) il paesaggio è definito come *“una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni”*.

²² Cfr. in questo senso D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell’ambiente*, cit., p. 241 ss.; B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, cit., p. 43 ss.

1.3 La centralità del rapporto tra l'uomo e l'ambiente

L'emergenza sempre crescente delle tematiche ambientali ha condotto ad un'espansione della produzione normativa, consentendo il superamento delle impostazioni pluraliste e lasciando sempre più il campo all'elaborazione di ricostruzioni unitarie dell'ambiente²³.

Parallelamente, inizia a mutare anche la prospettiva adottata dall'indagine relativa alla nozione giuridica di ambiente, ponendosi sempre più in primo piano, in ambito letterario ma anche legislativo, la natura e la valorizzazione delle sue risorse, considerata per la prima volta indipendentemente dall'opera dell'uomo²⁴.

Traendo spunto dalle nozioni riconducibili alla scienza ecologica, una parte della dottrina²⁵ ha tentato di elaborare una definizione di ambiente, prendendo in considerazione “*l'ambiente effettivo, cioè l'insieme dei fattori ecologici che hanno un'influenza diretta e significativa sulla vita degli organismi*”²⁶.

In quest'ottica spiccatamente interdisciplinare sono entrati nel campo di indagine giuridica concetti di derivazione scientifica, tra i quali la nozione di *ecosistema*, definito dall'ecologia come insieme nel quale esiste uno stato di equilibrio, autonomo in rapporto agli altri ecosistemi, ed il termine *biosfera*, considerato come lo spazio occupato dall'insieme degli esseri viventi del nostro pianeta o, in altri termini, come la combinazione di tutti gli ecosistemi. Si sono indagate la varietà dei fattori ambientali e la elevata capacità di adattamento dell'uomo alle molteplici situazioni ambientali

²³ Un ruolo fondamentale nel superamento delle impostazioni pluraliste è stato svolto dal diritto europeo, che si è dimostrato particolarmente attento alla problematicità della questione ambientale, la quale necessariamente trascende la dimensione nazionale. Tuttavia, nonostante la centralità assunta dalla tutela ambientale nel diritto europeo, non è stata elaborata una compiuta definizione del concetto di ambiente. Cfr. in tal senso P. Lombardi, *I profili giuridici della nozione di ambiente: aspetti problematici*, in *Foro amministrativo, Tar*, 2002, p. 769 e ss.

²⁴ Cfr. A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, p. 32 e ss.

²⁵ Cfr. B. Caravita, L. Casseti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 29 ss.

²⁶ Cfr. B. Brun, P. Lemonnier, J.P. Raison, M. Roncayolo, *Ambiente*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1977, p. 393.

unitamente alla sua capacità di trasformarle, giungendo alla conclusione che l'adozione di una logica di tipo antropocentrico ai fini dell'individuazione di una nozione di ambiente unitaria risulta parziale ed insoddisfacente nel medio-lungo periodo, dovendosi invece necessariamente ricorrere alla prospettiva ecologica²⁷.

Secondo questa impostazione, l'ambiente andrebbe infatti inteso come “*equilibrio ecologico, di volta in volta, della biosfera o dei singoli ecosistemi di riferimento*”, mentre la tutela dell'ambiente andrebbe, a sua volta, intesa come “*tutela dell'equilibrio ecologico della biosfera o degli ecosistemi considerati*”²⁸.

L'approccio interdisciplinare di cui ci si è avvalsi, aperto al contributo delle scienze ecologiche, è volto a considerare l'equilibrio ecologico come quello delle situazioni concrete, in cui l'uomo e gli esseri viventi operano e così come lo hanno nel tempo strutturato. Tuttavia, se si passa in rassegna il diritto positivo in materia di ambiente, l'idea di equilibrio non sembra implicare quella di un valore assoluto. Si rileva che il fine ultimo della disciplina ambientale non è quello di individuare un supposto equilibrio, ma quello di perpetuare qualità ambientali che siano favorevoli alla vita

²⁷ Cfr. J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, p. 673 ss.; così anche B. Caravita, L. Casseti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 30.

²⁸ Cfr. B. Caravita, L. Casseti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 31. La medesima definizione di ambiente è condivisa da M. Cecchetti, secondo il quale, solo ricorrendo alle elaborazioni dell'ecologia “*sembra possibile conciliare le due opposte esigenze: di disporre di una nozione sufficientemente completa e significativa dell'oggetto della tutela e di riconoscere, nello stesso tempo, i limiti della scienza giuridica e del linguaggio normativo, che risultano impotenti di fronte ad un concetto ontologicamente indeterminabile in astratto e di per sé non riducibile in enunciati prescrittivi*”. Cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 5. S. Grassi, allargando la prospettiva di indagine, pone l'accento sulla strutturale complessità e sul carattere poliedrico e multidimensionale del fenomeno ambientale, individuando nel concetto di ambiente tre dimensioni: la dimensione relazionale tra più fattori sia naturali che antropici; la dimensione spaziale o geografico territoriale, che connota i diversi ambienti cui si può far riferimento, e la dimensione temporale o diacronica, che tiene conto della continua evoluzione dei mutamenti delle relazioni ambientali. Cfr. S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, p. 1-2. Altri autori ritengono inutile la ricerca di una nozione giuridica di ambiente, cfr. in questo senso G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p. 1121 ss.; N. Greco, *La Costituzione dell'ambiente*, Bologna, 1996, p. 20.

umana. Risulterebbe dunque illusorio il tentativo di stabilire quale sia la situazione che esattamente soddisfi i requisiti del supposto equilibrio naturale²⁹.

La nozione di ambiente, come detto, è intrinsecamente relazionale, necessita di un termine di riferimento per essere definita. Occorre dunque una contestualizzazione. La specificazione di un concetto giuridico di ambiente presuppone necessariamente l'individuazione del suo referente secondo il diritto. La centralità dell'uomo emerge con evidenza in tutta la normativa ambientale, dal livello internazionale al livello europeo, fino a quello nazionale³⁰.

I fenomeni naturali non risultano giuridicamente rilevanti di per sé, ma solo qualora si pongano causalmente in relazione con l'attività dell'uomo. Il diritto riconosce e tutela l'interesse ambientale, finalizzato a perseguire un equilibrato rapporto tra l'uomo e l'ambiente, muovendo dalla considerazione che la presenza e l'opera dell'uomo costituiscono fattori di perturbamento, capaci di incidere negativamente sul territorio e condizionare lo svolgimento dei processi ambientali naturali. Conseguentemente emerge la necessità di non configurare in termini antagonisti il rapporto tra l'uomo e l'ambiente, ma in termini di convergenza e di equilibrio, nell'ambito di una relazione in cui nessuno dei due punti di riferimento viene assorbito dall'altro. La qualificazione del rapporto tra l'uomo e l'ambiente in questi termini risulta essenziale per potersi distanziare criticamente sia dalle impostazioni di un ambientalismo talvolta estremo, sia dalle opposte tendenze radicalmente antropocentriche, che potrebbero risultare troppo

²⁹ Il punto è sottolineato anche da M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit.; F. Fracchia, *Introduzione allo studio dell'ambiente*, cit., p. 112.

³⁰ Cecchetti conferisce particolare rilievo all'approccio antropocentrico nello studio della materia ambientale. L'Autore infatti individua nel principio dell'antropocentrismo il primo principio che contribuisce alla stessa individuazione dell'ambiente come oggetto di tutela giuridica sul piano costituzionale, il principio dell'antropocentrismo sembra "in grado di orientare l'approccio complessivo al tema dell'ambiente attraverso l'opzione di fondo in esso contenuta: la centralità della persona umana". Cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 49 ss. In dottrina è stato rilevato che il diritto, in quanto scienza sociale che si occupa dell'uomo, implica un antropocentrismo necessario e quindi non può considerare l'ambiente se non con esclusivo riferimento all'uomo ed ai suoi comportamenti. Cfr. F. G. Scoca, *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell'ambiente*, in *Dir. e Società*, 1993, p. 403; G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., p. 1122. Sulle concezioni del rapporto tra uomo e ambiente e sulle implicazioni della giuridificazione delle tematiche ambientali cfr. M. Tallacchini, *Diritto per la natura*, Torino, 1996, p. 171 ss.; sulla nozione di antropocentrismo cfr. J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, cit., p. 675 ss.

sbilanciate in favore della libertà dell'uomo e a scapito dello sfruttamento delle risorse naturali³¹.

Adottata questa prospettiva, assume fondamentale rilievo il principio dello sviluppo sostenibile in chiave ambientale, che orienta l'agire umano nella consapevolezza della preesistenza della Terra rispetto all'uomo e della necessità che gli uomini del tempo presente preservino la qualità dell'ambiente per garantire anche il soddisfacimento delle esigenze delle generazioni future.

1.4 L'interesse giuridico alla tutela dell'ambiente

A questo punto, esplorata la difficoltà nella individuazione di una puntuale nozione giuridica di ambiente, risulta ontologicamente irrinunciabile stabilire il ruolo che il diritto è chiamato a svolgere nella qualificazione in termini giuridici dell'interesse alla "tutela dell'ambiente". Ci si domanda dunque quale natura giuridica assuma l'interesse alla tutela ambientale una volta riconosciuta la sua rilevanza giuridica³².

Le impostazioni più tradizionali hanno ricostruito la rilevanza giuridica della tutela dell'ambiente riconducendola nell'ambito delle situazioni giuridiche soggettive attive, variamente declinate (diritto soggettivo della persona, interesse diffuso, interesse collettivo, etc.), tutte ricomprese nella generica formula del "diritto all'ambiente", oppure hanno tentato di qualificare l'ambiente come "bene giuridico", facendo riferimento al

³¹ Cfr. G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002, p. 33-34.

³² Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in www.federalismi.it, 2006, p. 44. L'assenza di una entità materiale omogenea denominata "ambiente" infatti non ne preclude la rilevanza giuridica, soprattutto se si consideri che questo, quantomeno come complesso di valori riconosciuti dall'ordine giuridico e prima ancora dalla coscienza sociale collettiva, costituisce oggetto di specifiche normative di tutela. Cfr. M. Campolo, *Interessi ambientali e pianificazione del territorio*, Napoli, 1999, p. 100.

contributo della teoria dei beni giuridici elaborata nell'ambito delle discipline civilistiche³³.

Sul piano della tutela delle situazioni giuridiche riconducibili all'ambiente, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, una parte della dottrina³⁴ e la giurisprudenza hanno intrapreso un peculiare percorso evolutivo, ponendo le basi per l'individuazione di un diritto soggettivo al quale ancorare una nozione unitaria di ambiente. Le prime forme di tutela ambientale sono state accordate ricorrendo alla valorizzazione del diritto di proprietà e del diritto alla salute³⁵.

³³ La dottrina civilistica nel tentativo di definire l'ambiente come "bene giuridico", ha esteso il concetto tradizionale di bene giuridico, connesso con la tutela di definiti interessi individuali, anche ad un bene immateriale al quale sono collegati interessi sia individuali sia collettivi. Tuttavia, *"la definizione dell'ambiente come bene giuridico incontra non solo difficoltà per definirne la natura, come bene pubblico (di cui è titolare lo Stato) o come bene collettivo (o a «fruizione collettiva»); è anche difficile ricostruirlo (secondo un'impostazione dottrinale, che peraltro trova conferme in molte formulazioni di recenti costituzioni) come diritto della persona («diritto fondamentale») alle risorse ed agli equilibri ambientali, considerati come coesenziali alla qualità della vita e quindi presupposto dello sviluppo della personalità. Tali ricostruzioni risultano insufficienti a superare la difficoltà concettuale che deriva dalla complessità e dinamicità dell'ambiente (che mal si conciliano con la struttura statica del diritto soggettivo) ed ancor più dal carattere relazionale dell'ambiente, che impedisce di attribuire al solo titolare del diritto di far valere gli interessi connessi ai molteplici rapporti che si manifestano tra le risorse e gli interessi ambientali"*. Cfr. S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 147-148. Per una critica alla ricostruzione dell'ambiente come bene giuridico, cfr. anche B. Caravita, *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, 1999, p. 186 ss.; Id., *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 25 ss.; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 100 ss.

³⁴ Cfr. A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, p. 32 e ss.; F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1980.

³⁵ Inizialmente la Corte dei conti aveva elaborato la tutela giurisdizionale degli interessi ambientali configurando l'ambiente come "bene pubblico" in senso oggettivo e ricostruendo i danni all'ambiente come danni erariali, attribuiti alla competenza giurisdizionale del giudice contabile (cfr. Corte Conti, I, 20 dicembre 1975, n. 108; Corte Conti, I, 8 ottobre 1979, n. 61; Corte Conti, I, 18 settembre 1980, n. 86). In seguito, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha collegato il diritto all'ambiente al diritto di proprietà. La tutela era infatti subordinata al rapporto di vicinanza tra il bene e le attività che potessero impedirne un pieno godimento. La tutela riconosciuta al singolo veniva ricondotta nell'ambito del generale divieto di immissioni stabilito dagli artt. 844 e 890 c.c. e si proiettava sui profili dominicali attinenti al rapporto fra un soggetto e il bene oggetto di proprietà (cfr. Cass., S. U., sent. 9 aprile 1973, n. 999, in Foro it., 1974, I, c. 843). Cfr. P. Maddalena, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1980; C. D'Orta, *Ambiente e danno ambientale: dalla giurisprudenza della Corte dei conti alla legge sul Ministero dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 60 ss. Successivamente ai profili dell'appartenenza del bene inizia ad affiancarsi uno specifico riferimento alla tutela della salute (cfr. Cass. S. U., sent. 9 marzo 1979, n. 1463, in Foro it., 1979, I, c. 939). Cfr. G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 101.

In particolare, la giurisprudenza ha iniziato a porre in relazione la protezione dell'ambiente con la tutela della salute, tramite il riferimento all'art. 32 Cost., che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività. Grazie a una interpretazione in combinato disposto con il principio personalistico di cui all'art. 2 Cost., l'art. 32 Cost. è stato interpretato come implicante, oltre il diritto alla salute, anche un diritto alla "salubrità" dell'ambiente, in quanto presupposto necessario per garantire la qualità della vita dell'individuo e, dunque, la salute della collettività. Il rapporto tra ambiente e salute si presenterebbe quindi come un rapporto di complementarità, nel senso che l'effettività del diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost. presupporrebbe il mantenimento di una salubrità ambientale tale da garantire l'integrità fisica e la vita degli individui³⁶.

Questo legame si afferma inizialmente in una prospettiva di tutela successiva e riparatoria, come reazione nel momento in cui ambiente e salute vengono posti in pericolo. La giurisprudenza della Corte di Cassazione, riscontrata l'assenza nella legislazione di adeguati strumenti di tutela degli interessi ricollegabili all'ambiente, è giunta a coniare in via pretoria il diritto alla salubrità dell'ambiente³⁷. Nella sentenza n. 5172 del 1979 la Suprema Corte ha infatti elaborato la tutela ambientale a partire da forme di tutela privatistiche, sottolineando che il diritto alla salute non rilevarebbe tanto come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, quanto come diritto all'ambiente salubre, fondato sugli artt. 2 e 32 Cost. e azionabile da parte di qualsiasi cittadino in forza dell'art. 2043 c.c. La salubrità dell'ambiente dunque, risultando essenziale per assicurare il benessere psico-fisico dell'individuo e della collettività, sarebbe elevata alla dignità di diritto dell'individuo ed interesse della collettività dall'art. 32 Cost. Questa corrispondenza di interessi connessi ad ambiente e salute nell'ottica dell'integrità fisica dell'individuo permetterebbe di delineare sia un diritto soggettivo, sia un interesse

³⁶ Cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1134. La tutela dell'ambiente viene dunque elaborata in una prospettiva antropocentrica e subordinata all'azione individuale.

³⁷ Cfr. Cass. S. U., sent. 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302. La Corte afferma l'esistenza di un diritto soggettivo alla salubrità dell'ambiente ancorandolo esclusivamente all'art. 32 Cost., senza alcun riferimento al diritto di proprietà. Cfr. F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, cit.

collettivo all'ambiente salubre, nella prospettiva che vede l'ambiente come spazio in cui l'individuo può svolgere la propria personalità.

La Corte costituzionale, in accordo con la giurisprudenza della Corte di Cassazione, ha sottolineato in alcune sentenze la natura unitaria del bene ambiente e la necessità della tutela della salute in tutte le condizioni in cui si svolge la vita di ogni persona, rilevando che l'ordinamento tutela *“il diritto soggettivo assoluto alla salubrità ambientale ed alla salute del cittadino che, secondo il principio di cui all'art. 32, comma primo, della Costituzione, non può conoscere limitazione alcuna”*³⁸.

Anche la dottrina costituzionalistica ha riconosciuto la salubrità ambientale come condizione necessaria per garantire l'effettività del diritto alla salute. In quest'ottica, il diritto all'ambiente salubre è stato configurato come il diritto a pretendere condizioni ambientali adeguate e in grado di assicurare lo sviluppo della personalità di ciascun individuo e la preservazione della propria salute³⁹.

Come avvenuto per il termine “paesaggio”, anche per la nozione di salute è stato applicato il fondamentale principio ermeneutico secondo cui il significato delle espressioni normative deve essere costantemente adeguato a quello che è a esse proprio nel momento in cui l'interprete svolge le sue operazioni. Nel tempo, come puntualmente riscontrato dalla dottrina, si è verificato uno “spostamento della coscienza sociale” e, conseguentemente, del dato normativo e linguistico, tale per cui la nozione del diritto alla salute si è ampliata fino a ricomprendere, oltre all'integrità psico-fisica dell'individuo, anche la salubrità dell'ambiente in cui vive. Conseguentemente, la protezione costituzionale del diritto all'ambiente si porrebbe come il prolungamento e la naturale evoluzione della protezione costituzionale del diritto alla salute, inteso come diritto alla propria integrità psico-fisica⁴⁰.

Questa ipotesi ricostruttiva presenta molteplici profili di criticità.

³⁸ Cfr. sentenza Corte cost. n. 127 del 1990.

³⁹ Cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 246.

⁴⁰ Cfr. M. Luciani, voce *Salute (diritto alla) – Diritto costituzionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1992, p. 6.

Come già evidenziato, il termine ambiente non si esaurisce unicamente nella nozione di *habitat* materiale dell'uomo, la cui compromissione pone a rischio la sua stessa sopravvivenza o integrità psico-fisica, ma fa riferimento anche ad una molteplicità di oggetti, ai quali sono ricollegabili esigenze di protezione di valori estetici, culturali o di civiltà propri dell'uomo medesimo⁴¹.

Inoltre, ammesso che il pur limitato diritto all'ambiente derivi direttamente dal diritto alla salute, di cui costituisce una ulteriore specificazione, dovrebbe, per coerenza di impostazione, riconoscersi in relazione a questo lo stesso regime giuridico del diritto alla salute nel suo senso originario, non potendosi dunque inquadrare il diritto alla salute come autentico diritto soggettivo a titolarità individuale e il diritto all'ambiente come un mero interesse collettivo. Ad una tale qualificazione del diritto all'ambiente si pongono però come ostacoli l'oggetto del diritto, insuscettibile di integrale appropriazione privata, e l'inadeguatezza dell'azione individuale in questo ambito, che è consustanziale alla natura personalissima del diritto, ma non garantisce una protezione giudiziale piena⁴².

La principale criticità poi risiede nella constatazione che generalmente le attività lesive dell'ambiente possono comportare il coinvolgimento di una molteplicità di soggetti e possono estendersi in uno spazio indeterminato. Dunque risulta assai arduo identificare quali caratteri un fatto aggressivo dell'ambiente (ecologico) debba presentare per essere considerato lesivo del diritto alla salute inteso come diritto all'ambiente salubre. Se si considerano le mere condizioni entro le quali la lesione dell'integrità psico-fisica della persona può verificarsi, il diritto all'ambiente salubre costituisce un generico e inutilizzabile diritto al benessere; se, in alternativa, si considerano le sole cause della lesione, lo si riduce ad una particolare manifestazione del diritto alla salute come tradizionalmente inteso⁴³. Come ritenuto da Caravita, “*la prevenzione sanitaria non è in grado, già in astratto, di risalire la scala delle cause sino agli interventi di tutela ambientale; effettuerà tali interventi solo quando si saranno create emergenze*

⁴¹ Cfr. M. Luciani, *op. ult. cit.*, p. 7.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

ambientali; sarà portatrice di un'ottica dimidiata, giacché incentrata [...] sull'aspetto della tutela della salute umana"⁴⁴.

Il diritto all'ambiente salubre sembra dunque atteggiarsi come una ulteriore sfaccettatura del diritto alla salute o come una situazione giuridica soggettiva accessoria alla tutela ambientale. Questo è pertanto in grado di estendere i confini della tutela sanitaria, con riferimento all'attuazione del principio precauzionale di matrice europea. Infatti la possibilità di azionare un intervento dell'ordinamento giuridico a prescindere dall'effettività di un danno e dalla certezza del dato scientifico sulla potenziale dannosità di un'attività comporta una più penetrante tutela della salute in chiave preventiva. Attraverso questa tutela precauzionale dell'ambiente è stato quindi introdotto un modello di protezione più ampio di quello riconducibile al tradizionale diritto alla salute, consacrandone definitivamente la dimensione sociale. Tuttavia, anche se considerato nella sua più ampia accezione, tale diritto incarna comunque un aspetto parziale della tutela ambientale, la quale non è riconducibile unicamente alla salute umana⁴⁵.

In definitiva, come evidenziato da Cecchetti, *“la capacità degli schemi e delle categorie giuridiche tradizionali di rappresentare e di contenere efficacemente le istanze collegate con l'esigenza di tutela dell'ambiente rivela tutti i suoi limiti, soprattutto con riferimento alle caratteristiche peculiari dell'oggetto della tutela che, come ricordato, non appare suscettibile di definizioni aprioristiche, valide in ogni circostanza e una volta per tutte, e che perciò necessita di una determinazione in concreto che risulti dinamica e frutto di una pluralità di interventi coordinati e bilanciati anzitutto sul piano politico e amministrativo*"⁴⁶. Secondo l'autore, la configurazione di situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'ambiente nel suo complesso risulta inefficace, se non addirittura impossibile, così come la qualificazione di questo come bene giuridico determinato.

⁴⁴ Cfr. B. Caravita, L. Casseti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 45.

⁴⁵ Cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 247.

⁴⁶ Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, cit., p. 44.

La locuzione “diritto all’ambiente” andrebbe quindi intesa “*non già nel senso tecnico dell’esistenza di una pretesa soggettiva riferibile all’ambiente, bensì come formula sintetica per individuare un fascio di situazioni soggettive diversamente strutturate e diversamente tutelate. Mentre l’ambiente come equilibrio ecologico non è un bene appropriabile o un bene su cui si possano vantare situazioni soggettive individuali, giacché spetta al legislatore ed ai poteri pubblici, in primo luogo, soddisfare le aspettative di benessere e di qualità della vita connesse alla tutela dell’ambiente, è invece certamente ammissibile, in relazione ai singoli fattori ecologici o a singole aspettative differenziate, la configurazione di specifiche situazioni soggettive direttamente tutelabili, come, ad esempio, il diritto all’ambiente salubre (inteso come diritto alle condizioni minime di salubrità dell’ambiente), i diritti di partecipazione ai processi decisionali, i diritti all’informazione sullo stato dell’ambiente, sulle attività e sulle politiche che incidono sull’ambiente*”⁴⁷.

1.5 La proposta di una diversa chiave ricostruttiva

La riforma costituzionale del 2001 per la prima volta ha introdotto la tutela dell’ambiente nella Costituzione.

Già in sede di Assemblea Costituente, nell’ambito del dibattito relativo all’articolo 9 Cost., si era sostenuta (da parte degli on.li Marchesi, Moro e Ruini) l’opportunità di introdurre norme per la tutela di valori di rilevanza ambientale, che aveva però incontrato l’opposizione di quanti ritenevano che la previsione nella Costituzione di una norma a tutela del paesaggio fosse inutile e superflua⁴⁸.

⁴⁷ Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, cit., p. 45.

⁴⁸ Cfr. F. Merusi, *Art. 9*, in Branca (a cura di) *Commentario alla Cost.*, Bologna, 1975, p. 434 e ss.; A. M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Cost.*, in *Riv. giur. edilizia*, 2/1967 p. 70.

Nella sua evoluzione però, l'ordinamento italiano, a differenza di altri ordinamenti, non è giunto a conferire pieno rilievo costituzionale alla tutela dell'ambiente mediante una riforma di sistema, in linea con l'urgenza e la rilevanza della questione ambientale. Infatti, l'introduzione del riferimento alla tutela dell'ambiente nel testo della Carta fondamentale italiana, operata dalla riforma del 2001, può in questo senso considerarsi “una costituzionalizzazione «indiretta» ed «incompleta»”, che lascia aperte “sia la questione della definizione giuridica dell'ambiente, che quella della sua collocazione nella gerarchia delle norme costituzionali”⁴⁹.

Attualmente la norma che meglio si presta ad una valorizzazione costituzionale in termini oggettivi dell'ambiente è ancora da rinvenirsi nell'art. 9 Cost., il quale, al secondo comma, ricomprende la “tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione” fra i compiti della Repubblica. Le ricostruzioni più convincenti del rilievo costituzionale della nozione di ambiente risultano infatti fondarsi proprio su tale norma, a partire dall'elaborazione di Predieri. Tuttavia, come rilevato, il riferimento al paesaggio non evidenzia tutti gli aspetti e le valenze propri del concetto di ambiente, ma ha ad oggetto solo la forma di rappresentazione del territorio di origine sociale e culturale⁵⁰.

In contrapposizione all'orientamento gianniniano, come accennato, si è sviluppato nel tempo un diverso filone interpretativo, caratterizzato dall'affermazione dell'unitarietà della nozione di ambiente. Questo si dirama al suo interno in molteplici teorie che, al fine di individuare quale sia la situazione giuridica soggettiva che si pone in relazione all'ambiente (che qualificano come attiva), operano differenti collegamenti, ora ai diritti

⁴⁹ Cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 235.

⁵⁰ Cfr. B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto all'ambiente*, cit., p. 43; D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 242. F. Spantigati, osserva che “il paesaggio è una concezione estetica dell'ambiente, conforme alla cultura borghese e fascista degli anni Trenta. Un valore lontano dalle esigenze qualitative di esistenza nella società pluralista”. Secondo l'Autore il fondamento giuridico dell'ambiente è invece da ricercarsi nella struttura disegnata dalla Costituzione per la società e nelle finalità che si prefigge, tra le quali rileva la tutela della dignità di ciascun essere umano. La dignità di ogni essere umano si esprime infatti nella possibilità di fruire di un ambiente conforme alla propria esistenza. Cfr. F. Spantigati, *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 1999, 2, p. 228-229.

della personalità ora ai diritti sociali⁵¹. Come evidenziato in dottrina, tali teorie risultano però “*tutte sostanzialmente caratterizzate da un limite di fondo: quello di configurare la nozione di ambiente prevalentemente in relazione alla rivendicazione di situazioni giuridiche soggettive*”⁵², facendo riferimento più che a un diritto soggettivo in senso proprio, a un fascio di situazioni soggettive differenti⁵³.

Altri autori si sono invece posti in una differente prospettiva, sviluppando una ipotesi ricostruttiva alternativa del fenomeno ambientale. In particolare, Martines, nel tentativo di ricostruire una nozione giuridica di ambiente, ha individuato una diversa strada da intraprendere, che facesse leva sui doveri⁵⁴. Tale spunto è stato colto da Fracchia⁵⁵, che ha avviato una riflessione muovendo dalla considerazione delle sempre più frequenti reazioni dell’ambiente (disastri naturali, eventi sismici...), che rendono insoddisfacente l’adozione di una prospettiva antropocentrica per quanto riguarda l’inquadramento del diritto dell’ambiente. Continuare a configurare l’uomo come centro del mondo e titolare di pretese aventi ad oggetto un certo tipo di ambiente non tiene in debita considerazione un evidente dato reale, ossia che l’ambiente non risponde alle logiche del diritto.

La tesi del diritto all’ambiente, secondo Fracchia, risulta insufficiente nel conferire rilevanza unitaria a tutti quei profili che non siano correlati ad una situazione giuridica attiva. Infatti l’ordinamento giuridico raramente eleva l’ambiente ad oggetto di un diritto, prendendolo invece più frequentemente in considerazione con riferimento ad altri fini (per fondare pretese assistite da una forma di protezione differente, come accade per gli interessi legittimi, ovvero per disciplinare i comportamenti doverosi dei soggetti e

⁵¹ Cfr. A. Postiglione, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, cit., p. 32 e ss.; S. Patti, *Diritto all’ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980, p. 859 e ss.; F. Giampietro, *Diritto alla salubrità dell’ambiente*, cit.; L. Mezzetti, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2002; A. Gustapane, *Tutela dell’ambiente*, voce dell’*Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 413.

⁵² Cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell’ambiente*, cit, p. 237.

⁵³ Cfr. B. Caravita, *Diritto dell’ambiente*, Bologna, 2001, p. 36.

⁵⁴ Cfr. T. Martines, *L’ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. Pepe, *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1996, p. 23.

⁵⁵ Cfr. F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il Diritto dell’economia*, 2, 2002, p. 215 ss.

per attribuire funzioni ai pubblici poteri)⁵⁶. L'individuazione comunque di un referente umano del diritto dell'ambiente risulta contraddittoria se si considerano le ipotesi in cui la tutela dell'equilibrio ecologico non risulta coincidente con la protezione della sua salubrità riferita all'uomo, come ad esempio nell'ipotesi della difesa di alcune specie animali pericolose per l'uomo. Secondo l'autore, la ricostruzione della nozione di ambiente come oggetto di un diritto soggettivo, in forza del richiamo all'art. 2 Cost., inquadrabile nell'ambito dei diritti fondamentali della persona, risulta inoltre troppo rigida e poco funzionale al perseguimento di quell'equilibrio che contraddistingue proprio il settore ambientale.

Alla luce di tali considerazioni, Fracchia, non intendendo abbandonare l'ottica antropocentrica in favore di una impostazione ecocentrica, data l'estrema difficoltà di qualificare come titolari di diritti gli elementi non senzienti⁵⁷ riconducibili alla nozione di ambiente che non potrebbero avvalersi della tutela propria del diritto soggettivo, esplora la possibilità di impiegare, quale chiave esplicativa e ricostruttiva del fenomeno ambientale, il concetto di dovere. La ricostruzione che ne consegue risulta suggestiva. Se al soggetto, perno del sistema anche in forza del principio personalista, vengono imposti doveri, sembra garantita una tutela più ampia di tutti gli elementi naturali, che possono risultare avvantaggiati dal comportamento doveroso, anche di quelli che, in quanto carenti di soggettività e di volontà, non sono in grado di attivarsi autonomamente per rivendicare una tutela.

La tesi in esame dunque è volta ad individuare un dovere di solidarietà ambientale in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento, in quanto potenziali aggressori, da ricondursi nell'ambito dell'art. 2 Cost⁵⁸. Tale articolo, in seguito all'introduzione dell'art. 117 Cost.,

⁵⁶ Cfr. F. Fracchia, *Governo del territorio e tutela dell'ambiente*, in B. Pozzo, M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 64.

⁵⁷ Cfr. F. Fracchia, *Governo del territorio e ambiente*, in S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani, *Il governo del territorio*, Milano, 2003, p. 247.

⁵⁸ Cfr. A. Barbera, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. Branca, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, I, 1975, p. 84 ss. Il collegamento tra solidarietà e ambiente è già effettuato dalla Carta di Nizza, che inserisce l'art. 37, relativo alla tutela dell'ambiente e al miglioramento della sua qualità nel Capo IV intitolato alla "solidarietà". Cfr. il commento all'art. 37 di A. Lucarelli, in Bifulco, Cartabia, Celotto, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2002, p. 258 e ss.

risulta elevato a rango di norma che consente altresì di fondare una concezione giuridica unitaria di ambiente ed ecosistema⁵⁹.

Per quanto riguarda il riferimento all'ambiente, attualmente presente nel testo costituzionale, Fracchia rileva che l'art 117 Cost. non si occupa dell'ambiente per farne l'oggetto di pretese, ma per assicurarne la tutela, coerentemente con la tradizionale descrizione dei rapporti tra uomo e ambiente che qualifica il primo come aggressore del secondo. Tale norma accosta alla tutela dell'ambiente anche quella dell'ecosistema. Se è arduo rintracciare una convincente chiave ricostruttiva in grado di sciogliere l'endiadi per approdare all'identificazione di due settori distinti, si può comunque immaginare che il riferimento all'ecosistema implichi soprattutto la necessità di una protezione che abbia principalmente ad oggetto un equilibrio intangibile, laddove la tutela dell'ambiente potrebbe anche ammettere comportamenti che alterino, al limite peggiorandolo entro limiti accettabili, un equilibrio dato, realizzando un "inquinamento autorizzato".

L'autore pone in evidenza i caratteri in cui tale dovere potrebbe manifestarsi, sottolineando che la solidarietà è un valore diffuso idoneo a modularsi in funzione, ad esempio, delle condizioni sociali, economiche e culturali di colui al quale è riferita, nonché del livello di rischio che connota l'attività posta in essere dall'uomo, potenziale aggressore, con il vantaggio che i vari soggetti possono dunque risultare gravati di doveri differenziati di protezione dell'ambiente, cui possono corrispondere molteplici situazioni giuridiche attive.

A fronte del dovere di solidarietà ambientale, Fracchia non esclude poi che possano profilarsi anche diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi o collettivi, o addirittura interessi semplici. Solo ove la legge configuri il comportamento doveroso come elemento di un concreto rapporto, correlandolo così alla pretesa altrui (e cioè in sostanza riservando al titolare del diritto la fruizione di una frazione dell'ambiente) si avrà un obbligo anche del potere pubblico.

⁵⁹ Cfr. F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, cit., p. 231.

Nella prospettiva ora indicata trova facile collocazione tutta la tradizionale disciplina ambientale (anche internazionale) che è retta da una serie di principi – sviluppo sostenibile, precauzione, azione in via preventiva, riduzione dei danni e dell'inquinamento alla fonte, partecipazione, responsabilità condivisa e cooperazione, accesso alle informazioni – , che risultano coerenti con la tesi in esame e che informano anche la corrispondente attività amministrativa. Molti di essi sono consacrati dalla disciplina comunitaria⁶⁰ e ora permeano anche il nostro ordinamento in virtù del disposto dell'art 117, comma 1, Cost.

Adottando la dimensione dei comportamenti doverosi di solidarietà e il profilo della tutela, risulta dunque meno urgente descrivere l'ambiente in termini diversi dalla comune percezione⁶¹.

Fracchia aggiunge poi che il riferimento all'art. 2 Cost. esclude anche la configurabilità diretta di doveri in capo ai soggetti dell'ordinamento, in quanto l'imposizione di comportamenti doverosi ai privati richiede l'*interpositio legislatoris*⁶². L'art. 2 Cost., incentrando l'attenzione su doveri, responsabilità e solidarietà andrebbe letto in combinato disposto con l'art. 3, comma 2, Cost. che fa riferimento al “pieno sviluppo della persona umana”. Tale connessione permette di cogliere il profilo funzionale complessivo della disciplina ambientale. Infatti secondo l'autore, *“l'adempimento dei doveri di solidarietà ambientale costituisce un presupposto per la realizzazione del programma costituzionale relativo allo «sviluppo della persona umana» che, come condizione minima, presuppone la sopravvivenza della specie*

⁶⁰ Cfr. gli ex artt. 2, 6, 174 TCE.

⁶¹ Cfr. F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, cit., p. 239. Inoltre l'Autore non esclude che la tutela dell'ambiente possa continuare ad essere considerata come valore, potendo di essere bilanciata con altri valori costituzionali, cfr. F. Fracchia, *op. ult. cit.*, p. 251.

⁶² Come osservato dall'Autore, a livello costituzionale, *“in forza del principio della riserva di legge, è evidente la necessità di una specificazione legislativa dei doveri di cui la Repubblica richiede l'adempimento ai privati. In assenza di norma specifica, non si può dunque configurare una generale funzionalizzazione dei comportamenti umani – che rischia soprattutto di incidere sulla libertà di iniziativa economica – in vista della tutela dell'ambiente”*. Cfr. F. Fracchia, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente*, Napoli, 2013, p. 118.

umana”⁶³. La solidarietà quindi assume i caratteri della solidarietà intergenerazionale, alla quale fa riferimento il principio dello sviluppo sostenibile, principio che “*esprime una prospettiva di doverosità, fissando le responsabilità della generazione presente verso le generazioni future onde consentire lo sviluppo della persona umana anche nella sua proiezione temporale*”⁶⁴.

In conclusione, secondo tale impostazione il diritto dell’ambiente presenterebbe come cifra identificativa la prospettiva della doverosità e della solidarietà e soltanto in via mediata avrebbe come oggetto la natura in quanto tale, perseguendo invece, quale vero obiettivo, la sopravvivenza della specie umana⁶⁵.

2 L’evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di ambiente

2.1 La configurazione dell’ambiente come valore costituzionale

A partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, la Corte costituzionale, data l’assenza di riferimenti testuali all’interno della Costituzione e considerato il carattere parziale ed insufficiente delle ricostruzioni imperniate sugli articoli 9 e 32 Cost., ha tracciato in via pretoria un percorso destinato a riconoscere sempre maggior rilievo agli interessi e ai valori ambientali, per garantire una copertura costituzionale alla tutela dell’ambiente. In tale ambito si riscontra un’evoluzione giurisprudenziale non lineare.

⁶³ Cfr. F. Fracchia, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. dell’Anno – E. Picozza, *Trattato di diritto dell’ambiente*, volume I, Padova, 2012, p. 575.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. F. Fracchia, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, cit., p. 576.

Fino all'inizio degli anni Settanta non si riscontra nella giurisprudenza costituzionale alcun riferimento che lasci trasparire l'emersione dell'interesse alla tutela dell'ambiente in quanto tale. L'ambiente comincia a comparire nelle argomentazioni della Corte soltanto a partire dagli anni Settanta, in linea con l'emersione dell'interesse ambientale in quel periodo nell'ambito dell'ordinamento internazionale e dell'ordinamento comunitario⁶⁶.

I primi interventi in materia di ambiente della Corte costituzionale sono caratterizzati da eterogeneità e scarsa sistematicità e considerano l'ambiente come un *“contenitore puramente nominalistico di interessi diversi, ciascuno con una propria autonoma configurazione e del tutto privi di un denominatore comune”*⁶⁷.

Dagli anni Ottanta si assiste ad interventi più frequenti del giudice delle leggi sulle tematiche ambientali, con particolare attenzione al contenzioso fra Stato e Regioni in materia di governo del territorio. Il percorso giurisprudenziale inizia a svilupparsi in due direzioni, da un lato delinea uno schema interpretativo dei rapporti Stato-Regioni in merito alle competenze riguardanti l'ambiente⁶⁸ e, dall'altro, opera una ricostruzione dell'ambiente come valore costituzionale.

⁶⁶ Nella sentenza n. 65 del 1959 la Corte ritiene che la tutela del paesaggio debba *“comprendersi nella più ampia protezione delle bellezze naturali”*, aderendo alla concezione meramente estetica del paesaggio dominante negli anni che precedono l'emersione dell'interesse ambientale. Cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 9 ss.

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 79 del 1971, riguardante la legge istitutiva del Parco nazionale dello Stelvio (legge n. 740 del 1935). In tale sentenza si rinviene il primo riferimento esplicito al termine *“ambiente”* nell'ambito della giurisprudenza costituzionale. In particolare, si afferma che la legge istitutiva del Parco nazionale dello Stelvio è volta a *“conservare alla collettività l'ambiente naturale che si è costituito spontaneamente o mediante l'opera dell'uomo in una determinata porzione del territorio statale; vuole proteggere le formazioni geologiche che vi esistono e impedire che abbiano a turbarsi le loro spontanee manifestazioni; vuole dare tutela agli adunamenti di fauna e di flora di particolare rilevanza, alla peculiare bellezza che caratterizza il paesaggio. Questo ambiente – prosegue la Corte – racchiude beni che assumono un valore scientifico ed un interesse storico od etnografico, oltre che turistico; ed è chiaro che la conservazione dei medesimi è di interesse fondamentale per il complesso sociale al quale appartengono”*. Per un commento alla sentenza, cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 11. L'Autore osserva che l'interesse fondamentale alla conservazione delle formazioni geologiche, degli adunamenti di fauna e di flora e del paesaggio viene ancorato al loro valore scientifico ed al loro interesse storico, etnografico e turistico, non essendo stato ancora elaborato l'interesse ambientale vero e proprio.

⁶⁸ Secondo quanto rilevato da M. Cecchetti, la Corte dalla seconda metà degli anni Ottanta avrebbe ricostruito, a partire dall'interpretazione della legislazione statale e regionale, un modello di governo dell'ambiente basato su tre pilastri. Il primo consisteva nel riconoscimento di una potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di tutela dell'ambiente, derivata da una interpretazione sistematica

Con riferimento al riparto di competenze tra Stato e Regioni, come si vedrà nel paragrafo seguente, le maggiori criticità si riscontrano in relazione alle due distinte e contrapposte esigenze connaturate con il governo dell'ambiente: l'esigenza di un'azione unitaria esercitata dal livello territoriale superiore, volta a garantire uniformità strategica all'azione di tutela e a definire i livelli minimi di intensità delle misure di protezione, e quella di differenziazione, che consente di adattare la tutela ai diversi contesti territoriali anche attraverso l'adozione di misure di protezione più rigorose da parte del livello inferiore⁶⁹.

Sul versante della graduale affermazione del rilievo costituzionale dell'interesse ambientale, la giurisprudenza costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V, al termine di un lungo percorso evolutivo, giunge a configurare la tutela dell'ambiente quale "valore fondamentale della collettività", in forza di un'interpretazione evolutiva degli artt. 9 e 32 Cost.⁷⁰. Pur in assenza di riferimenti espliciti all'ambiente contenuti nel testo

delle materie contenute all'interno del catalogo dell'originario art. 117 Cost., nonostante l'assenza di un riferimento esplicito. Il secondo pilastro era ricollegabile alla asserita necessità del coinvolgimento di tutti i livelli territoriali di governo nell'azione di tutela dell'ambiente, in un concorso di competenze guidato dal principio della leale collaborazione. Infine, il terzo pilastro era rappresentato "dalla graduale affermazione di un sistema di riparto delle competenze (e dunque dei ruoli complessivi e delle responsabilità) ambientali tra lo Stato e le diverse autonomie territoriali orientato decisamente su logiche di tipo [...] «sussidiario», fondate cioè, in particolare, sul criterio della dimensione territoriale degli interessi e sulla individuazione del livello ottimale di allocazione delle diverse funzioni", cfr. M. Cecchetti, *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in www.federalismi.it, 7/2009, p. 3.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ La Corte costituzionale, pur in assenza di riferimenti espressi nel testo costituzionale al concetto di ambiente, ha progressivamente conferito autonomia alla tutela degli interessi ambientali, sganciandoli dalla tutela degli altri interessi costituzionalmente rilevanti, come la salute (art. 32 Cost.) e il paesaggio (art. 9 Cost.), la proprietà (art. 42 Cost.) e l'assetto del territorio (art. 44 Cost.), pervenendo ad una visione unitaria dell'ambiente come oggetto autonomo di tutela da parte dell'ordinamento costituzionale, adeguandosi all'elaborazione giurisprudenziale condotta parallelamente dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Cfr. in questo senso Corte cost., 15 maggio 1987, n. 167; Corte cost. 28 maggio 1987, n. 210; Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641. In particolare, da questa ultima sentenza, nella quale la Corte costituzionale precisa che la fruizione dell'ambiente "trova ulteriore supporto nel precetto costituzionale che circoscrive l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) ed in quello che riconosce il diritto di proprietà, ma con i limiti dell'utilità della funzione sociale (art. 42 Cost.)", si sviluppa il filone giurisprudenziale che afferma la tutela dell'ambiente come valore costituzionale, sintesi degli altri valori (paesaggio e salute) espressamente tutelati dalla Costituzione. Cfr. S. Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, cit., p. 143 ss.; M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 8 ss.; B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 32 ss.

costituzionale, “la Corte mostra di aver maturato una concezione pienamente corretta e moderna dell’ambiente come oggetto di tutela giuridica, abbandonando definitivamente le logiche tradizionali della ricostruzione della rilevanza dell’ambiente in termini di situazioni giuridiche soggettive e ancorando, invece, la pluralità degli interessi connessi con gli equilibri ambientali al tessuto dei valori che contraddistinguono l’assetto costituzionale”⁷¹. Infatti il giudice costituzionale configura la tutela dell’ambiente come una sintesi dei molteplici aspetti attinenti non solo ad interessi meramente naturalistici o sanitari, ma anche di carattere culturale, educativo, ricreativo e di partecipazione, valorizzandone il carattere “polidimensionale” e fornendone una ricostruzione globale e integrata⁷².

“Il cuore della disciplina costituzionale dell’ambiente⁷³”, il vero salto di qualità nella qualificazione giuridica risiede nella progressiva affermazione del rilievo costituzionale dell’interesse ambientale, fino a configurarsi come valore costituzionale⁷⁴. Il giudice delle leggi, partendo dal concetto di “bene immateriale unitario”, ha definitivamente riconosciuto la natura di valore costituzionale all’ambiente, il quale, “costituisce, proprio in quanto valore, uno degli elementi fondamentali che caratterizzano una società in un dato periodo della storia e sul quale una società fonda la sua legittimazione”⁷⁵.

La collocazione della tutela dell’ambiente nell’ambito della tavola dei valori costituzionali risulta “pienamente conforme alle caratteristiche peculiari dell’oggetto della tutela e, in particolare, alla accertata impossibilità di fornirne una compiuta e

⁷¹ Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, cit., p. 46.

⁷² Cfr. le sentenze della Corte cost. n. 302 e n. 356 del 1994.

⁷³ Cfr. G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit., p. 1133.

⁷⁴ Secondo un ormai consolidato indirizzo della Corte costituzionale, i valori non si sovrappongono alle costituzioni, ma si ravvisano nelle costituzioni. Cfr., in questo senso, G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, cit., p. 1134.

⁷⁵ Cfr. B. Caravita, L. Casseti, A. Morrone (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, cit., p. 34. Cfr. anche R. Chieppa, *L’ambiente nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Urbanistica e appalti*, 11, 2002, p. 1248.

*soddisfacente definizione giuridica; i valori, infatti, come tali, non sono suscettibili di una definizione normativa a priori*⁷⁶.

Adottando questa prospettiva, la giurisprudenza supera definitivamente l'approccio tradizionale, volto ostinatamente alla ricerca di una precisa e rigorosa definizione normativa di "ambiente", senza tuttavia sacrificare la pregnanza della nozione. La qualificazione dell'ambiente come valore costituzionale infatti implica anche la sua consacrazione tra gli elementi fondamentali caratterizzanti la società nel nostro tempo e sui quali le istituzioni, chiamate ad assicurare la convivenza sociale, devono fondare la propria legittimazione⁷⁷.

La principale conseguenza che ne deriva, come evidenziato dalla più attenta dottrina, riguarda il decisivo ruolo che il legislatore è chiamato ad assumere nell'attuazione concreta del valore e nella sua realizzazione dinamica. Non essendo possibile definire in astratto l'ambiente, questo potrà essere definito in concreto solo sulla base di scelte politiche adottate dal legislatore nell'esercizio del suo potere discrezionale. Infatti, come rilevato, occorre riconoscere che *«solo grazie agli apprezzamenti e alle scelte discrezionali del legislatore possono essere definiti in concreto i contenuti della relazione uomo-cosmo, il tipo di equilibrio ecologico che si vuole salvaguardare o perseguire per il futuro, le situazioni soggettive di diritto e di obbligo connesse ad un'efficace azione di tutela, la ripartizione dei compiti e delle responsabilità tra i vari*

⁷⁶ Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, cit., p. 47. Secondo l'Autore *«l'attribuzione della qualifica di «valore» ad un determinato principio, interesse, istituto, bene materiale o immateriale è il risultato di un'operazione di «stima» che consiste sostanzialmente in una complessa attività di interpretazione della Costituzione, «alla luce di criteri di elasticità, di adeguamento normativo, di apertura al sociale». I valori «sono parte essenziale della cultura di un dato ambito sociale e con essa si trasformano di continuo, stante la storicità della cultura e insieme la pluralità delle culture»; grazie all'operazione «culturale» che sovrintende all'identificazione dei valori, le disposizioni costituzionali possono essere permeate «di significati che, al di là del dato letterale, sono tratti dalla storia, da concezioni etiche di giustizia e di equità, dal sentimento comune, e dunque si inseriscono in quel percorso [...] di apertura delle costituzioni al sociale, ma anche alla morale [...] e in genere alle regole inesprese su cui si regge una collettività». I valori costituzionali, nell'ambito di un ordinamento ed in un determinato momento storico, esprimono dunque sostanzialmente interessi ad alto tasso di condivisione nel corpo sociale, ma anche (e proprio per questa ragione) ad alto tasso di indeterminazione, ciò che li rende non comprimibili in una formulazione normativa che pretenda di definirli in astratto».*

⁷⁷ Cfr. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., p. 1133 ss.

soggetti ed organi pubblici, nonché tra questi e i privati”⁷⁸. L’attuazione di un valore costituzionale da parte del legislatore implica, però, necessariamente l’effettuazione di un bilanciamento tra tutti i valori costituzionalmente rilevanti che si rivelino potenzialmente confliggenti con le esigenze di tutela ambientale, in modo tale che nessuno di questi venga, nel caso concreto, pretermesso o interamente annullato. Il criterio fondamentale che orienterà il legislatore nelle delicate operazioni di bilanciamento che è chiamato ad effettuare è, senz’altro, quello della ragionevolezza, il cui rispetto potrà essere verificato in sede di giudizio di costituzionalità delle leggi⁷⁹.

2.2 La giurisprudenza costituzionale in tema di ambiente successiva alla riforma del Titolo V

Un’altra questione assai rilevante con riferimento al problema della qualificazione giuridica dell’ambiente, da tempo oggetto di animati dibattiti in dottrina, è quella relativa alla configurabilità o meno di una “materia” ambientale, da intendersi tecnicamente, come settore di intervento del diritto delimitato da confini sufficientemente definiti.

L’assenza di indicazioni costituzionali di portata sostanziale con riferimento all’ambiente è all’origine di un incessante duello tra Stato e Regioni circa i presupposti

⁷⁸ Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, cit., p. 49, il quale osserva che il ruolo dei giudici invece sarebbe ben più rilevante se la tutela dell’ambiente fosse ricostruibile in termini di individuazione di un diritto soggettivo a contenuto globale.

⁷⁹ A questo riguardo, tuttavia Cecchetti percepisce l’insufficienza di un sistema che affida completamente l’attuazione concreta del valore “ambiente” alla piena discrezionalità di un legislatore sottoposto al semplice controllo di ragionevolezza svolto dal giudice costituzionale. Proprio per garantire la migliore realizzazione e la massima espansione possibile del valore, l’Autore ritiene quanto mai opportuno che lo stesso legislatore incontri dei vincoli, o che almeno faccia riferimento a strumenti quali la predisposizione di linee guida, in grado di indirizzarlo e orientarlo nell’esercizio delle sue delicate attribuzioni. L’Autore, in altri termini, ritiene indispensabile l’elaborazione di una definizione a livello costituzionale dei principi fondamentali che possano fungere da criteri orientatori *in primis* per gli organi titolari delle funzioni legislative e, conseguentemente, per le amministrazioni pubbliche, ma anche per i giudici e per tutti i soggetti coinvolti in qualche misura nell’attuazione del valore costituzionale, considerato sia in sé, sia nel rapporto dinamico con gli altri valori fondamentali dell’ordinamento. Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, cit., p. 50.

delle rispettive potestà normative. Infatti, come evidenziato dalla dottrina, “*l’elevazione del concetto di ambiente al rango di «valore costituzionale», operata dalla Corte costituzionale già da prima della revisione del 2001, se da un lato ha contribuito a porre al centro delle dinamiche di produzione normativa preoccupazioni che all’epoca della Costituente non sembravano percepite nelle loro esatte dimensioni, rimediando dunque ad un vuoto «evidente» del tessuto costituzionale, ha dall’altro lato, paradossalmente, favorito la «destrutturazione» della materia ambientale, sublimandola nella «metafisica» dei valori, e finendo per confortare le più ampie e diversificate ricostruzioni giuridiche*”⁸⁰.

Già è stato posto in luce come, in un momento precedente alla riforma del Titolo V, si fosse verificato un progressivo riconoscimento di competenze regionali in tema di ambiente, che aveva determinato, in tale ambito, l’emersione di alcune criticità riguardanti il complicato rapporto tra Stato e Regioni⁸¹.

La legge cost. n. 3 del 2001, come noto, ha incluso nel testo costituzionale espresso riferimento alla “*tutela dell’ambiente e dell’ecosistema*”, ora contenuta nel nuovo articolo 117, secondo comma, lett. s), Cost., inquadrandola come materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Allo stesso tempo è stata affidata alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni la regolamentazione di una serie di materie necessariamente connesse con la tutela degli equilibri ecologici, tra le quali si annoverano la valorizzazione dei beni culturali e ambientali, la tutela della salute, il governo del territorio, la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell’energia (art. 117, comma 3, Cost.)⁸².

⁸⁰ Cfr. D. Porena, *L’ambiente come “materia” nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: “solidificazione” del valore ed ulteriore “giro di vite” sulla competenza regionale*, in www.federalismi.it, 2009, p. 3.

⁸¹ Cfr. M. Cecchetti, *La materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*, cit., p. 1 ss.

⁸² A tali materie si possono aggiungere ulteriori ambiti che, in quanto non esplicitamente elencati, risultano attribuibili alla competenza residuale delle Regioni e che sono anch’essi connessi con la tutela dell’ambiente, tra i quali si segnalano agricoltura e foreste, industria, commercio e artigianato, turismo, reti di trasporto e di navigazione regionali e locali, caccia, pesca, miniere, cave e torbiere, acque minerali e termali.

Rilevato ciò, si intende ora indagare in che modo si atteggia la ripartizione della potestà legislativa operata dalla novella costituzionale con riferimento alla qualificazione dell'ambiente come valore costituzionale. La classificazione della tutela dell'ambiente come materia tecnica di competenza esclusiva statale risulta contrastante con l'intrinseco carattere trasversale e multidimensionale della tutela degli equilibri ecologici, intesa come valore o finalità idonea a legittimare l'intervento del legislatore statale anche nella disciplina delle singole materie formalmente incluse nell'ambito della competenza legislativa regionale⁸³.

Come segnalato dalla dottrina all'indomani dell'attuazione della riforma costituzionale in esame, *“la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema presenta un connotato intrinseco di unitarietà in senso «sistemico-teleologico» assai diverso da quell'unitarietà di tipo oggettivo che permetterebbe di farne una «materia» nel senso proprio e tecnico-giuridico del termine e [che], dunque, l'ambiente non può essere racchiuso entro i confini di una “materia” avente un oggetto giuridico definito (tanto che, appunto, ben gli si adatta la natura propria dei «valori costituzionali»); dall'altro lato, però, è altrettanto impossibile negare le peculiarità e la specificità di una disciplina giuridica il cui oggetto risulti quello di definire e garantire, in modo diretto e immediato, determinati equilibri ecologici”*⁸⁴.

In accordo con la sopracitata dottrina, si ritiene che la tutela dell'ambiente non possa essere considerata unicamente come “materia” in senso tecnico, in quanto tale ricostruzione contrasterebbe con la sua natura di valore costituzionale. L'attuazione di tale valore implica necessariamente un intervento logicamente prioritario del legislatore che prenda in considerazione tutte le politiche pubbliche e che sia volto direttamente ed immediatamente alla tutela degli equilibri ecologici; ciononostante deve anche riconoscersi l'esistenza di un profilo materiale con riferimento alla tutela dell'ambiente,

⁸³ Cfr. M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, cit., p. 51.

⁸⁴ *Ibidem*. Cfr. anche M. Betzu, *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 5, 2005, p. 885.

costituente il terreno in cui si manifestano le politiche ambientali e gli interventi normativi a tutela dell'ambiente⁸⁵.

Tornando all'esame della riforma costituzionale del 2001 in tema di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, si rileva che le implicazioni derivanti da tale inquadramento non sono di scarso rilievo.

In particolare, la potestà legislativa regionale risulta esercitabile solo con riguardo alle materie diverse, ma connesse all'ambiente, come *il governo del territorio, la valorizzazione dei beni ambientali, l'energia, la tutela della salute, i trasporti*. Tuttavia, anche in tali ambiti devono essere realizzati i valori costituzionali concernenti la tutela dell'ambiente, sulla base del principio di integrazione, di cui all'art. 37 della Carta di Nizza. Ne consegue che le Regioni sono comunque tenute a legiferare conformemente alla normativa statale in materia di tutela dell'ambiente.

Il nuovo quadro delineato dalla novella costituzionale del 2001 non si pone in termini di continuità con il modello di governo dell'ambiente che si era affermato durante il periodo precedente. Come evidenziato dalla dottrina, fin dai primi anni di attuazione della riforma costituzionale, l'impatto della nuova impostazione del riparto delle competenze tra Stato e Regioni ha comportato *“non soltanto un sensibile arretramento del modello di «governo dell'ambiente» rispetto al sistema costituzionale progressivamente affermatosi nel vigore del testo originario della Costituzione repubblicana (soprattutto così come concretizzatosi nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella riforma amministrativa avviata con la legge n. 59 del 1997) e rispetto alle esperienze degli altri paesi europei, ma anche un eccessivo irrigidimento degli assetti delle competenze in palese contrasto con le esigenze di flessibilità ispirate*

⁸⁵ Cfr. M. Cecchetti, *op. ult. cit.*, p. 52. Nel medesimo senso, cfr. G. Cocco, *La legislazione in tema di ambiente è a una svolta?*, in *Riv. giur. Amb.*, 3-4, 2002, p. 419 ss; G. Grasso, *La tutela dell'ambiente si “smaterializza” e le Regioni recuperano una competenza (apparentemente) perduta. Osservazioni a prima lettura a Corte costituzionale*, 10-26 luglio 2002, n. 407, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 18 ottobre 2002; C. Sartoretti, *La “materia” ambiente nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione: fra unità dell'ordinamento e separazione delle competenze*, in L. Mezzetti (a cura di), *La Costituzione delle autonomie. Le riforme del Titolo V, Parte II della Costituzione*, Napoli, 2004, p. 411 ss. Nega, invece, che la “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” costituisca una “vera materia, con una sua unitaria identità oggettiva”, A. Ferrara, *La materia ambientale nel testo di riforma del Titolo V*, in www.federalismi.it, 30 maggio 2001, p. 4.

al principio di sussidiarietà e imposte dalla variegata e complessa tipologia degli obiettivi della tutela”⁸⁶.

Alla Corte costituzionale è spettato dunque il compito di temperare l’impatto della nuova disciplina.

In una prima fase la Corte non interpreta e non applica il nuovo art. 117, secondo comma, lett. s), Cost. come una norma contrastante con l’impostazione del riparto delle competenze affermatasi in precedenza. Il giudice costituzionale infatti concepisce la competenza legislativa in tema di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema “*come una potestà sostanzialmente concorrente, o comunque ripartita tra il legislatore statale e il legislatore regionale, secondo un criterio ispirato – nella sostanza e, comunque, in senso lato – al principio di sussidiarietà e ai suoi corollari: il principio di azione unitaria del livello superiore e il principio della tutela più rigorosa del livello territoriale inferiore*”⁸⁷.

La Corte costituzionale conferisce quindi alla competenza in questione un carattere trasversale: “*non si tratta di una materia in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuti essenziali di tali diritti, senza che il legislatore regionale possa limitarle o condizionarle*”⁸⁸.

In quest’ottica, il giudice costituzionale precisa che “*non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell’art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come «materie» in senso stretto, poiché in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze*

⁸⁶ Cfr. M. Cecchetti, *La materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*, cit., p. 5.

⁸⁷ Cfr. M. Cecchetti, *La materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*, cit., p. 7.

⁸⁸ Cfr. Corte cost., sent. 26 giugno 2002, n. 282. Per quanto riguarda le materie trasversali, in dottrina, cfr. G. Falcon, *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1, 2001, p. 5. Id., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6, 2001, p. 1252 ss; F. S. Marini, *La Corte costituzionale nel labirinto delle “materie trasversali”*: dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002, in *Giur. Cost.*, 4, 2002, p. 2951 ss; D’Atena, *La Consulta parla...e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. Cost.*, 3, 2002, p. 2030; Id., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2003, p. 21; A. Anzon, *Le potestà legislative dello Stato e delle Regioni*, Torino, 2005, pag. 53 e ss.; F. Benelli, *La “smaterializzazione” delle materie*, Milano, 2006, p. 92 e ss.

del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie". La tutela dell'ambiente dunque non costituisce una materia in senso tecnico, in quanto non può configurarsi come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, ma, al contrario, *"essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze"*. L'ambiente, configurandosi come valore costituzionalmente protetto, deve essere considerato come *"una sorta di materia «trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale"* senza che ne resti esclusa *"la competenza regionale alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali"*⁸⁹.

In altri termini, secondo la giurisprudenza costituzionale in questa prima fase di attuazione della riforma del 2001 accanto alla competenza esclusiva del legislatore statale in materia ambientale, che si sostanzia nella fissazione di *standard* di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale, risulta persistere in capo alle Regioni un titolo di legittimazione volto alla tutela dell'ambiente in relazione a tutte le ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite a livello statale.

Il modello costituzionale di riparto delle competenze legislative in tema di tutela dell'ambiente delineato dalla giurisprudenza costituzionale risulta dotato di una intrinseca

⁸⁹ Cfr. sent. Corte cost. n. 407 del 2002, il par. 3.2 del Considerato in diritto. Tale ricostruzione risulterebbe corroborata anche dalla lettura dei lavori preparatori relativi all'art. 117, secondo comma, lett. s) Cost., dai quali emergerebbe l'intento del legislatore costituzionale *"di riservare comunque allo Stato il potere di fissare standard di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale"* senza che *"si sia sostanzialmente inteso eliminare la preesistente pluralità di titoli di legittimazione per interventi regionali diretti a soddisfare contestualmente, nell'ambito delle proprie competenze, ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato"*, *Ibidem*. In dottrina, cfr. S. Mangiameli, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1, 2003, p. 337 ss; M. Renna, *Il sistema degli "standard ambientali" tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. Pozzo, M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004, p. 93- 133; M. Cecchetti, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 1, 2003, p. 318 ss; T. Marocco, *Riforma del Titolo V della Costituzione e ambiente: ovvero come tutto deve cambiare, perché non cambi niente*, in *Riv. giur. Amb.*, 6, 2002, p. 937 ss.

razionalità e coerenza, seppur – almeno in parte – diverso da quello ricostruibile in astratto sulla base del testo della Costituzione⁹⁰.

Le ambiguità in ordine al titolo di legittimazione indiretta delle Regioni a legiferare in tema di tutela dell'ambiente tendono progressivamente ad attenuarsi, in favore dell'adozione dell'interpretazione secondo la quale al legislatore statale spetterebbe soltanto il potere di assicurare una tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, tramite la fissazione di *standard* da intendersi come standard minimi, che le Regioni sarebbero vincolate a rispettare come limite non più soltanto esterno rispetto alle loro sfere di competenza legislativa, ma interno ad una competenza ambientale imperniata sulla qualifica della tutela dell'ambiente come valore costituzionale. Tale competenza ambientale sarebbe riscontrabile in capo alle Regioni anche nei settori di normazione in cui la salvaguardia degli equilibri ecologici e paesaggistici si pone tradizionalmente come fine univoco, diretto e immediato e non ascrivibile ad ambiti materiali connessi o contigui alla tutela ambientale e diversi da questa.

La Corte inoltre riconosce piena legittimità costituzionale agli interventi legislativi regionali di maggior rigore ambientale rispetto ai limiti e alle misure di protezione fissate quali livello minimo di tutela del legislatore statale⁹¹.

Con riferimento alla prima fase di attuazione della novella costituzionale, la competenza legislativa regionale nell'ambito della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema appare ricostruita in modo simile a quanto avviene per altre materie elencate al secondo comma dell'art. 117 Cost., come “la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio

⁹⁰ Cfr. M. Cecchetti, *La materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, cit., p. 9.

⁹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 536 del 2002; sent. n. 222 del 2003; sent. n. 108 del 2005; sent. n. 214 del 2005; sent. n. 182 del 2006. Le Regioni disporrebbero di un potere di deroga *in melius* nell'ambito e nell'esercizio delle potestà legislative relative alle materie di loro competenza. Questa competenza generale di deroga *in melius*, riconosciuta in capo alle Regioni, implica il configurarsi di una potestà legislativa regionale diretta sulla tutela dell'ambiente di tipo sostanzialmente residuale e non riconducibile ad alcuna delle materie diversamente denominate dall'art. 117 Cost. Cfr. in tal senso M. Cecchetti, *La materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, cit., p. 12.

nazionale” o “la tutela della concorrenza”, collocandosi anche per tali materie in modo trasversale rispetto a tutte le competenze legislative regionali, con l’effetto di imporre a queste ultime il rispetto dei limiti di volta in volta stabiliti a livello nazionale. Anche in questi casi infatti alle Regioni viene riconosciuto in linea di principio il potere di andare oltre la disciplina statale, definendo livelli prestazionali o misure che garantiscano maggiormente i valori e gli interessi da tutelare. In relazione alla tutela dell’ambiente il giudice delle leggi applica questo modello anche nei settori di normazione tradizionalmente e oggettivamente propri delle politiche ambientali, i quali risultano caratterizzati da una finalità ecologica o paesaggistica univoca, diretta e immediata. Se ne ricava una sostanziale delimitazione della potestà legislativa dello Stato in tema di tutela dell’ambiente, a fronte della quale si aprono gli spazi di una “concorrente” legislazione delle Regioni di tipo residuale, non necessariamente “appoggiata” su altri e distinti titoli materiali nominati⁹².

La costituzionalizzazione indiretta dell’ambiente⁹³, attraverso la riforma del Titolo V della Costituzione, avrebbe dunque implementato lo *status* costituzionale dell’ambiente, introducendo, accanto al valore costituzionale già enucleato dalla

⁹² In particolare, la disciplina dettata dal legislatore statale appare inderogabile con riferimento alla competenza riconosciuta alla potestà legislativa delle Regioni rispetto a tre distinti profili: 1) gli *standard* uniformi di tutela dell’ambiente stabiliti dallo Stato non sono derogabili in senso meno restrittivo o rigoroso (*in peius*) dalle Regioni. 2) Il legislatore statale può stabilire *standard* di tutela dell’ambiente che si impongono come inderogabili da parte delle Regioni non solo in senso meno rigoroso, ma anche in senso più rigoroso. Ciò discende dall’esigenza che si pone in situazioni nelle quali le scelte implicano operazioni di bilanciamento e di ponderazione tra valori costituzionali o tra interessi diversi, affidati alla competenza statale cui si ricollegano determinati livelli quantitativi di tutela dell’ambiente, rispetto ai quali occorre individuare un punto di equilibrio, con la conseguente impossibilità per le Regioni di introdurre una tutela più rigorosa spostando il punto di equilibrio, come per quanto riguarda gli *standard* di protezione dall’inquinamento elettromagnetico contemplati dalla l. n. 36/2001 e la relativa sentenza della Corte cost. 7 ottobre 2003, n. 307. 3) L’allocazione puntuale di funzioni amministrative presso determinati enti o organi regionali o infraregionali è generalmente inderogabile. Solo il legislatore statale dunque può autorizzare espressamente la Regione a disporre un’allocazione diversa della funzione. Cfr. diffusamente sul punto M. Cecchetti, *La materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*, cit., p. 14 ss.

⁹³ In quanto avvenuta nella definizione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, cfr. D. Amirante, *Profili di diritto costituzionale dell’ambiente*, cit., p. 254.

giurisprudenza della Consulta, una materia in senso tecnico, “la tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”⁹⁴.

2.3 La svolta giurisprudenziale del 2007 e la “materializzazione” della tutela dell’ambiente

Questa impostazione, apparentemente consolidata, è stata modificata nel 2007, a partire dalle sentenze n. 367 e n. 378 del 2007⁹⁵. Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale ha infatti preso atto che la materia ambientale, così come interpretata dalla Corte costituzionale nella prima fase di attuazione della riforma del 2001, è stata ristretta nel suo contenuto e limitata alla potestà di fissare *standard* minimi di tutela uniformi sull’intero territorio dello Stato, secondo una lettura non totalmente in linea con la lettera della Costituzione.

La nuova giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che la concreta inattuazione dell’art. 117, comma 2, lett. s) Cost. derivasse dalla considerazione dell’ambiente come un concetto evanescente e, conseguentemente, dalla configurazione della materia ambientale non come materia in senso tecnico di competenza esclusiva dello Stato, ma come una materia trasversale.

Questa nuova impostazione, volta a fornire una lettura più coerente con la lettera della Costituzione, ha individuato come presupposto per il suo operare la distinzione tra

⁹⁴ Cfr. F. Scalia, *Il carattere di materia trasversale della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77)*, in *www.giustamm.it*, 6, 2017, p. 4.

⁹⁵ Corte cost., sent. 7 novembre 2007, n. 367 e Corte cost., sent. 14 novembre 2007, n. 378. Cfr. i commenti alle sentenze dello stesso redattore: P. Maddalena, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell’ambiente*, in *Ambiente e sviluppo*, 1/2012, p. 5 ss.; Id., *L’interpretazione dell’art. 117 e dell’art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell’ambiente*, in *www.federalismi.it*; Id., *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3, 2010, p. 307 - 316.

il piano della tutela dell'ambiente, spettante esclusivamente alla competenza dello Stato, e il piano della fruizione dell'ambiente (governo del territorio, valorizzazione dei beni culturali ed ambientali), che risulta essere una competenza parzialmente condivisa con le Regioni⁹⁶.

Nella sentenza n. 378 del 2007, l'ambiente viene definito come *“un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti”*. La nozione di ambiente adottata dalla nuova giurisprudenza costituzionale individua l'ambiente come un oggetto complesso, unitario, sistemico e dinamico, che non si esaurisce nelle sue singole componenti o nei diversi fattori che lo determinano. Non si tratta più di un concetto evanescente, di un fine o di un valore, ma di un bene materiale oggetto di tutela esclusiva da parte dello Stato. Oggetto di tutela è la “biosfera”, con le sue varie componenti, l'ambiente viene dunque considerato dalla Corte come “sistema”, valorizzandone il suo aspetto dinamico⁹⁷.

⁹⁶ In particolare, a partire dal 2007, il Giudice costituzionale ha rivalutato il rapporto tra l'art. 117 Cost. e il successivo art. 118 Cost., con particolare riferimento all'espressione *“per assicurarne l'esercizio unitario”*. Secondo Maddalena, il principale artefice della nuova ricostruzione, l'esercizio unitario delle funzioni amministrative è stato previsto dalla Costituzione non per riservare allo Stato la fissazione di *standard* minimi uniformi per tutto il territorio nazionale, nell'ottica dell'attrazione in sussidiarietà, ma per scopi ben più pregnanti, *“per assicurare cioè il migliore svolgimento dell'azione amministrativa, allocando le competenze verso l'alto o verso il basso, sulla base dell'oggetto e della ratio della disposizione di legge, da valutare secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”*. L'uniformità territoriale dunque, secondo l'autore, costituisce l'effetto e non la causa dello spostamento delle competenze amministrative. Secondo questa lettura, l'intenzione del legislatore costituzionale è stata quella di separare nettamente l'esercizio della funzione legislativa e di consentire una certa elasticità nell'individuazione del soggetto più idoneo ad esercitare la funzione amministrativa, la quale, svolgendosi sul piano concreto, deve necessariamente confrontarsi con la realtà fattuale in modo da perseguire, secondo i canoni di economicità, efficacia ed efficienza i fini posti dalle leggi. In questa ottica interpretativa trova piena giustificazione il principio giurisprudenziale della leale collaborazione sul piano amministrativo, con l'implicita conseguenza che l'intesa possa avvenire solo sul piano amministrativo e mai su quello legislativo. Cfr. P. Maddalena, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, cit., p. 7.

⁹⁷ Viene valorizzato anche il concetto di ecosistema, affiancato a quello di ambiente nell'art. 117, comma 2, lett. s) Cost. Nella sentenza Corte cost., n. 12 del 2009 viene precisata la distinzione tra i due concetti: *“anche se i due termini esprimono valori molto vicini, la loro duplice utilizzazione, nella citata disposizione costituzionale, non si risolve in un'endiadi, in quanto col primo termine si vuole, soprattutto, far riferimento a ciò che riguarda l'habitat degli esseri umani, mentre con il secondo a ciò che riguarda la conservazione della natura come valore in sé”*. Sembra trovare riscontro la concezione dell'ambiente quale “bene comune”, inteso come bene a consumo non rivale, ma esauribile, che, indipendentemente dall'appartenenza pubblica o privata delle sue componenti, fornisce alla comunità servizi essenziali.

Secondo la nuova impostazione, accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario coesistono altri beni giuridici aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi giuridicamente tutelati. In questa prospettiva si può ancora parlare di competenza trasversale, *“nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell’ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni. In questi casi la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi”*⁹⁸.

La tutela di tale bene materiale, intesa come funzione pubblica avente ad oggetto la salvaguardia di un equilibrio e, in particolare, dell’equilibrio di quell’ecosistema complesso denominato “biosfera”, è dunque affidata in via esclusiva alla competenza dello Stato e si pone come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano nelle materie di loro competenza, con la conseguenza che a queste ultime risulta precluso derogare o modificare *in peius* il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato. Riconoscendosi la competenza piena ed esclusiva dello Stato in materia di tutela dell’ambiente, coerentemente con l’art. 117, comma 2, lett. s) della Costituzione, *“viene smentito il nucleo essenziale della precedente giurisprudenza secondo la quale la competenza statale era limitata alla fissazione di standard minimi, uniformi per tutto il territorio nazionale, mentre spettava alle Regioni colmare eventuali lacune in tema di tutela dell’ambiente con proprie leggi”*⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. Corte cost., sent. 14 novembre 2007, n. 378.

⁹⁹ Cfr. P. Maddalena, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell’ambiente*, cit., p. 8. In dottrina il mutamento di giurisprudenza in esame è stato posto in relazione con l’introduzione nell’ordinamento del codice dell’ambiente (d. lgs. n. 152 del 2006) *“l’emergere di un’embrionale forma di codificazione qualche anno dopo l’introduzione in Costituzione della tutela dell’ambiente, insieme all’opera della giurisprudenza [...] costituzionale e della dottrina, rappresentano i fattori dell’evoluzione del diritto dell’ambiente quale nuovo ramo dell’ordinamento”*. Cfr. F. Scalia, *Il carattere di materia trasversale della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale*, cit., p. 7; Cfr. F. Fonderico, *La Corte costituzionale e il codice dell’ambiente*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4, 2010, p. 370.

Inoltre, adottando un diverso approccio nell'interpretazione dell'art. 117 Cost., è stata temperata la rigidità del riparto della competenza legislativa tra Stato e Regioni. L'elencazione riportata in tale articolo viene ora considerata come un complesso di competenze che, pur restando distintamente individuate sul piano legislativo, possono integrarsi a vicenda sul piano dell'attuazione amministrativa, in vista delle diverse finalità da perseguire. Con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente, è stata abbandonata l'idea che la competenza statale in materia di tutela dell'ambiente sia in parte comune alle Regioni e si è invece affermato che la disciplina posta dallo Stato, come manifestazione della sua competenza esclusiva in materia, operi da limite per l'esercizio delle competenze regionali, aventi ad oggetto solo la fruizione dell'ambiente e del territorio¹⁰⁰.

Secondo Maddalena, la giurisprudenza avrebbe anche cambiato il suo tradizionale modo di considerare le materie come strumento per il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni. Infatti, fino ad allora la giurisprudenza aveva considerato le materie come complessi normativi aggregatisi attorno ad uno specifico interesse pubblico. A partire da questo mutamento giurisprudenziale, la materia viene invece considerata come l'oggetto della tutela giuridica. L'identificazione dell'oggetto della tutela con la materia, intesa come criterio di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, tiene conto non solo della cosa in sé, ma anche delle utilità ricollegate alla cosa stessa e degli interessi umani che si sviluppano in relazione a quelle utilità, *“sicché può verificarsi che sulla stessa cosa materiale, ed in relazione alle sue diverse utilità, si costituiscono, per effetto della disciplina giuridica apprestata dallo Stato o dalle Regioni, più beni giuridici”*¹⁰¹.

La configurazione della materia tutela dell'ambiente come materia a competenza piena ed esclusiva dello Stato, con riferimento alla quale la competenza regionale è da

¹⁰⁰ Come specificato da Maddalena, *“era stato proprio il non tener in conto di questa fondamentale distinzione tra tutela o conservazione dell'ambiente, ed il suo uso o fruizione, che aveva spinto la precedente giurisprudenza a ritenere che fosse possibile parlare di una forma di compartecipazione dello Stato e delle Regioni nella materia della tutela dell'ambiente. Risulta invece evidente che questa linea ispiratrice non porta a chiarezza e che viceversa, dando a ciascuno il suo (allo Stato la tutela ed alle Regioni la fruizione dell'ambiente), il sistema acquisisce semplicità e funzionalità”*. Cfr. P. Maddalena, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, cit., p. 9.

¹⁰¹ Cfr. P. Maddalena, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, cit., p. 9. Cfr. anche le sentenze Corte cost. nn. 105 del 2008, n. 1 del 2010, n. 193 del 2010, n. 112 del 2011.

ritenersi sostanzialmente esclusa, emerge con tutta evidenza dalla sentenza della Corte cost. 25 febbraio 2009, n. 61. In tale pronuncia si riscontra la netta separazione tra competenza esclusiva statale, volta ad assicurare una tutela adeguata e non riducibile dell'ambiente, e le competenze delle Regioni, alle quali risulta precluso stabilire *standard* di tutela più elevati al fine di disciplinare più efficacemente gli oggetti delle loro potestà¹⁰².

Dunque, alla luce di questa nuova impostazione, ne consegue che sull'ambiente possono insistere interessi tra loro diversi: quello alla sua conservazione e quelli che si sviluppano in relazione alle sue utilizzazioni. In tali casi la disciplina unitaria dell'ambiente, che l'art. 117 Cost. riconduce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome nelle materie di loro competenza, riguardanti gli interessi che sorgono in relazione all'utilizzazione dell'ambiente stesso. Tale fenomeno viene definito come "*concorso di competenze sullo stesso oggetto*", chiarendo che la competenza statale alla tutela e conservazione dell'ambiente concorre autonomamente e non si intreccia con le altre competenze regionali, aventi oggetti diversi, riguardanti la fruizione dell'ambiente, e perseguendo finalità specifiche, attraverso la previsione di diverse discipline¹⁰³.

In definitiva, secondo il nuovo corso giurisprudenziale inaugurato nel 2007, tutte le materie elencate dall'art. 117 Cost. hanno valore oggettivo. Talvolta oltre a contenere un oggetto, tali materie possono prescrivere anche un fine da perseguire (ciò avviene quando la disposizione utilizza il termine "tutela"), in tali casi il legislatore deve proteggere il bene indicato, ma anche consentire che tale bene si sviluppi e progredisca.

¹⁰² Cfr. anche la sentenza Corte cost. n. 151/2011.

¹⁰³ Cfr. Corte cost., sent. n. 225 del 2009 e, in dottrina, F. Fonderico, *La Corte costituzionale e il codice dell'ambiente*, cit.; C. Ventimiglia, *La "smaterializzazione" dell'ambiente: la "prevalenza" statale offusca la leale collaborazione*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2010, p. 61 ss.; F. Di Dio, *Giustizia costituzionale e concorrenza di competenze legislative in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale*, in *Riv. giur. Amb.*, 6, 2009, p. 953 ss.; A. Cioffi, *L'ambiente come materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa, a margine di Corte cost. n.225 del 2009*, in *Riv. giur. Amb.*, 6, 2009, p. 970 ss.; D. Porena, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, cit.

Con specifico riferimento alla tutela ambientale, tale la materia ha un valore nello stesso tempo oggettivistico e finalistico. “*La Corte costituzionale, scrutinando le leggi statali, non deve ricercare materie prevalenti, ma deve solo indagare la ratio della disposizione e verificare se vengono in gioco anche competenze regionali, nel qual caso è necessario che lo Stato abbia previsto una intesa forte con le Regioni*”, in quanto la tutela statale non può risolversi nella mera fissazione di *standard* minimi di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale, ma deve manifestarsi in una tutela ambientale adeguata e non riducibile. Le Regioni invece possono prevedere livelli di tutela ambientale più elevati, ma al solo fine di esercitare meglio le proprie competenze e non per apprestare una maggior tutela ambientale, già adeguatamente predisposta dallo Stato¹⁰⁴. Tale possibilità risulta peraltro esclusa nei casi in cui la legge statale, in quanto frutto di un bilanciamento tra più interessi confliggenti, deve essere considerata inderogabile¹⁰⁵.

Il nuovo corso giurisprudenziale è stato accolto con favore da una parte della dottrina¹⁰⁶, mentre in altri autori ha destato alcune perplessità¹⁰⁷. In particolare, il

¹⁰⁴ Cfr. P. Maddalena, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, cit., p. 13.

¹⁰⁵ Si rileva però che l'interesse alla conservazione dell'ambiente si pone normalmente in conflitto con altri interessi costituzionalmente tutelati, come la libertà di iniziativa economica, la tutela della concorrenza, il diritto al lavoro. Dunque la norma statale rappresenta normalmente il punto di equilibrio tra i diversi interessi in conflitto, individuato sulla base del giudizio di ragionevolezza operato dalla Consulta. Cfr. Corte cost., sent. 9 maggio 2013, n. 85; sent. 11 luglio 2014, n. 197; sent. 2 dicembre 2013, n. 300; 24 ottobre 2013, n. 246. Non potrà allora configurarsi una competenza diretta a carattere residuale delle Regioni rispetto alla fissazione da parte dello Stato di standard uniformi di tutela dell'ambiente valevoli su tutto il territorio nazionale, ma soltanto una competenza ambientale indiretta, esercitata sulla base delle potestà legislative regionali nelle materie contigue o connesse alla tutela dell'ambiente, oltre ad una competenza delegata dal legislatore statale.

¹⁰⁶ Cfr. P. Dell'Anno, *La tutela dell'ambiente come “materia” e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente e sviluppo*, consultabile su www.lexambiente.it.

¹⁰⁷ Secondo Cecchetti tra le questioni rimaste aperte vi è la configurazione concreta della materia “tutela dell'ambiente” come “ambito di disciplina normativa oggettivamente circoscrivibile” oppure come “materia-funzione” contraddistinta più che da una omogeneità degli oggetti delle diverse discipline, dalla forza unificante della loro funzionalizzazione finalistica. Inoltre permane la necessità di chiarire la sussistenza o meno della possibilità per le Regioni di derogare alla legislazione statale sulla tutela dell'ambiente. Cfr. M. Cecchetti, *La materia “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, cit., p. 27 ss. Cfr. anche le osservazioni critiche di F. Benelli e R. Bin, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”: scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2009, pag. 1207 ss. Gli Autori rilevano la tendenza della Consulta a rafforzare le competenze statali negli ambiti trasversali, mediante l'adozione del criterio della prevalenza al fine di coordinare le competenze esclusive dello Stato con quelle delle Regioni. Il criterio della prevalenza richiede l'individuazione del “nucleo essenziale” della disciplina contesa, identificato sulla base della *ratio* della

fenomeno del concorso di competenze, secondo il quale sullo stesso bene possono insistere interessi diversi, viene giustificato dalla distinzione tra conservazione dell'ambiente, riservata in via esclusiva allo Stato, e fruizione o utilizzazione dell'ambiente stesso, che sarebbero invece rimesse alla disciplina delle Regioni. In tale ottica, è stato evidenziato che il carattere trasversale della competenza in esame diviene recessivo, ma non scompare del tutto.

Da questa svolta giurisprudenziale si suole ricondurre la tutela dell'ambiente nel novero delle tradizionali competenze esclusive dello Stato. Ne consegue che, qualora sia identificabile una competenza statale sulla tutela dell'ambiente, viene meno qualunque esigenza collaborativa, dal momento che l'intervento dello Stato è esclusivo in senso proprio e prevale sulle eventuali competenze regionali. Sotto altro profilo, solo apparentemente contrastante, la svolta giurisprudenziale della Corte comporta anche per l'ambiente la possibilità di essere sottoposto a procedure di bilanciamento, abbandonando il carattere assoluto che sembrava ad esso proprio nell'impostazione precedente. La scelta della Corte di togliere all'ambiente la connotazione valoriale che aveva prima del 2007 è coerente con il corollario che vieta alle Regioni di fissare *standard* ambientali più elevanti di quelli statali. Il quadro però risulta nuovamente complicato dalla precisazione che le Regioni possano intervenire in materia ambientale quando l'intervento si basi su una competenza regionale: questa impostazione sembra coniare una sorta di concorso tra competenze di difficile delimitazione e di problematica applicazione.

Alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale sembra profilarsi il ritorno all'orientamento immediatamente successivo alla riforma del Titolo V, che non identifica la tutela dell'ambiente come una materia in senso stretto, tornando dunque alla

disciplina stessa, per poterne accertare la competenza legislativa prevalente, che, una volta individuata, diventa piena, senza necessità di subordinarne l'esercizio a procedure di leale collaborazione. Tale criterio non opererebbe mai in favore delle Regioni, traducendosi invece nella "*riedizione post-riforma dell'interesse nazionale*". Evidenziano l'evoluzione centralistica della giurisprudenza costituzionale, tramite l'applicazione del criterio della prevalenza anche E. Buoso, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 1, 2008, p. 61-90; F. Benelli, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, 4-5, 2008, p. 905-913.

configurazione di questa come una materia trasversale¹⁰⁸. Come evidenziato dalla dottrina, “*risulta oramai difficile attenersi a una concezione dell’ambiente come materia di riparto tra enti territoriali [...], esso è un valore costituzionale a cui tutte le politiche pubbliche devono ispirarsi e conformarsi. Da questo punto di vista la formalizzazione del principio di integrazione contenuta nell’art. 11 TFUE esprime meglio di ogni altra soluzione nazionale la primazia che la tutela dell’ambiente ha assunto all’interno degli ordinamenti giuridici rispetto ad altri pur rilevanti interessi*” e il carattere trasversale della materia ambientale non è che la logica conseguenza di questa premessa¹⁰⁹.

3. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia e il meccanismo della chiamata in sussidiarietà

Inquadrata la tematica ambientale sotto il profilo del riparto delle competenze tra Stato e Regioni, la ricerca è ora volta a declinare la tutela dell’ambiente nell’ambito della disciplina giuridica delle energie rinnovabili, che rappresenta l’anello di congiunzione tra le esigenze di solidarietà ambientale e quelle di sviluppo energetico. Per un inquadramento su base costituzionale della disciplina delle energie rinnovabili occorre considerare innanzitutto il regime previsto per lo svolgimento dell’attività di produzione

¹⁰⁸ Cfr. Corte cost. sent. n. 380 del 2007; sent. n. 62 del 2008; sent. n. 171 del 2012; sent. n. 246 del 2013; sent. n. 210 del 2016; sent. n. 77 del 2017 e il commento a quest’ultima di F. Scalia, *Il carattere di materia trasversale della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale*, cit.

¹⁰⁹ Cfr. R. Bifulco, *Tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali (art. 117.2.S) e valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali (art. 117.3)*, in R. Bifulco, A. Celotto (a cura di), *Le materie dell’art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015, p. 246.

di energia richiamato nel testo costituzionale all'art. 117 Cost., nell'ambito del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni.

Nonostante il settore delle rinnovabili coniughi il soddisfacimento dell'esigenza della produzione di energia con il perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale, in base al riparto di competenze delineato dal Titolo V della Costituzione in seguito alla riforma costituzionale del 2001, la potestà legislativa in materia di energia e quella in materia di tutela dell'ambiente ricadono sotto un diverso regime. Infatti, mentre la materia della tutela dell'ambiente, analizzata nei precedenti paragrafi, risulta ricompresa nell'elenco delle materie di competenza legislativa esclusiva statale, prevista dall'art. 117, comma 2, lett. s), la materia riguardante la “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*” è inserita tra le materie di competenza legislativa concorrente, al terzo comma dell'art. 117 Cost.

La previsione della materia energetica contenuta nell'art. 117 Cost. non rappresenta l'unico riferimento espresso all'energia contenuto nella Costituzione. Precedentemente alla riforma costituzionale del 2001, la Costituzione già prendeva espressamente in considerazione “*le fonti di energia*” all'art. 43, posto nella Parte prima sotto il Titolo relativo ai “*Rapporti economici*”, in relazione alle collettivizzazioni di attività produttive. Tale disposizione ricomprende le attività produttive relative alle fonti di energia tra le attività che possono essere oggetto di riserva di impresa¹¹⁰ da parte dello Stato.

¹¹⁰ La riserva di impresa viene definita come “*una statuizione che riconosce solo ad un soggetto, o a soggetti qualificati, la titolarità del diritto d'impresa in ordine ad un determinato oggetto; nessun altro soggetto dell'ordinamento può essere titolare di diritto d'impresa in ordine all'oggetto riservato*”. Cfr. M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 135. Cfr. in argomento, *ex multis*, S. Cassese, *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 1332-1363; S. Fois, “*Riserva originaria*” e “*riserva di legge*” nei “*principi economici*” della Costituzione, in *Giur. Cost.*, 1960, p. 476-496; A. Predieri, voce *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 418 e ss.; V. Spagnuolo Vigorita, voce *Nazionalizzazione (disciplina interna)*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XI, Torino, 1965, p. 146 ss.; F. Gabriele, *In tema di nazionalizzazione e di altre forme di intervento pubblico nell'economia. Esempi di nazionalizzazione nel settore petrolifero in alcuni ordinamenti stranieri*, in *Foro amm.*, 1972, p. 689-714; E. Cheli, *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di “monopoli pubblici”*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, vol. III, p. 303-324; F. Galgano, *sub art. 43 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna, 1975, p. 193-210; M. Stipo, voce *Nazionalizzazione*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, p. 4 ss.; G. Corso, *Servizi pubblici e Costituzione*, in G. Marongiu, G. C. De Martin (a cura di), *Democrazia e*

L'originaria formulazione dell'art. 117 Cost. non prevedeva l'energia tra le materie attribuite alla competenza legislativa regionale, tuttavia la legge n. 308 del 1982 aveva realizzato un parziale decentramento per quanto riguardava il settore delle fonti rinnovabili, mentre le competenze delle Regioni in materia di energia sono state successivamente ampliate dalle leggi n. 9 del 1991 e n. 10 del 1991¹¹¹.

L'energia dunque, che nell'ambito del riparto di competenze precedente alla riforma costituzionale del 2001 non era ancora qualificata come una materia, ma costituiva un settore le cui attribuzioni erano riconducibili a materie differenti, ha rappresentato “*un fertile terreno di scontro nei rapporti tra Stato e Regioni*”¹¹², che ha necessariamente visto come protagonista la Corte costituzionale nel ruolo di delimitazione delle rispettive sfere di competenza in tale settore.

Nel quadro sopra descritto, nonostante l'esigenza di una disciplina unitaria del settore energetico, data la rilevanza nazionale degli interessi sottesi alla definizione delle politiche energetiche, più volte ribadita dalla Corte costituzionale fin dalle prime decisioni in materia di energia¹¹³, si è progressivamente affermato un ampliamento delle attribuzioni regionali in ambito energetico, tramite il riconoscimento di quei profili di contatto del settore energetico con le materie di potestà legislativa concorrente delle Regioni, tanto che, prima della riforma del 2001, le Regioni già godevano di attribuzioni normative e legislative anche nel settore energetico, oltre che in settori ad esso contigui¹¹⁴.

Amministrazione, Milano, 1992, p. 223 ss.; M. Carabba, voce *Nazionalizzazione nell'ordinamento italiano*, in *Digesto Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, p. 103 ss.

¹¹¹ Il d. lgs. 112 del 1998, in attuazione della delega prevista dalla legge n. 59 del 1997, ha ripartito le competenze in materia di energia sulla base di un criterio residuale, in forza del quale tutto quanto non espressamente riservato allo Stato o attribuito agli enti locali era riconducibile alla sfera di competenza delle Regioni. Cfr. G. Cozzolino, *Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117.3.)*, in R. Bifulco, A. Celotto (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015, p. 363.

¹¹² Cfr. A. Colavecchio, *Il nuovo (?) riparto di competenza Stato-Regioni nella materia “energia”*, in D. Florenzano, S. Manica (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Trento, 2009, p. 6.

¹¹³ Cfr. la sentenza Corte cost. n. 13 del 1964, in *Giur. Cost.*, 1964, p. 90 ss. con commento di V. Crisafulli, *Legge di nazionalizzazione, decreti delegati di trasferimento e ricorsi regionali*, p. 96 e ss.

¹¹⁴ Cfr., in particolare la sentenza della Corte costituzionale n. 483 del 1991 e il relativo commento di L. Mezzetti, *Esigenze unitarie nel settore dell'energia: condizioni di equilibrio e proporzionalità nell'intervento del legislatore statale*, in *Le Regioni*, 5, 1992, p. 1409 e ss.; G. Caia, *Stato e autonomie*

In seguito alla riforma del Titolo V della Costituzione la materia “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*” è stata inserita nel nuovo elenco di competenze concorrenti, contenuto nell’art. 117, comma 3, Cost. Tale intervento può essere interpretato come l’approdo di un percorso giurisprudenziale volto a riconoscere l’amministrazione regionale come il livello di governo più adeguato ad attuare le decisioni strategiche di politica energetica assunte a livello nazionale¹¹⁵.

Conseguentemente all’inclusione della materia energetica tra le materie di legislazione concorrente, allo Stato è stata attribuita la competenza a stabilire i principi fondamentali della disciplina, mentre alle Regioni è stato riconosciuto l’esercizio della potestà legislativa nel rispetto di tali principi¹¹⁶.

I principi fondamentali ai quali le Regioni, anche ad autonomia speciale, e le Province autonome devono attenersi sono principalmente rinvenibili, per quanto riguarda l’energia elettrica, nella l. n. 481 del 1995, nel d. lgs. n. 79 del 1999, nella l. n. 239 del 2004¹¹⁷, nel d. lgs. n. 387 del 2003¹¹⁸ e nel d. lgs. n. 28 del 2011¹¹⁹.

Ulteriori limiti nell’esercizio della competenza legislativa regionale nel settore energetico derivano dalla potestà legislativa esclusiva statale nelle materie di carattere “trasversale”, che necessariamente incidono anche sulla disciplina del settore energetico. Ci si riferisce in particolare, per quanto riguarda la regolamentazione delle energie

locali nella gestione dell’energia, Milano, 1984; M. Cammelli (a cura di), *Energia e Regioni. Politiche istituzionali e strumenti di governo*, Bologna, 1986.

¹¹⁵ Cfr. A. Colavecchio, *Il nuovo (?) riparto di competenza Stato-Regioni nella materia “energia”*, cit., p. 8; R. Lombardi, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in www.giustamm.it, 4, 2005.

¹¹⁶ Oltre ai limiti “interni” alla potestà legislativa regionale rappresentati dalla legislazione statale di principio, sono considerati limiti “esterni” i vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario (ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost.); il vincolo della tutela dell’unità economica (art. 120, comma 2, Cost.) e il vincolo della libera circolazione delle persone e delle cose (art. 120, comma 1, Cost.). Cfr. A. Colavecchio, *Il nuovo (?) riparto di competenza Stato-Regioni nella materia “energia”*, cit., p. 13.

¹¹⁷ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 383 del 2005; n. 246 del 2006; n. 339 del 2009; n. 119 del 2010; n. 117 del 2013; n. 119 del 2014.

¹¹⁸ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 364 del 2006; n. 166 del 2009; n. 124 del 2010; n. 44 del 2011; n. 275 del 2011; n. 224 del 2012; n. 298 del 2013; n. 11 del 2014; n. 199 del 2014.

¹¹⁹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 99 del 2012; n. 275 del 2012; n. 298 del 2013; n. 307 del 2013; n. 11 del 2014.

rinnovabili, alla materia della tutela della concorrenza, prevista dall'art. 117, comma 2, lett. e) Cost.¹²⁰, e alla materia della tutela dell'ambiente, prevista dall'art. 117, comma 2, lett. s) Cost¹²¹.

Infine, un altro limite alla competenza legislativa concorrente regionale può essere costituito dai principi fondamentali determinati dallo Stato nell'esercizio della potestà legislativa concorrente in materie connesse a quella energetica, come quelle inerenti al governo del territorio e alla tutela della salute (art. 117, comma 3, Cost.)¹²².

L'articolato assetto del governo dell'energia risultante dal riformato Titolo V della Seconda parte della Costituzione ha continuato a costituire lo scenario nel quale si sono manifestate le tensioni tra lo Stato e le autonomie territoriali, che non potevano non emergere in relazione ad un settore così strategico per lo sviluppo del Paese.

Dunque il ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale nel coordinare tale complesso assetto di competenze si è rivelato ancora una volta decisivo. La Consulta, nel tentativo di conferire coerenza sistematica al modello di governo dell'energia sopra descritto, ha riaccentrato in capo allo Stato la maggior parte delle funzioni di regolamentazione e di gestione amministrativa del settore energetico, sulla base dell'esigenza di assicurare in modo unitario l'esercizio della rete elettrica¹²³. Alla luce di tale giurisprudenza, che ha evidenziato le forti interdipendenze a livello nazionale del

¹²⁰ Per quanto riguarda la disciplina delle procedure di gara pubblica inerenti al settore energetico, la Consulta ha affermato la prevalenza della materia "tutela della concorrenza", in quanto esse costituiscono lo strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza in modo uniforme sull'intero territorio nazionale. Cfr. le sentenze Corte cost. n. 1 del 2008 (sulla quale si tornerà nel quinto capitolo); n. 339 del 2011 e n. 28 del 2014. La Corte costituzionale ha evidenziato l'esigenza che le attività di produzione e di distribuzione dell'energia siano svolte in un regime di libera concorrenza (sent. n. 310 del 2011). Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale nel settore energetico cfr. G. Cozzolino, *Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117.3.)*, cit., p. 370.

¹²¹ L'interferenza con la materia della tutela dell'ambiente è emersa chiaramente in particolare nelle pronunce riguardanti la localizzazione degli impianti di produzione di energie rinnovabili, Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 166 del 2009; n. 119 del 2010; n. 67 del 2011; n. 192 del 2011.

¹²² Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale nel settore energetico cfr. G. Cozzolino, *Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117.3.)*, cit., p. 363 e ss.

¹²³ Cfr. A. Colavecchio, *Il nuovo (?) riparto di competenza Stato-Regioni nella materia "energia"*, cit., p. 20.

sistema energetico, può ritenersi “*innovata solo in minima parte la situazione ante riforma Titolo V, caratterizzata da una situazione di governo del settore affidato quasi esclusivamente allo Stato*”¹²⁴.

La prima pronuncia della Corte costituzionale avente ad oggetto la materia “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*” è stata la sentenza n. 6 del 2004¹²⁵, riguardante la disciplina relativa alla costruzione e all’esercizio di centrali elettriche e di elettrodotti¹²⁶. In tale decisione la Consulta ha evidenziato le esigenze di regolamentazione e gestione unitarie che caratterizzano tale ambito¹²⁷, ma al contempo ha escluso che la disciplina suddetta, ritenuta normativa di dettaglio non suscettibile di essere sostituita dalle Regioni, sia ricompresa nella sfera delle materie di competenza esclusiva statale aventi carattere “trasversale”, come la tutela della concorrenza o la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, considerandola invece come espressione della materia di competenza legislativa concorrente “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*”, di cui all’art. 117, comma 3, Cost.

Per risolvere la contraddittorietà derivante dalla compresenza dell’esigenza di unitarietà della disciplina oggetto della decisione e la sua riconducibilità a una materia di potestà concorrente regionale, la Corte costituzionale, ponendosi in linea di continuità con la celebre sentenza n. 303/2003, ha fatto ricorso al principio di sussidiarietà, previsto dall’art. 118 Cost. e inteso quale meccanismo dinamico idoneo a giustificare “*una deroga alla normale ripartizione delle competenze*”¹²⁸. Tramite l’applicazione del principio di

¹²⁴ Cfr. F. De Leonadis, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 146.

¹²⁵ La sentenza è la prima di tre sentenze in successione (ci si riferisce alle sent. n. 6, 7 e 8) con le quali la Corte costituzionale ha inaugurato la linea giurisprudenziale in materia energetica.

¹²⁶ In particolare ci si riferisce al d.l. n. 7 del 2002 e alla sua legge di conversione n. 55 del 2002.

¹²⁷ Cfr. sul punto anche le considerazioni di carattere tecnico formulate da F. De Leonadis, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, cit., p. 148.

¹²⁸ “*Occorre considerare che il problema della competenza legislativa dello Stato non può essere risolto esclusivamente alla luce dell’art. 117 Cost. E’ infatti indispensabile una ricostruzione che tenga conto dell’esercizio del potere legislativo di allocazione delle funzioni amministrative secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza di cui al primo comma dell’art. 118 Cost., conformemente a quanto già questa Corte ha ritenuto possibile nel nuovo assetto costituzionale (cfr. sentenza 303 del 2003)*”, cfr. il punto 6 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 6/2004.

sussidiarietà viene infatti conferita elasticità al rigido riparto di competenze legislative per materia delineato dall'art. 117 Cost., attraendo le funzioni amministrative a livello statale per garantire la soddisfazione delle esigenze di unitarietà della disciplina e, in ossequio al principio di legalità, anche l'esercizio della corrispondente funzione legislativa viene ricondotto a livello statale¹²⁹.

In particolare, secondo la Corte costituzionale il legislatore statale, mediante l'adozione della normativa impugnata, ha inteso operare in tal senso, ridefinendo in modo unitario e a livello nazionale i procedimenti di modifica o ripotenziamento dei maggiori impianti di produzione dell'energia elettrica, sul presupposto della necessità di riconoscere un ruolo fondamentale agli organi statali nell'esercizio delle corrispondenti funzioni amministrative. *“Conseguentemente, per giudicare della legittimità costituzionale della normativa impugnata, è necessario non già considerarne la conformità rispetto all'art. 117 Cost., bensì valutarne la rispondenza da un lato ai criteri indicati dall'art. 118 Cost. per la allocazione e la disciplina delle funzioni amministrative, dall'altro al principio di leale collaborazione”*¹³⁰. *“La valutazione della necessità del conferimento di una funzione amministrativa ad un livello territoriale superiore rispetto a quello comunale deve essere necessariamente effettuata dall'organo legislativo corrispondente almeno al livello territoriale interessato e non certo da un organo legislativo operante ad un livello territoriale inferiore (come sarebbe un Consiglio regionale in relazione ad una funzione da affidare – per l'esercizio unitario – al livello nazionale). Questa scelta legislativa trova implicito fondamento costituzionale*

¹²⁹ Tra i numerosi contributi della dottrina sulla nota sentenza della Corte cost. n. 303 del 2003, cfr. A. Anzon, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 5, 2003, p. 2782 e ss.; A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 2776 e ss.; A. Moscarini, *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, *ivi*, p. 2791 e ss.; F. Fracchia, *Dei problemi non (completamente) risolti dalla Corte costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza regionale residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa*, in *Foro it.*, 2004, p. 1014 e ss.; R. Ferrara, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 1018 e ss.; S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2, 2004, p. 578 e ss.; L. Violini, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa “concorrente”, leale collaborazione e strict scrutiny*, *ivi*, p. 587 e ss.

¹³⁰ Cfr. il punto 6 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 6/2004.

*nell'art. 118 Cost., in relazione al principio di legalità, deve giustificarsi in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*¹³¹.

La Consulta dunque valorizza il principio di sussidiarietà nell'ambito del riparto di competenze legislative al punto da ritenerlo *“il criterio principale per attribuire la potestà normativa allo Stato o alle Regioni”*¹³², prevedendo però allo stesso tempo un sistema di correttivi, già individuati nella sentenza n. 303 del 2003, idonei a giustificare la deroga al sistema definito dall'art. 117 Cost. In particolare, *“perché nelle materie di cui all'art. 117, terzo e quarto comma, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio, è necessario che essa innanzitutto rispetti i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza nella allocazione delle funzioni amministrative, rispondendo ad esigenze di esercizio unitario di tali funzioni. È necessario, inoltre, che tale legge detti una disciplina logicamente pertinente, dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni, e che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine. Da ultimo, essa deve risultare adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, deve prevedere adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali”*¹³³.

Un'altra tappa fondamentale per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di energia è rappresentata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 383 del 2005¹³⁴. In tale decisione è approfondito il contenuto della

¹³¹ Cfr. il punto 7 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 6 del 2004.

¹³² F. De Leonardis, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, cit., p. 150.

¹³³ Cfr. il punto 7 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 6 del 2004.

¹³⁴ Tale sentenza, relativa alla legittimità costituzionale del d.l. n. 239/2003 recante *“Disposizioni urgenti per la sicurezza del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica”*, convertito con modificazioni dalla legge n. 290 del 2003, e della legge n. 239 del 2004 di riordino del settore energetico, si pone in linea di continuità con le precedenti decisioni della Corte e *“rappresenta l'ulteriore consolidamento di un modello di allocazione complessiva delle attribuzioni pubbliche (legislative e amministrative, con intuibili ripercussioni anche sul piano finanziario) che edulcora il rigore statico dei pertinenti enunciati costituzionali, sia pure nella prospettiva dell'affermazione di un sistema collaborativo tra i diversi livelli di governo”*. Cfr. Q. Camerlengo, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi*

materia “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*”, da intendersi come corrispondente alla nozione di “settore energetico” di cui alla legge n. 239 del 2004, così come alla nozione di “politica energetica nazionale” utilizzata dal legislatore statale nell’art. 29 del d. lgs. n. 112 del 1998¹³⁵, comprensiva di qualunque fonte di energia¹³⁶. Dopo aver qualificato la normativa impugnata come espressione della materia energetica, di cui all’art. 117, comma 3, Cost., la Consulta inoltre rileva che, con riferimento a tale normativa, per l’area appartenente alla competenza legislativa regionale di tipo concorrente, il legislatore statale ha disposto la “*chiamata in sussidiarietà di una buona parte delle funzioni amministrative concernenti il settore energetico, con l’attribuzione di rilevanti responsabilità ad organi statali e quindi con la parallela disciplina legislativa da parte dello Stato di settori che di norma dovrebbero essere di competenza regionale ai sensi del terzo comma dell’art. 117 Cost*”¹³⁷.

Se in linea generale può ritenersi ammissibile l’attivazione del meccanismo suddetto da parte del legislatore con riferimento a funzioni amministrative relative a problemi energetici di livello nazionale per garantirne un indispensabile esercizio unitario, la Consulta pone però l’accento sulla necessità di verificare analiticamente la sussistenza dei presupposti, elaborati in sede giurisprudenziale, per poter considerare

fondamentali, sussidiarietà e intese forti, in *Le Regioni*, 2-3, 2006, p. 422; cfr. anche F. Donati, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell’energia tra regolazione e concorrenza*, p. 48 ss.

¹³⁵ Recante il conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59.

¹³⁶ Cfr. il punto 13 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 383 del 2005. In dottrina si è evidenziato come l’ambito energetico sia stato “*prevalentemente definito con un metodo basato sulla negazione, ovvero sull’esclusione del coinvolgimento di altri ambiti materiali. [...] il giudice delle leggi ha delimitato i confini della materia usando una tecnica di negazione, ovvero escludendo l’inerenza di altri ambiti materiali; e ancora, allorchè si è occupato delle competenze coinvolte, escludendo una titolarità di funzioni in capo alle autonomie territoriali. Così facendo la materia energia risulta definita per quello che non è, e dunque per la sua non coincidenza coi molteplici ambiti della tutela dell’ambiente, della tutela della salute, del governo del territorio, della tutela della concorrenza, dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, dei servizi pubblici locali; nonché per non essere attribuita, in molteplici circostanze, alla potestà legislativa e amministrativa delle autonomie territoriali*”. Cfr. C. Buzzacchi, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in C. Buzzacchi (a cura di), *Il prisma energia*, Milano, 2010, p. 5-6.

¹³⁷ Cfr. il punto 15 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 383 del 2005.

costituzionalmente legittima la chiamata in sussidiarietà e la relativa incisione nella sfera dei poteri regionali. Tra questi presupposti assumono particolare rilievo, proprio con riferimento alla disciplina in materia energetica che risulta spesso caratterizzata da una dimensione nazionale, gli strumenti di leale collaborazione volti ad assicurare il coinvolgimento dei livelli di governo nell'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate a livello centrale¹³⁸.

Come rilevato dalla dottrina, che riscontra un possibile sbilanciamento dell'assetto delle competenze a favore dello Stato, nel settore energetico “*lo spazio di intervento legislativo regionale deve inevitabilmente fare i conti non solo con le esigenze di coordinamento e di programmazione generale - assicurabili solo dallo Stato in maniera uniforme ed omogenea -, ma anche con gli obiettivi fissati a livello sovranazionale e internazionale*”¹³⁹. La sovrapposizione dei numerosi e complessi interessi che gravitano attorno al settore energetico ostacola il raggiungimento di un equilibrio nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni. Un ruolo fondamentale potrà essere svolto dai meccanismi di cooperazione, unici strumenti in grado di assicurare alle Regioni l'espressione delle istanze relative alla tutela delle proprie peculiarità e caratteristiche territoriali.

¹³⁸ In tal senso, secondo la Corte “*dovendosi individuare un organo adeguatamente rappresentativo delle Regioni, ma anche degli enti locali, a loro volta titolari di molteplici funzioni amministrative senza dubbio condizionate od incise dalle diverse politiche del settore energetico, emerge come naturale organo di riferimento la Conferenza unificata, di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281*”. *Ibidem*. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 165 del 2011; n. 182 del 2013.

¹³⁹ Cfr. G. Cozzolino, *Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia* (art. 117.3.), cit., p. 371. Cfr. anche le osservazioni di C. Tosolini, *Regioni ordinarie ed energia elettrica: il ruolo della legislazione*, in D. Florenzano, S. Manica (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Trento, 2009, p. 126. L'Autrice, in particolare, rileva come “*gli interventi del legislatore statale hanno assunto, sovente, un contenuto assai dettagliato e preciso, in forza delle superiori esigenze di unitarietà ed uniformità della disciplina sull'intero territorio nazionale e che, a causa di ciò, l'ambito di manovra riservato ai legislatori regionali è sembrato, in gran parte, ridursi fino all'esaurimento*”.

4. La concorrenza di competenze nel settore delle energie rinnovabili

Se risulta arduo individuare il livello di governo competente, sia a livello legislativo che a livello amministrativo, in materia di energia, appare ancora più complesso individuare con certezza tale livello nel campo delle energie rinnovabili¹⁴⁰. Tale complessità deriva dalla interferenza di più materie, sia di competenza esclusiva (tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale), sia di competenza concorrente regionale (produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia, governo del territorio, tutela della salute), che sono astrattamente riconducibili al campo delle energie rinnovabili, caratterizzato da quella che la Corte costituzionale ha definito "concorrenza di competenze"¹⁴¹.

La Corte costituzionale, trovandosi ad operare in tale assetto, ha elaborato due criteri sulla base dei quali individuare il titolo di competenza da ricondurre alla normativa oggetto del suo sindacato: quello della prevalenza di una competenza, considerata appunto dominante rispetto alle altre venute in rilievo, e quello della leale collaborazione¹⁴².

¹⁴⁰ Cfr. in tal senso L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, Milano, 2011, p. 26.

¹⁴¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 50 del 2005.

¹⁴² *“Per le ipotesi in cui ricorra una «concorrenza di competenze», la Costituzione non prevede espressamente un criterio di composizione delle interferenze. In tal caso – ove, come nella specie, non possa ravvisarsi la sicura prevalenza di un complesso normativo rispetto ad altri, che renda dominante la relativa competenza legislativa – si deve ricorrere al canone della «leale collaborazione», che impone alla legge statale di predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze”, cfr. punto 5 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 219 del 2005. Per quanto riguarda la dottrina, cfr. F. Benelli, *La “smaterializzazione delle materie*, Milano, 2006; cfr. S. Musolino, *I rapporti Stato – Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell’interpretazione della Corte costituzionale*, Milano, 2007, pag. 38; F. Benelli e R. Bin, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”*: scacco matto alle Regioni, cit., pag. 1185 e ss; A. D’Atena, *Diritto regionale*, Torino, 2010, pag. 127; G. de Vergottini, *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell’energia 2013*, Bologna, 2013, p. 17 e ss.*

Nella comparazione degli interessi sottesi al settore delle energie rinnovabili con quelli riconducibili ad altre materie, il confronto ha riguardato maggiormente la produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia e la tutela dell'ambiente. Il principio costituzionale della tutela della concorrenza¹⁴³ invece non ha rappresentato un elemento decisivo nella giurisprudenza in tema di energia rinnovabile della Corte costituzionale, definito dalla dottrina come un convitato di pietra¹⁴⁴.

Tentando di individuare delle prime linee evolutive nella giurisprudenza costituzionale in materia di energie rinnovabili, si può osservare che l'iniziale orientamento della Corte costituzionale, volto a riconoscere uno spazio rilevante alla competenza concorrente delle Regioni in materia di energia¹⁴⁵ sembra essere stato abbandonato a causa dell'influsso di due tendenze opposte: la possibilità per lo Stato di esercitare, proprio in ambito energetico il meccanismo della chiamata in sussidiarietà e la possibilità sempre per lo Stato di intervenire in via esclusiva in forza della propria competenza trasversale a tutela dell'ambiente¹⁴⁶.

¹⁴³ Cfr. G. Corso, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (di Regioni e Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pag. 981; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, pag. 705; R. Caranta, *La tutela della concorrenza; le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, pag. 990 e ss.; ID., *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza?*, in *Le Regioni*, 2008, pag. 683; R. Bifulco, *La tutela della concorrenza tra Parte I e Parte II della Costituzione in margine alla sent. n. 14 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2008, p. 791.

¹⁴⁴ Cfr. L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 69. Il libero accesso al mercato della produzione di energia rinnovabile, espressione della libertà costituzionale di iniziativa economica, avrebbe potuto svolgere un ruolo più incisivo nella complessa individuazione di un corretto punto di equilibrio fra una regolazione uniforme dell'energia e il rispetto dell'autonomia regionale. In questo senso si esprime M. Cocconi, *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, in *Amministrazione in cammino*, 30 marzo 2017, pag. 6 e 7. Secondo l'Autrice, "la timidezza della Corte nel riconoscere una rilevanza specifica alla tensione esistente fra rispetto dell'autonomia regionale e tutela della concorrenza, nel settore dell'energia rinnovabile, non esclude, tuttavia, la centralità innegabile della questione; le vicende poste all'attenzione dei giudici costituzionali, in effetti, evidenziano come la frammentazione verticale dei soggetti regolatori abbia prodotto innegabilmente, in questo comparto, ostacoli alla concorrenza nel mercato".

¹⁴⁵ Nella sent. della Corte cost. n. 364 del 2006 la Consulta, pur ritenendo sussistente la competenza regionale in materia di energia, ha dichiarato incostituzionale la normativa regionale impugnata, che prevedeva una moratoria per le procedure autorizzative in materia di impianti di energia eolica fino all'approvazione del Piano energetico ambientale regionale, in quanto contrastanti con i principi fondamentali della materia, comunque riservati alla normativa statale (rappresentati dal d. lgs. n. 387 del 2003, che fissava in 180 giorni il termine massimo per la conclusione del procedimento autorizzatorio).

¹⁴⁶ In questo senso si esprime L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 31. Nelle

La Consulta ha inteso valorizzare i profili di tutela ambientale insiti nella normativa di derivazione comunitaria volta alla promozione della produzione di energia rinnovabile, riconoscendogli una posizione centrale. La promozione delle fonti di energia rinnovabili disposta dalla normativa comunitaria secondo la Corte costituzionale rappresenta un mezzo per il perseguimento dello sviluppo sostenibile, che può essere considerato il fine ultimo della politica di incentivazione per tale forma di energia¹⁴⁷.

decisioni riguardanti l'ambito delle energie rinnovabili si è rilevato che la Corte costituzionale ha utilizzato entrambi i criteri elaborati per la soluzione di simili contrasti, dando, nella maggior parte dei casi, rilievo prevalente alle competenze esclusive dello Stato sulla tutela dell'ambiente (sent. 61 del 2009; sent. 225 del 2009; sent. n. 88 del 2009). La sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2009 presenta profili di interesse non solo per quanto riguarda il settore delle rinnovabili, ma anche per quanto concerne l'esigenza di conciliare la presenza di una Autorità nazionale di regolazione del settore energetico (ci si riferisce all'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, precedentemente chiamata Autorità per l'energia elettrica e il gas, istituita dalla legge n. 481 del 1995), dotata di potere normativo, con la competenza concorrente regionale in materia di energia prevista dall'art. 117, comma 3, Cost. In particolare, la Consulta, dovendo accertare se le attribuzioni di cui l'Autorità indipendente gode al fine di regolare e controllare il settore energetico siano compatibili con la sfera di competenza costituzionalmente riconosciuta alle Regioni, afferma che *“la legge statale [...] può assegnare all'Autorità, nel rispetto dei criteri indicati dall'art. 118 della Costituzione, le funzioni amministrative di cui lo Stato stesso è titolare, o di cui possa comunque rivendicare legittimamente l'esercizio, sia in quanto sussistano le condizioni per la chiamata in sussidiarietà al livello centrale del compito in questione [...], ovvero in quanto, in casi eccezionali, sia il diritto comunitario ad imporre «normative statali derogatrici di tale quadro della normale distribuzione costituzionale delle competenze interne».* Secondo la Corte *«la natura “unitaria a livello nazionale» dei compiti delle Autorità indipendenti è largamente connaturata alla finalità di assicurare una regolazione ed un controllo uniforme di settori della vita civile, soggetti all'azione amministrativa, ove parcellizzare la disciplina normativa e gli interventi regolatori implicherebbe non solo il difetto delle condizioni tecniche necessarie alla funzionalità del mercato in oggetto, ma talvolta la stessa compromissione dei principi costituzionali alla cui osservanza le regole del mercato debbono conformarsi*” Nel valutare il ricorrere di tali presupposti, la Corte ritiene che l'operato dell'Autorità, con riguardo alle direttive previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 387 del 2003 in tema di collegamento degli impianti alla rete elettrica incida sulla materia energetica, oggetto di potestà legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. Tuttavia, la Corte riafferma che, con riguardo a tale ambito di competenza, è costituzionalmente ammissibile *“riconoscere un ruolo fondamentale agli organi statali nell'esercizio delle corrispondenti funzioni amministrative (sentenza n. 6 del 2004), secondo l'indirizzo assunto dalla normativa statale di riordino dell'intero settore energetico (sentenza n. 383 del 2005) e sia pure a seguito della introduzione di adeguati meccanismi di leale collaborazione, ove ritenuti costituzionalmente necessari. Tuttavia, la Corte ritiene che le molteplici previsioni di cui si compone la norma impugnata, in ragione delle finalità cui appaiono ispirate e dell'obiettivo fascio di interessi che ne vengono incisi, siano riconducibili, con un giudizio di prevalenza rispetto alla materia dell'energia, a materia di competenza esclusiva dello Stato”* (cfr. il punto 3 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 88 del 2009).

¹⁴⁷ In tale prospettiva la Corte definisce le direttive che l'Autorità indipendente è tenuta ad adottare (ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 387 del 2003) per agevolare la connessione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili alla rete elettrica come *“il punto di sintesi tecnicamente necessario per assicurare, in questo particolare ambito, l'assetto concorrenziale del mercato con modalità e forme compatibili rispetto al prioritario obiettivo di incentivare l'impiego delle fonti energetiche rinnovabili, a fini di tutela ambientale: esse, in altri termini, si trovano all'incrocio delle competenze esclusive dello Stato in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, secondo comma, lettera e della Costituzione) e di «tutela dell'ambiente» (art.*

Conseguentemente, la pervasività dell'interesse di rilievo costituzionale alla tutela ambientale nell'ambito della regolamentazione dell'energia da fonti rinnovabili ha agito anziché da limite, “*quale criterio di legittimazione della promozione di queste fonti*”¹⁴⁸, spostando al livello statale il baricentro della potestà normativa in materia. Ciò, in particolare, si è verificato con riferimento alla riconduzione delle Linee guida¹⁴⁹ per il corretto insediamento degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili nel paesaggio alla competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. Da tale attribuzione è conseguita la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle discipline regionali volte ad individuare aree sottratte alla localizzazione degli impianti. Sembra dunque riscontrarsi un generale ridimensionamento dei possibili contenuti della materia concorrente energia.

In tale prospettiva, volta a conferire centralità alla tutela dell'ambiente e dunque a individuare la competenza legislativa in tema di energie rinnovabili a livello statale, la Corte costituzionale, con particolare riferimento all'installazione di parchi eolici, ha inoltre rilevato che la normativa statale sulle fonti di energia rinnovabili ha come fine “*quello di rendere compatibili le ragioni di tutela dell'ambiente e del paesaggio che,*

117, secondo comma, lettera s, della Costituzione)” Cfr. punto 3 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 88 del 2009.

¹⁴⁸ Cfr. M. Cocconi, *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, cit., pag. 8. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela dell'ambiente cfr. anche F. Di Dio, *Giustizia costituzionale e concorrenza di competenze legislative in materia di “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”*: dalla trasversalità alla “prevalenza” della competenza statale, in *Riv. Giur. Amb.*, 2009, p. 953.

¹⁴⁹ Tali Linee guida sono state adottate con d.m. del 10 settembre 2010 e prevedono una disciplina specifica dei vari impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili a seconda della loro tipologia. Come osservato da A. Maestroni, fino al 2010, a causa di un quadro normativo incompleto dovuto alla mancata emanazione delle Linee guida nazionali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, i procedimenti di autorizzazione di tali impianti sono stati disciplinati in modo disomogeneo dalle Regioni, non sempre in grado di bilanciare correttamente i principi sul riparto di competenza legislativa esclusiva statale fissati dalla Costituzione in materia di tutela ambientale con quelli derivanti dalla competenza concorrente regionale in materia di energia. Cfr. A. Maestroni, *Pronunce della Corte costituzionale e del giudice amministrativo in materia di energia da fonti rinnovabili tra tutela ambientale e concorrenza*, in A. Maestroni, M. De Focatiis (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato*, Milano, 2012, pag. 63 e ss.; G. F. Cartei, *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2013, p. 589 e ss.

*nella fattispecie, potrebbero entrare in collisione, giacché una forte espansione delle fonti di energia rinnovabili è, di per sé, funzionale alla tutela ambientale, nel suo aspetto di garanzia dall'inquinamento, ma potrebbe incidere negativamente sul paesaggio: il moltiplicarsi di impianti, infatti, potrebbe compromettere i valori estetici del territorio, ugualmente rilevanti dal punto di vista storico e culturale, oltre che economico, per le potenzialità del suo sfruttamento turistico*¹⁵⁰.

Il rapporto potenzialmente confliggente tra ambiente e paesaggio deriva soprattutto dalla sfuggevolezza di entrambi i concetti, che ostacola il loro inquadramento in precise categorie giuridiche¹⁵¹. Anche la differente collocazione dei due valori all'interno del testo costituzionale non agevola nell'individuazione di un punto di equilibrio. La tutela del paesaggio infatti non ha un riferimento espresso nel riparto di competenze delineato dall'art. 117 Cost., ma la sua tutela è espressamente prevista all'art. 9 Cost¹⁵².

La Corte costituzionale, trovandosi a dover operare un bilanciamento tra i due valori contrapposti, ha inteso favorire la realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili, ritenendo costituzionalmente illegittimi divieti assoluti alla realizzazione di tali impianti posti dalla normativa regionale fondati sul solo presupposto

¹⁵⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 275 del 2011, sent. n. 308 del 2011.

¹⁵¹ Cfr. F. Di Dio, *Eolico e Regioni: illegittime normative e procedure regionali in assenza di linee guida statali sulla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili*, nota a Corte cost. n. 166/09, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2009, pag. 926 e ss.; Cfr. anche L. Nanniperi, *Regioni ed energia rinnovabile: sono (ancora una volta) dichiarate incostituzionali norme regionali che pongono limitazioni alla localizzazione di impianti da fonti rinnovabili, dettate in assenza delle linee guida statali*, in *Rivista AIC*, del 2 luglio 2010.

¹⁵² Cfr. L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 33. Numerosi autori hanno affrontato la problematica del potenziale rapporto conflittuale tra ambiente e paesaggio, elaborando ipotesi ricostruttive volte a qualificare l'ambiente e il paesaggio come due sinonimi oppure come due valori contrapposti. Cfr. S. Labriola, *Dal paesaggio all'ambiente: un caso di interpretazione evolutiva della norma costituzionale. Il concorso della Corte e il problema delle garanzie*, in *Dir. Soc.*, 1987, p. 113 e ss.; B. Cavallo, *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, p. 397 e ss.; P. Carpentieri, *Paesaggio contro ambiente*, in *Urb. App.*, 2005, p. 931; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 84 e ss.; G. Pizzanelli, *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del principio di integrazione*, in C. Buzzacchi (a cura di), *Il prisma energia*, Milano, 2010, p. 116 e ss.; V. Molaschi, *Paesaggio versus Ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, II, p. 171 e ss.; M. Ragazzo, *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Torino, 2011, p. 207 e ss.

della necessaria tutela paesaggistica¹⁵³. Secondo la Consulta, la *ratio* ispiratrice del criterio residuale di indicazione delle aree non destinabili alla installazione di impianti eolici deve essere individuata nel principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, derivante dalla normativa europea volta al perseguimento degli obiettivi di tutela ambientale. Quest'ultimo trova attuazione nella generale utilizzabilità di tutti i terreni per l'inserimento di tali impianti, con le eccezioni, stabilite dalle Regioni, ispirate alla tutela di altri interessi costituzionalmente protetti nell'ambito delle materie di competenza delle Regioni stesse¹⁵⁴.

Da questa prima analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di energie rinnovabili si rileva che non sempre la disciplina delle fonti energetiche rinnovabili è stata ricondotta alla materia di competenza legislativa concorrente riguardante l'energia, ma in numerose sentenze, al fine di offrire una lettura organica del settore delle rinnovabili in tutto il territorio nazionale, tale disciplina è stata attribuita alla competenza esclusiva statale riguardante la tutela dell'ambiente. La Corte costituzionale ha dunque inteso tutelare l'esigenza della produzione di energia pulita, che riguarda al contempo sia la materia dell'energia che quella della protezione dell'ambiente da forme di inquinamento, ricorrendo alla competenza esclusiva statale in tema di tutela ambientale come diretta a soddisfare anche la domanda di energia¹⁵⁵.

¹⁵³ *Ex multis*, cfr. Corte cost. sent. n. 166 del 2009, sent. n. 119 del 2010, sent. n. 124 del 2010, sent. n. 344 del 2010, sent. n. 192 del 2011.

¹⁵⁴ Cfr. Corte cost. sent. n. 224 del 2012.

¹⁵⁵ In questo senso cfr. le osservazioni di G. de Vergottini, in *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 17 e ss.

Capitolo 2 – Il principio dello sviluppo sostenibile

1. L’elaborazione del principio dello sviluppo sostenibile: dalle Conferenze internazionali alla codificazione nell’ordinamento nazionale

Il principio dello sviluppo sostenibile è teso a “*coordinare i tempi accelerati dello sviluppo tecnologico con i tempi ormai non più sufficienti della naturale rigenerazione e bonifica (o capacità di diluizione) che le risorse naturali hanno a fronte del loro sfruttamento ed inquinamento*”¹⁵⁶. Caratterizzano tale principio una notevole forza espansiva, una spiccata interdisciplinarietà e una certa vaghezza, che ne rispecchiano l’elaborazione nell’ambito del diritto internazionale, contesto che non agevola la penetrazione di una regola concretamente individuabile o troppo stringente¹⁵⁷. Considerate tali caratteristiche, non è ancora stata elaborata una definizione giuridica puntuale e condivisa del principio, che viene inteso dalla dottrina sia come obiettivo programmatico, sia come criterio procedurale per la formazione delle decisioni politiche volte alla tutela dell’interesse ambientale¹⁵⁸.

La consapevolezza della rilevanza delle questioni ambientali ha iniziato a svilupparsi a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso¹⁵⁹, ma soltanto a partire dagli

¹⁵⁶ Cfr. S. Grassi, “*Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell’ambiente e sviluppo sostenibile*” in *Un diritto per il futuro*, a cura di R. Bifulco- A. D’Aloia, Napoli, 2008, p. 183.

¹⁵⁷ F. Fracchia osserva che la vaghezza e la genericità conferiscono una preziosa dose di flessibilità al principio, necessaria per adattarlo alla molteplicità delle problematiche ambientali. Cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010, p. 4.

¹⁵⁸ Cfr. S. Grassi, “*Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell’ambiente e sviluppo sostenibile*” cit., p. 183. Secondo l’Autore, “*Il principio sconta la genericità del richiamo alle esigenze delle future generazioni e la difficoltà di costruire un sistema coerente di principi per rendere efficienti le norme a tutela dell’ambiente*”.

¹⁵⁹ Già a partire dagli anni Sessanta infatti si è assistito alla costituzione delle prime associazioni ambientaliste (*World Wildlife Fund* nel 1961, *Friends of the Earth* nel 1969, *Greenpeace* nel 1971) e all’adozione delle prime normative in materia di tutela dell’ambiente, come il *National Environmental Protection Act* del 1969 degli USA. Per quanto riguarda l’Italia, nel 1968, su impulso di Aurelio Peccei, fu fondato il Club di Roma, un’associazione volontaria composta da un gruppo internazionale di trenta scienziati, esperti di diversi settori e funzionari di Stato, riunitisi presso l’Accademia dei Lincei. Tale associazione incaricò un gruppo di ricercatori di indagare le cause e le conseguenze a lungo termine della crescita di cinque distinte grandezze: popolazione, capitale industriale, produzione di alimenti, consumo di

anni Ottanta il tema della sostenibilità è entrato a fare parte dell'agenda politica internazionale¹⁶⁰.

La Conferenza di Stoccolma, organizzata dalle Nazioni Unite nel 1972, dopo che il 1970 fu proclamato “anno della protezione della natura”, è stata la prima Conferenza delle Nazioni Unite ad affrontare su scala mondiale il rapporto tra economia e ambiente, vedendo la partecipazione di 113 Paesi. La Dichiarazione di Stoccolma, documento formale adottato in tale contesto, pur non facendo ancora espresso riferimento al concetto di sviluppo sostenibile, afferma alcuni principi comunque riconducibili ad esso¹⁶¹. In tale contesto inoltre è stato avviato il Programma per l'ambiente delle Nazioni Unite (UNEP), nel cui ambito è stata successivamente adottata, nel 1980, la *World Conservation Strategy*¹⁶², documento che ha ulteriormente contribuito ad evidenziare i limiti dell'ecosistema, denunciando la riduzione irreversibile della capacità del pianeta di garantire la sopravvivenza della specie umana.

Qualche anno dopo, nel 1983, è stata istituita dalle Nazioni Unite la *World Commission on Environment and Development* (WCED), composta dai rappresentanti di 21 Paesi. La suddetta Commissione, al termine dei suoi lavori nel 1987, ha elaborato il

risorse naturali e inquinamento. I risultati di tale indagine confluirono nello studio “*The Limits to Growth*”, c.d. Rapporto Meadows, che pose per la prima volta in risalto la limitata disponibilità delle risorse naturali e la conseguente necessità di perseguire obiettivi di sviluppo che tengano conto della stabilità ecologica ed economica. Cfr. F. La Camera, *Sviluppo sostenibile*, Roma, 2003, p. 2 e ss.

¹⁶⁰ Il concetto di sviluppo sostenibile sarebbe già stato elaborato nel XVIII secolo dal nobile Hans Carl Von Carlowitz (1645-1714), ispirato dalla riforma della silvicoltura francese attuata nel 1669 da Jean-Baptiste Colbert, celebre ministro di Luigi XIV. Il nobile della Sassonia, nella sua opera *Sylvicultura oeconomica*, propose una prima riflessione teorica sull'importanza di preservare le risorse forestali. Cfr. K. Bartenstein, *Les origines du concept de développement durable*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 3, 2005, p. 289 e ss.

¹⁶¹ Cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 8. La Dichiarazione di Stoccolma individua 26 principi sulle responsabilità dell'uomo in relazione all'ambiente, tra i quali vi è ricompreso il principio di equità intergenerazionale, che sancisce il diritto di tutta l'umanità ad accedere alle risorse naturali e la correlata responsabilità delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future. Cfr. M. Silvestri, *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione*, *Gentes*, II, 2, 2015, p. 21.

¹⁶² Iucn, Unep, Wwf, *World Conservation Strategy – Living Resource Conservation for Sustainable Development*, Geneva, 1980, consultabile anche su <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/wcs-004.pdf>

*Report Our Common Future*¹⁶³, in cui appare la definizione più nota di sviluppo sostenibile, che viene descritto nei seguenti termini: “*development which meets the needs of the present generation without compromising the ability of the future generations to meet theirs*”¹⁶⁴.

Una ulteriore tappa nell’evoluzione del concetto dello sviluppo sostenibile è rappresentata dalla Conferenza svoltasi a Rio de Janeiro nel 1992, intitolata “Conferenza sull’ambiente e lo sviluppo”¹⁶⁵. Lo sviluppo sostenibile viene reputato come l’unica alternativa per un “*miglioramento della qualità della vita senza eccedere la capacità di carico degli ecosistemi*” e viene evidenziata l’esigenza di perseguire l’equità infragenerazionale, quale presupposto per il raggiungimento dell’equità intergenerazionale (già evidenziata dal *Report Our Common Future*)¹⁶⁶.

Conseguentemente alla presa di coscienza della sempre maggior rilevanza delle questioni riguardanti i limiti allo sviluppo, in tale sede è stata predisposta una complessiva azione globale, prediligendo l’adozione di un approccio comune per la soluzione delle problematiche ambientali. In particolare sono stati adottati due importanti documenti: la Dichiarazione di Rio¹⁶⁷ su ambiente e sviluppo e il Piano di azione, costituito dall’Agenda 21¹⁶⁸. La Dichiarazione di Rio, costituita da 27 principi, si pone in linea con quanto previsto dalla Dichiarazione di Stoccolma. L’Agenda 21, invece, delinea il contenuto del principio dello sviluppo sostenibile, individuando le azioni per *il global sustainable*

¹⁶³ Il documento è conosciuto anche come Rapporto *Brundtland*, dal nome del primo ministro norvegese Gro Harlem Brundtland che presiedette la *World Commission on Environment and Development*.

¹⁶⁴ Cfr. WCED, *Our Common future*, London, 1987, 41, consultabile anche in www.un-documents.net. Nonostante il contesto nel quale è stata elaborata, questa prima definizione non contempla l’ambiente. Secondo F. Fracchia, l’omissione potrebbe essere rivelatrice della “*vera indole del principio e il genuino interesse alla cui protezione esso concorre (e, cioè, le generazioni future)*”. Cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile*, cit., p. 9.

¹⁶⁵ *United Nations Conference on Environment and Development: UNCED or Earth Summit*, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla l. n. 124 del 1994. Come osserva Cordini, la stessa denominazione della Conferenza richiama la difficile relazione tra questi elementi, che si poneva come un vero e proprio nodo gordiano. Cfr. G. Cordini, *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002, p. 41.

¹⁶⁶ Cfr. E. Frumento, *Lo stato ambientale e le generazioni future: per una tutela del diritto fondamentale dell’ambiente*, in www.ambientediritto.it

¹⁶⁷ *Rio Declaration on Environment and Development*, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev.1 (1992).

¹⁶⁸ U.N. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (1992).

development in vista del XXI secolo. In seguito all'adozione di tale fondamentale documento, il principio in esame si estende, ricomprendendo le istanze riguardanti la garanzia dello sviluppo sociale, dei diritti umani e della giustizia sociale, che vengono associate all'esigenza di protezione dell'ambiente. Con tale documento è stata inoltre prevista l'istituzione di una *Commission on Sustainable Development*, formata dai rappresentanti di 53 Paesi, con l'obiettivo di garantire l'implementazione delle raccomandazioni e delle decisioni assunte a Rio. Nell'ambito della Conferenza di Rio de Janeiro sono state firmate la Convenzione sulla biodiversità e la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici (UNFCCC), entrata in vigore il 21 marzo 1994 e ratificata dall'Italia con la legge n. 65 del 1994¹⁶⁹. Il controllo dell'applicazione di quest'ultima Convenzione è stato rimesso a periodiche Conferenze delle Parti firmatarie, chiamate inoltre ad adottare le decisioni necessarie per promuoverne l'efficace applicazione.

A partire dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 su ambiente e sviluppo si rafforza la consapevolezza a livello internazionale che il degrado ambientale non è un inevitabile costo dello sviluppo, ma costituisce un fattore da tenere in considerazione e da bilanciare con quest'ultimo¹⁷⁰. In seguito il riferimento allo sviluppo sostenibile compare in numerose convenzioni internazionali¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cfr. U.N. *Framework Convention on Climate Change* di New York, del 9 maggio 1992, consultabile su www.unfccc.int

¹⁷⁰ Cfr. i principi 5, 8, 24, 25 della Dichiarazione di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo, U.N. Doc. A/CONF.151/5/Rev.1 (1992).

¹⁷¹ Ad es. l'art. 3 U.N. *Framework Convention on Climate Change* di New York, del 9 maggio 1992 attribuisce un contenuto giuridicamente rilevante al principio. Nell'ambito della *Convention on Biological Diversity* del 1992 il principio trova spazio all'interno di norme vincolanti per le parti contraenti.

Nel 1997 viene siglato il Protocollo di Kyoto¹⁷², il cui art. 12 prevede lo strumento del *Clean Development Mechanism*¹⁷³ volto a coinvolgere i Paesi sviluppati e i Paesi in via di sviluppo nell'applicazione concreta del concetto di sostenibilità.

Nel 2002, a dieci anni di distanza dalla Conferenza di Rio de Janeiro, si svolge il Summit mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg, che vede l'adozione della Dichiarazione sullo Sviluppo Sostenibile e di un Piano di Azione, che ricalca l'impostazione dell'Agenda 21. Tuttavia, in tale contesto gli impegni assunti dagli Stati partecipanti risultano notevolmente limitati¹⁷⁴.

In occasione del predetto Summit vengono definiti tre distinti ambiti, denominati pilastri, rappresentanti le finalità a cui tende lo sviluppo sostenibile: sviluppo economico, sviluppo sociale e tutela dell'ambiente. Queste differenti aree costituiscono i pilastri sui quali regge l'immaginaria struttura dello sviluppo sostenibile e sono strettamente collegate tra loro, quasi che l'una non possa progredire senza determinare un effetto di trascinamento sulle altre¹⁷⁵. L'esplicito riconoscimento dello sviluppo sociale quale componente dello sviluppo sostenibile ha rappresentato un passo decisivo nel processo di espansione del principio in esame e ne ha rafforzato la prospettiva intergenerazionale.

Un'altra tappa fondamentale per l'elaborazione del concetto è stata segnata nel 2005, con la firma della Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della

¹⁷² *United Nations Framework Convention on Climate Change*, ratificato e reso esecutivo in Italia dalla legge n. 120 del 2002. In tale documento vengono determinati obiettivi e *standards* legalmente vincolanti per gli Stati firmatari, volti a conseguire una riduzione complessiva dell'emissione di gas inquinanti pari al 5,2 %, rispetto al livello del 1990, entro il 2012. Secondo il criterio delle responsabilità differenziate, tale obiettivo non vincola allo stesso modo tutti gli Stati contraenti, ma rappresenta il valore medio che tali Paesi devono concorrere a raggiungere. Tale approccio segna una nuova tendenza del diritto internazionale dell'ambiente. Cfr., sul punto, G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 33 e ss.

¹⁷³ *The purpose of the Clean Development Mechanism shall be to assist Parties non included in Annex I in achieving sustainable development and in contributing to the ultimate objective of the Convention, and to assist Parties included in Annex I in achieving compliance with their quantified emission limitation and reduction commitments under Article 3.*

¹⁷⁴ In seguito agli eventi dell'11 settembre le tematiche ambientali perdono la centralità che avevano assunto nell'agenda internazionale.

¹⁷⁵ Proprio questa interdipendenza contribuisce a rendere ancor meno agevole l'individuazione di precisi criteri e specifici obiettivi connessi all'affermazione del principio. Cfr. in tal senso S. Grassi, "*Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*", cit., p. 177.

diversità delle espressioni culturali¹⁷⁶, che ha ricondotto allo sviluppo sostenibile anche il tema della diversità culturale, individuandolo come una delle sue condizioni essenziali.¹⁷⁷

L'espansione del concetto di sviluppo sostenibile, inizialmente sviluppatosi nel settore ambientale, nel corso degli anni ha condotto al coinvolgimento di ulteriori ambiti, generalmente individuati mediante il riferimento alle tre "e": *equity, economy, environment*, alle quali se ne è recentemente aggiunta una quarta, *education*. Il verificarsi di tale fenomeno, secondo la dottrina, indurrebbe a considerare il principio dello sviluppo sostenibile come un principio sovraordinato rispetto agli altri principi presenti nell'ordinamento, divenendo *"una sorta di canone supremo in grado di condizionare le scelte pubbliche strategiche nell'era della globalizzazione e delle crisi"*¹⁷⁸. Tale principio, *"giunto al termine della sua evoluzione, si tramuterebbe nel paradigma dei doveri verso le generazioni future. Il suo statuto, nato nel diritto dell'ambiente e fondato sui canoni di precauzione nella gestione delle risorse attualmente disponibili, sui principi di solidarietà e responsabilità, sulla necessità di dare rilievo alla tecnica e alla scienza, si trasformerebbe in un contesto del tutto diverso o, comunque, si rafforzerebbe confrontandosi con gli analoghi tratti del regime giuridico applicabile ai doveri verso le generazioni future"*¹⁷⁹.

Per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, inizialmente la protezione dell'ambiente non rientrava tra gli obiettivi perseguiti dalla Comunità europea. L'obiettivo prioritario era infatti rappresentato dallo sviluppo di un mercato comune. Solo con il Trattato di Maastricht, nel 1992, viene inserito al livello dei Trattati istitutivi tra i

¹⁷⁶Cfr. Convenzione Unesco sulla protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali, ratificata con l. n. 19 del 2007, la quale prevede che: *"la protezione, la promozione e la conservazione della diversità culturale sono una condizione essenziale per uno sviluppo sostenibile a beneficio delle generazioni presenti e future"*. Sul piano comunitario si veda la Strategia di sviluppo sostenibile elaborata dalla Commissione Europea – c.d. "strategia di Göteborg" - nel 2001 che prende in considerazione oltre al settore propriamente ambientale, anche la sanità pubblica, l'inclusione sociale e la povertà globale.

¹⁷⁷ Cfr. l'art. 6 della Convenzione.

¹⁷⁸ Cfr. F. Fracchia, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, di G. F. Cartei (a cura di), Torino, 2013, p. 27.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

compiti della Comunità quello di promuovere “una crescita sostenibile, non inflazionistica e di rispetto dell’ambiente”¹⁸⁰.

Il Trattato di Amsterdam, nel 1997, riprende il concetto di sostenibilità nel Preambolo, mentre all’art. 2 trova spazio il concetto di sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile e all’art. 6 viene operata una stretta connessione tra il principio di integrazione e la prospettiva della promozione dello sviluppo sostenibile.

L’art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, proclamata a Nizza nel dicembre 2000, prevede che gli obiettivi di una elevata tutela dell’ambiente e del miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell’Unione e “*garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile*”. Nella Carta il tema della tutela dell’ambiente e il principio dello sviluppo sostenibile sono posti in relazione con il principio di integrazione¹⁸¹. Secondo Grassi, il principio di integrazione sarebbe idoneo ad incarnare il carattere trasversale del diritto dell’ambiente, che impone la ricerca e l’integrazione della tutela ambientale in qualsiasi settore di attività, dato che qualsiasi intervento normativo potrebbe ledere l’ambiente¹⁸². Dunque, volendosi adottare tale prospettiva, la protezione ambientale non rivestirebbe più un ruolo da antagonista nei confronti delle dinamiche dello sviluppo, dovendo questa essere integrata come parte dello stesso processo di sviluppo per assicurarne la sostenibilità.

Numerosi strumenti sono stati introdotti nell’ordinamento europeo in applicazione del principio dello sviluppo sostenibile, tra i quali figurano le valutazioni ambientali e gli

¹⁸⁰ Sull’evoluzione del principio dello sviluppo sostenibile nel diritto europeo cfr. G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008, p. 62 e ss.

¹⁸¹ Secondo M. Renna, il principio dello sviluppo sostenibile nell’ordinamento europeo risulterebbe strettamente connesso con il principio di integrazione, al punto tale da fondersi con esso. Cfr. M. Renna, *I principi in materia di tutela dell’ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 1-2, p. 62 ss.

¹⁸² “*Il principio di integrazione non implica [...] il riconoscimento di un diritto all’ambiente, quanto l’affermazione di un rapporto necessario tra le politiche direttamente finalizzate alla tutela dell’ambiente e tutte le altre politiche di settore. Rapporto che dovrà concretamente essere realizzato non solo attraverso una più razionale configurazione del riparto di competenze nell’ambito degli organi politici amministrativi, ma anche attraverso un ruolo rafforzato e trasversale da riconoscere in ogni processo decisionale agli organi che abbiano il compito di rappresentare gli interessi ambientali*” Cfr. S. Grassi, *Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell’ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., p. 185.

aiuti di Stato adottati nell'ambito dell'attuazione di politiche aventi quale obiettivo la promozione della sostenibilità ambientale¹⁸³.

Con riferimento all'ordinamento nazionale, il principio dello sviluppo sostenibile è stato espressamente riconosciuto in occasione dell'adozione dell'ultimo correttivo al codice dell'ambiente¹⁸⁴.

In particolare, l'art. 3-*quater* dispone, al primo comma, che “*ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future*”.

Il secondo comma della disposizione si riferisce, invece, all'attività della Pubblica Amministrazione, prevedendo che “*deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione*”. Dunque, secondo tale previsione, nell'ambito di un procedimento amministrativo discrezionale, finalizzato al contemperamento di interessi pubblici e privati contrapposti, l'interesse alla tutela ambientale dovrà necessariamente godere di una prioritaria considerazione rispetto agli altri, a prescindere da puntuali previsioni legislative in tal senso. Come felicemente sintetizzato dalla dottrina: “*il peso specifico degli interessi ambientali, dunque, deve essere sempre maggiore del peso specifico degli altri interessi posti sulla bilancia della comparazione, anche se ciò [...] non implica che i primi debbano necessariamente prevalere sui secondi*”¹⁸⁵. Il principio dello sviluppo sostenibile si pone dunque come “*limite interno della discrezionalità amministrativa – valevole per l'emanazione di tutti i provvedimenti discrezionali in grado di incidere su*

¹⁸³ Cfr. il Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato - Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 [COM(2005) 107] e la Comunicazione della Commissione “Disciplina degli aiuti di Stato per la tutela ambientale” (2008/C/82/01).

¹⁸⁴ Il principio è stato introdotto dal d.lgs. n. 4 del 2008 all'art. 3 *quater* del d. lgs. 152 del 2006.

¹⁸⁵ Cfr. M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, cit., p. 74.

un interesse ambientale, in qualsiasi settore del diritto amministrativo - il quale va ad aggiungersi agli altri limiti interni del potere discrezionale”¹⁸⁶.

Il terzo comma dell’art. 3-*quater* cita espressamente la matrice solidaristica connaturata al principio in oggetto, specificando che *“data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell’ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell’ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell’ambiente anche futuro”*.

Infine, il quarto comma dell’art. 3-*quater* evidenzia la stretta connessione tra il principio in esame e la tutela ambientale, statuendo che *“la risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l’evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane”*.

In definitiva, il principio si risolve in un criterio di azione volto a garantire che la decisione pubblica individui il livello di sviluppo sostenibile nel caso concreto. L’amplessima portata della norma rischia di rendere il principio poco pregnante ed eccessivamente invasivo. Occorre dunque ricercare un’interpretazione che la valorizzi, evitandone un’applicazione generalizzata che la renda priva di contenuto¹⁸⁷.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Secondo Fracchia, *“la chiave ermeneutica più opportuna è quella che ha come costante riferimento l’esigenza di dar rilevanza agli interessi di chi «non ha voce» (generazioni future e componenti non umane dell’ambiente) in relazione all’impiego della natura”* La norma in esame troverà dunque applicazione con riferimento a questioni riguardanti la gestione delle risorse naturali, nell’ambito delle quali venga in rilievo il futuro dell’uomo e si debba operare una scelta discrezionale nell’ottica dello sviluppo. Tuttavia, come osservato dallo stesso Autore, il principio non fornisce un criterio univoco immediatamente utilizzabile in presenza di situazioni di conflitto tra istanze di protezione dell’ambiente ed esigenze dello sviluppo e ricorre ad altri principi ed istituti per calarsi nell’ordinamento, come il principio di precauzione, il principio chi inquina paga, o gli istituti delle valutazioni ambientali. Cfr. F. Fracchia, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell’arte*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, di G. F. Cartei (a cura di), Torino, 2013, p. 18.

2. Il principio dello sviluppo sostenibile nella prospettiva ambientale

L'elaborazione del principio dello sviluppo sostenibile scaturisce da un'analisi riguardante le tematiche ambientali in un momento storico nel quale la questione ambientale inizia a catturare l'attenzione degli Stati più sviluppati del mondo. Fin dalle origini dell'elaborazione del concetto può dunque rilevarsi una connessione profonda tra lo sviluppo sostenibile e la dimensione ambientale.

Un'impostazione della dottrina tende a valorizzare questa connessione, reputando lo sviluppo sostenibile come *“il principio in grado di esprimere la matrice fondamentale del diritto ambientale”*¹⁸⁸. Secondo tale impostazione, *“il limite rappresenta un fattore costitutivo del concetto di sviluppo sostenibile e ne descrive lo sfondo problematico. Questo limite è da ricollegare alla presenza della natura, il nucleo essenziale del concetto sembrerebbe quindi quello della internalizzazione dei costi ambientali in seno allo sviluppo economico, che non può proiettarsi all'infinito”*¹⁸⁹. Il concetto del limite dunque risulterebbe centrale e l'ambiente costituirebbe *“il valore trasversale che lega, limitandole, le altre forme di sviluppo”*¹⁹⁰.

Differentemente dagli altri pilastri che compongono lo sviluppo sostenibile, per i quali il limite al loro sviluppo può essere individuato dall'uomo, per quanto riguarda l'ambiente la soglia entro la quale può esercitarsi il suo sfruttamento può essere solo parzialmente decisa dall'umanità. Alla luce di tale considerazione, il principio dello sviluppo sostenibile porrebbe in relazione il sistema giuridico (inteso come parte di un

¹⁸⁸ Cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 144.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

sistema sociale, del quale fanno parte equità e crescita economica) con ciò che lo circonda (il sistema ambientale) e che si pone come condizione per la sua sopravvivenza¹⁹¹.

Nell'ambito delle tesi che valorizzano la prospettiva ambientale dello sviluppo sostenibile, si rilevano due diverse concezioni del principio. Una concezione debole guarda allo sviluppo sostenibile come il risultato del bilanciamento tra sviluppo economico e ambiente e ne prende in considerazione le componenti non ambientali del concetto, ritenendo che occorra ricercare la protezione, oltre al valore preminente dell'ambiente, anche di interessi diversi quali l'equità e la pace. Una concezione forte dello sviluppo sostenibile, invece, si incentra essenzialmente sul valore ambientale, che reputa come il valore supremo¹⁹².

3. La questione della tutela delle generazioni future

Le impostazioni che valorizzano le componenti non ambientali dello sviluppo sostenibile e quelle che invece si incentrano sul profilo ambientale¹⁹³ muovono entrambe da una concezione oggettiva dello sviluppo sostenibile.

Parallelamente a tali impostazioni si sono sviluppate ulteriori riflessioni volte ad enfatizzare il profilo delle generazioni future, che si sono poste all'interno di una concezione soggettiva dello sviluppo sostenibile.

In particolare, il profilo della protezione delle generazioni future è stato significativamente evidenziato dal principio 1 della Dichiarazione conclusiva della

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² Cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 154, che richiama, per una sintesi del dibattito, G. C. Bryner, *Gaia's Wager: Environmental Movements and the Challenge of Sustainability*, Rowan & Littlefield, 2001.

¹⁹³ Per l'approfondimento di tali posizioni si rinvia a M. Tallacchini, *Diritto per la natura*, cit., p. 226 e ss.

Conferenza di Stoccolma¹⁹⁴ e riproposto dal principio 3 della Conferenza di Rio¹⁹⁵, ove accanto all'equità intergenerazionale compare quella intragenerazionale. Anche dalla definizione offerta dalla Commissione Brundtland è possibile rilevare la presenza di doveri sia verso le generazioni attuali (cui deve essere garantita la possibilità di utilizzare le risorse: responsabilità intragenerazionale), sia verso quelle future (responsabilità intergenerazionale)¹⁹⁶.

Il riferimento all'equità intergenerazionale è allora da intendersi anche come riferimento alle differenti situazioni delle generazioni che attualmente popolano il pianeta, ponendo in evidenza gli ulteriori profili connessi al principio (distribuzione del cibo, della ricchezza ecc.). Risulterebbe infatti poco convincente individuare l'esistenza di un obbligo verso le generazioni future e non verso quelle attualmente in difficoltà, atteso che attualmente, almeno in teoria, c'è qualcuno che può far valere quegli obblighi. Alla luce di tale considerazione, *“accostando alla responsabilità verso le generazioni future anche la responsabilità intragenerazionale, il principio dello sviluppo sostenibile diventa immediatamente utilizzabile in chiave distributiva, privandolo in parte della sua attitudine a essere accolto senza riserve da tutti i popoli nell'attualità”*¹⁹⁷.

Dunque, nell'ambito della tutela dell'ambiente si è per la prima volta ampiamente affermata la responsabilità per le future generazioni. Tale concezione diacronica costituisce la diretta conseguenza dell'interpretazione delle norme costituzionali, dalle quali (come avviene per l'art. 2 Cost.) derivano contestualmente *“diritti e doveri dell'uomo come essere sociale, che si rende responsabile della sua cultura e della sua*

¹⁹⁴ *“Man...bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations”*.

¹⁹⁵ *“The right to development must be fulfilled so as to equitably meet developmental and environmental needs of present and future generations”*.

¹⁹⁶ Tuttavia si osserva che tale profilo non compare nel diritto europeo. Cfr. G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale*, cit., p. 62 e ss

¹⁹⁷ Cfr. F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., 2010.

storia (e quindi necessariamente non solo del suo presente, ma anche del suo passato e ancor più del suo futuro)”¹⁹⁸.

Nella dottrina internazionale, soprattutto in ambito spagnolo, si riscontrano impostazioni volte a configurare un diritto allo sviluppo sostenibile¹⁹⁹. Con riferimento a queste teorie, non può non rilevarsi la difficoltà di individuare diritti delle future generazioni in senso proprio, muovendo da un punto di osservazione strettamente giuridico, anche se ciò non sarebbe forse impossibile ricorrendo all’istituto della rappresentanza, come avvenuto da parte della Corte suprema delle Filippine, nel caso “Minors Oposa” deciso il 30 luglio 1993²⁰⁰. Il giudice ha riconosciuto la legittimazione ad agire in giudizio in capo a un gruppo di minorenni filippini che si opponeva al rilascio di concessioni per lo sfruttamento del legno. La Corte ha affermato la legittimazione ai minorenni in quanto rappresentanti anche della generazione non ancora nata, individuando un “*right to a balanced and healthful ecology*” sancito dalla Costituzione delle Filippine. Tuttavia, come osservato da Fracchia, “*la formula «diritti delle generazioni future» sposta soltanto il problema di trovare i referenti «attuali» della disciplina giuridica, richiedendosi sempre, nella prospettiva giuridica, l’individuazione di persone fisiche e giuridiche attuali per gestire le situazioni giuridiche*”²⁰¹.

Secondo altri autori²⁰², invece, risulterebbe utile all’indagine prendere in considerazione anche la prospettiva del dovere. Secondo questa impostazione, che si ritiene la più corretta, le generazioni future, piuttosto che titolari di diritti sarebbero invece

¹⁹⁸ Cfr. S. Grassi, “*Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell’ambiente e sviluppo sostenibile*” cit., p. 177.

¹⁹⁹ Cfr. gli autori riportati da F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 156 nota 58.

²⁰⁰ Cfr. The Philippines Supreme Court, *Minor Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR)*, July 30, 1993, in *International Legal Materials*, 1994, p. 177. In dottrina cfr. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008, pag. 81; T. Scovazzi, *Le azioni delle generazioni future*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 1995, p. 153 e ss; F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 158.

²⁰¹ *Ibidem*. Per una posizione nettamente contraria alla configurazione dei diritti delle generazioni future come veri e propri diritti cfr. M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. Bifulco, A. D’Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., p. 423 e ss.

²⁰² Cfr. F. Fracchia, *op. ult. cit.*, p. 158; R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 139.

“oggetto” indiretto di protezione. Il principio dello sviluppo sostenibile presenterebbe allora quale finalità ultima la protezione delle generazioni future e andrebbe teoricamente inquadrato utilizzando la categoria del dovere, in quanto *“anche lo sviluppo sostenibile riflette il dovere dell’uomo concreto che agisce sul palcoscenico della storia nei confronti delle generazioni future”*²⁰³.

4. Il principio dello sviluppo sostenibile e la Costituzione

I numerosi e costanti riferimenti al principio dello sviluppo sostenibile hanno indotto la dottrina a riflettere sul rango che lo stesso possa ricoprire all’interno del sistema delle fonti del diritto, considerato che *“il preteso difetto di una sua «ricaduta» precettiva o giustiziabile non sarebbe comunque d’ostacolo al riconoscimento del principio nella sua valenza programmatica”*²⁰⁴.

All’interno della Costituzione italiana non compare alcun riferimento allo sviluppo sostenibile, a differenza di numerose Carte fondamentali, sia europee che extraeuropee, nelle quali la locuzione in oggetto è stata inserita a seguito di recenti interventi riformatori²⁰⁵. Si è discusso dell’opportunità di includere tale concetto nell’ambito di alcune proposte di modifica dell’art. 9 Cost.²⁰⁶, tuttavia è stata ritenuta prevalente la visione del principio dello sviluppo sostenibile quale espressione

²⁰³ Cfr. F. Fracchia, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell’arte*, cit., p. 17.

²⁰⁴ Cfr. D. Porena, *Il “rango” del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in www.federalismi.it, 27 luglio 2016, p. 4.

²⁰⁵ Cfr. M. Mancarella, *Il principio dello sviluppo sostenibile: tra politiche mondiali, diritto internazionale e Costituzioni nazionali*, consultabile in www.giuristiambientali.it/documenti/20061114_AM.pdf, p. 7. L’Autore, tra le Costituzioni dei Paesi europei, cita la Costituzione spagnola, tedesca, svizzera, portoghese, polacca e francese.

²⁰⁶ Cfr. L. Franzese, *Sviluppo sostenibile*, in P. Bellotti, M. Guiscardi, G. Mastromarino, S. Peluso, *Protezione dell’ambiente e sviluppo sostenibile tra diritto interno e diritto europeo*, Brescia-Taranto, 2017, p. 248.

riconducibile alla sfera della politica ambientale e dunque non idonea a rivestire un carattere normativo²⁰⁷.

In dottrina è stata prospettata la tesi secondo la quale l'esistenza implicita del principio dello sviluppo sostenibile sarebbe rinvenibile all'interno della Costituzione italiana mediante l'interpretazione degli artt. 2, 9, 32, 41 e 42 Cost. Tuttavia, procedendo in tale direzione, *“si sarebbe costretti ad utilizzare argomentazioni generiche ed ipotetiche che al test giurisprudenziale non reggerebbero il confronto con le interpretazioni costituzionali sin qui consolidate delle norme all'uopo richiamabili. La difficoltà di ricavare in via interpretativa il principio di «sviluppo sostenibile» dalle vigenti norme costituzionali non impedisce, però, di potere attribuire al principio stesso un ruolo in ogni caso fondamentale nell'ordinamento costituzionale italiano”*²⁰⁸.

La tecnica del bilanciamento infatti è uno strumento fondamentale utilizzato dal Giudice delle leggi, volto a garantire il raggiungimento di un punto di equilibrio nel caso si prospetti un conflitto tra valori costituzionalmente tutelati, un criterio guida per le decisioni politiche e giurisdizionali. Il principio dello sviluppo sostenibile non risulta estraneo a tale tecnica, ma anzi, come osservato dalla dottrina, *“riemerge con forza e s'impone proprio nella fase del bilanciamento come strumento per la risoluzione dei conflitti tra i valori coinvolti, e ciò perché intrinseca al concetto di «sviluppo sostenibile» è la ricerca della compatibilità tra sviluppo economico e tutela dell'ambiente e della salute umana”*²⁰⁹.

²⁰⁷ Cfr. M. Mancarella, *op. cit.*, p. 9.

²⁰⁸ Cfr. M. Mancarella, *op. cit.*, p. 10.

²⁰⁹ Inoltre l'autore precisa che *“peraltro, l'utilità del principio dello «sviluppo sostenibile», nella sua forma più specifica di «sviluppo qualitativo», ossia legato alla qualità della vita, come strumento di bilanciamento fra valori economici e ambientali, ha già avuto applicazione nella giurisprudenza costituzionale spagnola, e per questo motivo la Carta fondamentale iberica è stata definita «Costituzione dello Sviluppo Sostenibile»*”. Cfr. Mancarella, *op. cit.*, p. 10. Cfr. sul punto anche le osservazioni di R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, cit., p. 138 e P. Torretta, *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. Bifulco, A. D'Aloia (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., p. 699 e ss. In una prospettiva comparata, cfr. T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in DPCE, 1, 2016, p. 43 e ss. Il ruolo del giudice costituzionale è esaltato da Maestroni, il quale, da un lato, osserva criticamente che *“il Parlamento condizionato dagli interessi politici di breve periodo difficilmente si ricorda di favorire spontaneamente una produzione normativa il cui intento principale sia quello di assicurare ai nostri successori le medesime risorse biologiche”* e, dall'altro lato, ritiene necessaria

Il concetto di sviluppo sostenibile, implicherebbe quindi il perseguimento di un bilanciamento tra le istanze di tutela ambientale e quelle riconducibili allo sviluppo economico, nella dimensione diacronica della protezione degli interessi delle generazioni future. In tale ottica *“la questione relativa alle aspettative delle generazioni future, più che nell’ambito di autentiche posizioni giuridiche imputabili in capo alle stesse, sembra trovare più concreto svolgimento nelle stesse prospettive di durata della legislazione e, ancor più, nella «pretesa» alla durevolezza della Costituzione”*²¹⁰. Spostando l’accento dalla considerazione delle posizioni giuridiche che sarebbero o meno sussistenti in capo alle generazioni future, questa innovativa impostazione pone al centro la questione dell’impatto futuro degli interventi normativi posti in essere. Adottando tale chiave di lettura, *“i «diritti» delle future generazioni finirebbero dunque per essere naturalmente assorbiti nel quadro delle valutazioni del legislatore e, nondimeno, ben presenti nel quadro della prospettiva costituzionale”*²¹¹.

Tuttavia, anche sul piano costituzionale, si rileva che gli strumenti per il perseguimento dello sviluppo sostenibile risultano carenti sotto il profilo dell’effettività. Piuttosto, muovendosi dal piano sostanziale a quello procedurale, si ritiene opportuno l’inserimento di previsioni volte ad individuare procedimenti legislativi rinforzati idonei a garantire l’assunzione di decisioni politiche in grado di influire positivamente sulle possibilità delle future generazioni²¹².

una valorizzazione del ruolo della Corte costituzionale: *“la Consulta potrebbe contribuire a orientare, anche in assenza di una ulteriore revisione costituzionale, i pubblici poteri nella ricerca di strumenti in grado di assicurare un futuro dignitoso e vivibile”*. A. Maestroni, *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2012, p. 179.

²¹⁰ Cfr. D. Porena, *Il “rango” del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in www.federalismi.it, 27 luglio 2016, p. 4; Id., *Il principio di sostenibilità*, Torino, 2017.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² In tal senso, T. Groppi prende in considerazione lo svolgimento di un’analisi di impatto, che venga affidata ad un organismo specializzato. Tale strumento dovrebbe contenere specifiche conclusioni circa le decisioni da adottare, dalle quali il legislatore potrebbe discostarsi soltanto motivatamente. Cfr. T. Groppi, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, cit., p. 66.

5. La rilevanza del principio dello sviluppo sostenibile nelle scelte che coinvolgono le generazioni future

Qualsiasi forma di sviluppo economico presuppone l'impiego di energia, tuttavia, come noto, la produzione di quest'ultima, se proveniente da fonti fossili, genera un impatto sull'ambiente, ponendosi dunque in contrasto con la garanzia della sua tutela. Il ricorso all'energia derivante da fonti rinnovabili, rappresenterebbe, a prima vista, un bilanciamento tra le istanze di sviluppo economico e quelle di protezione ambientale, in attuazione del principio dello sviluppo sostenibile. Tuttavia, mentre alcune forme di energia rinnovabile risultano certamente compatibili con la protezione di talune risorse ambientali, allo stesso tempo possono però rivelarsi nocive con riferimento ad altri profili inerenti all'ambiente (ad esempio l'uso del territorio). Dunque la ricerca di un contemperamento tra le esigenze di sviluppo e quelle di compatibilità ambientale non risulta necessariamente esaudita mediante la produzione di energia proveniente da fonti rinnovabili, dato che lo sviluppo sostenibile fondamentalemente *“impone di non incidere sullo stock di risorse che l'attuale generazione ha avuto in custodia e che deve gestire anche a beneficio di quelle future”*²¹³. Occorre infatti prendere in considerazione tutti i

²¹³ Cfr. F. Fracchia, in Cartei (a cura di), *op. cit.*, p. 22. Con riferimento al complicato rapporto tra la produzione di energie rinnovabili, la protezione dell'ambiente e la tutela del paesaggio, un terreno di scontro tra i suddetti valori è rappresentato, come visto nel Capitolo 1, dalla produzione di energia proveniente da fonte eolica, la quale avviene generando un forte impatto sulla forma del Paese. La questione rinvia a un tema essenziale che deve essere affrontato anche valorizzando il principio dello sviluppo sostenibile, quello cioè della responsabilità di decidere in vista delle generazioni future, che pone in primo piano il ruolo dell'ente territoriale. Il legislatore ha tentato di favorire lo sviluppo della produzione di energie rinnovabili anche sotto il profilo del regime amministrativo, prevedendo all'interno del d lgs n. 28 del 2011 procedure semplificate, ma la situazione risulta ancora instabile, come dimostra il contrasto tra l'atteggiamento serbato dalla Corte di Giustizia sent. 21 luglio 2011, causa C-2710 che a condizione che vengano rispettati i principi di proporzionalità e di non discriminazione, ha ritenuto compatibile con la disciplina europea in materia di energie rinnovabili una regolamentazione nazionale più restrittiva, volta a vietare l'installazione di impianti sui siti della rete Natura 2000 in assenza di una previa valutazione di incidenza ambientale, e quello assunto dalla Corte costituzionale, la quale ha chiarito con la sentenza n. 192 del 2011 che *“la normativa internazionale, quella comunitaria e quella nazionale manifestano ampio favor per le fonti energetiche rinnovabili, nel senso di porre le condizioni per la massima diffusione dei relativi impianti”*.

molteplici interessi coinvolti, e spesso sovrapposti, che emergono nell'ambito della regolamentazione delle energie rinnovabili.

Come rilevato da Fracchia, con riferimento al fenomeno della produzione dell'energia da fonti rinnovabili il principio dello sviluppo sostenibile assumerebbe un ruolo determinante, in quanto *“potrebbe profilarsi come principio «cerniera» tra l'area dell'energia prodotta da fonti rinnovabili e quella della tutela dell'ambiente”*²¹⁴. Le due aree considerano come meritevoli di tutela valori diversi, quali la produzione di energia da fonti rinnovabili e la tutela dell'ambiente, potenzialmente confliggenti tra loro. Il principio dello sviluppo sostenibile potrebbe rappresentare il criterio guida per l'individuazione delle scelte strategiche da adottare in tale ambito, operando un contemperamento tra i valori suddetti.

Il settore delle energie rinnovabili rappresenta infatti un terreno sul quale si manifesta con sempre maggiore intensità l'esigenza di conseguire un delicato equilibrio tra le istanze di tutela ambientale e quelle connesse allo sviluppo economico. Tale opzione interpretativa confermerebbe la forza espansiva del principio, idoneo a rilevare allorché ci si trovi di fronte a questioni riguardanti l'adozione di scelte strategiche essenziali per le generazioni future, quali sono quelle attinenti all'energia.

Il ruolo che il principio dello sviluppo sostenibile è chiamato a svolgere risulta dunque essenziale in tale campo, dovendo questo trasformarsi in una sorta di *“canone generale da applicare laddove vengano in evidenza problemi – quali sono, appunto, quelli energetici – che coinvolgono le generazioni future”*²¹⁵. Il diritto infatti si pone al

²¹⁴ Cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. Cortese, F. Guella, G. Postal (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, p. 11.

²¹⁵ Cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. Cortese, F. Guella, G. Postal (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, p. 23. Analogamente S. Grassi valorizza il principio, configurandolo quale *“garanzia procedurale nell'elaborazione delle scelte e delle decisioni discrezionali sulla definizione dell'equilibrio ecologico e sulla indicazione delle prestazioni che l'uomo è in grado di ottenere dalla natura, conservandone le capacità di prestazioni future. Come tale, costituisce una applicazione del principio della tutela delle future generazioni. Ma non occorre riconoscere formalmente i diritti delle future generazioni a farsi rappresentare e ad agire in sede giurisdizionale [...] quanto riconoscere il diritto dei cittadini delle attuali generazioni a veder garantito il futuro delle risorse ambientali in una dimensione temporale più ampia di quella della loro vita. Si tratta di tutelare gli equilibri ambientali e la capacità di resilienza degli ecosistemi, in termini che consentano di scongiurare la perdita dei valori che l'intera*

servizio di etica e scienza, in quanto “*sopperisce ai loro limiti: anche a fronte dell’incertezza dei dati forniti dalla scienza, il diritto indica come decidere nell’ottica della responsabilità e procedimentalizzando le scelte; a fronte dell’incapacità dell’etica di imporre mutamenti significativi nella realtà, il diritto con la sua coerenza può appunto intervenire*”²¹⁶. Tuttavia, il principio in esame, seppur interpretato nel suddetto modo non può comunque condurre alla soluzione di problemi concreti, riducendo gli spazi della discrezionalità spettanti al decisore politico. In materia energetica, come si vedrà nel corso del presente lavoro, risulta necessaria la predisposizione di un quadro normativo certo e stabile, idoneo ad attrarre gli investimenti nel settore²¹⁷.

Umanità riconosce alla natura ed all’ambiente che la circonda: solo valutazioni e scelte partecipate potranno garantire un simile risultato”, cfr. S. Grassi, *op. ult. cit.*, p. 186.

²¹⁶ Cfr. F. Fracchia, *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell’arte*, cit., p. 22.

²¹⁷ Secondo l’autore: “*continua a essere un compito essenziale della politica, che quel diritto dovrebbe elaborare, quello di prendere seriamente in considerazione i problemi energetici, assumendo la responsabilità di fornire risposte giuridiche chiare e di definire strumenti certi, senza delegare ai giudici, che sono gli ultimi interpreti dei principi, il ruolo di assumere decisioni cruciali anche in vista degli interessi delle generazioni future*”. Cfr. F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, cit., p. 24.

Capitolo 3 – La produzione di energia da fonti rinnovabili nel mercato liberalizzato dell'energia elettrica

1. Tutela dell'ambiente e mercato

In questo capitolo sarà analizzato il quadro normativo del settore delle energie rinnovabili, fortemente caratterizzato dall'intersezione della disciplina europea con la disciplina nazionale. L'attività di produzione di energia da fonti rinnovabili, presa in considerazione nel presente lavoro, si svolge nell'ambito del mercato liberalizzato dell'energia elettrica, dunque in primo luogo si ritiene opportuno inquadrare brevemente i rapporti tra le politiche di tutela ambientale e l'attuazione di un mercato concorrenziale, per poi declinare tale tematica nel campo specifico delle fonti di energia rinnovabili.

In secondo luogo saranno approfonditi gli strumenti di regolazione e gli incentivi adottati dal legislatore italiano ai fini della promozione dell'energia verde, evidenziando le criticità che possono profilarsi in relazione all'operare di un mercato concorrenziale.

Fino agli anni Novanta del secolo scorso il mercato era inteso come un concetto che si poneva in netta contrapposizione rispetto alla tutela dell'ambiente, in quanto era ritenuto un meccanismo incapace di farsi carico delle c.d. esternalità negative connaturate ai processi produttivi che ricorrono allo sfruttamento di risorse naturali per l'approvvigionamento di materie prime²¹⁸. Infatti, a partire dalla prima

²¹⁸ Cfr. J. E. Stiglitz, *Economia del settore pubblico*, vol. I, Milano 2003, 220 e ss. Generalmente le risorse naturali si presentano come entità non appropriabili, come *public goods*, per cui il mercato non è in grado di esprimere un valore di scambio e, conseguentemente, non opera correttamente come meccanismo di allocazione ottimale delle risorse. Mentre in una prospettiva ideale di funzionamento del mercato, ogni produttore sopporta tutti i costi necessari per svolgere la sua attività, nel caso delle diseconomie ambientali il produttore non ha solo costi che vengono da lui sostenuti, ma vi sono anche costi esterni, ossia costi che, seppur vengono da lui provocati, sono sostanzialmente riversati sulle spalle di altri soggetti. Cfr. B. Pozzo, *Dall'economia neoclassica alla grande presa di coscienza del valore dei beni ambientali*, in B. Pozzo (a cura di), *Green economy e leve normative*, Milano, 2013, p. 10. Cfr. anche, per quanto riguarda la letteratura economica, M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Roma, 1993, p. 189; Gilda Serafini, *Economia della sostenibilità*, in C. A. Sirianni (a cura di), *Gestire l'ambiente*, Milano, 1999, p. 10 e ss.; P. Ranci, *Economia dell'energia*, Bologna, 2011.

industrializzazione, la società moderna ha impiegato gratuitamente le risorse naturali, come l'aria o l'acqua, ritenute di illimitata disponibilità, per produrre beni e servizi. Con riferimento a tali fattori naturali il mercato non esprime un valore di scambio idoneo ad indicarne la relativa scarsità e, conseguentemente, il costo di queste risorse non è computato nel costo finale del prodotto, dando luogo ad un fenomeno di divergenza tra costo privato e costo sociale, secondo cui alcuni costi dell'attiva produttiva, che dovrebbero essere sostenuti dai produttori in quanto costi privati, ricadano sulla collettività come costi sociali. La progressiva emersione dell'interesse ambientale ha comportato il riconoscimento del valore dell'ambiente anche dal punto di vista economico e la variabile ambientale è stata ricompresa tra quelle che indicano il benessere socio-economico di un Paese, superando definitivamente l'idea che la tutela ambientale sia soltanto un costo aggiuntivo per la collettività.

In tale contesto può individuarsi una prima fase nella quale gli Stati hanno sviluppato politiche ambientali avvalendosi degli strumenti tradizionali di *command and control*, ricorrendo dunque a strumenti autoritativi²¹⁹.

Una seconda fase si è profilata a partire dagli anni Novanta, in seguito all'emergere dei limiti di una regolazione pubblica improntata a meccanismi rigidi di *command and control*, e risulta caratterizzata dalla maturazione della consapevolezza che la politica di concorrenza e le politiche ambientali possono essere adottate in modo da sostenersi e rafforzarsi reciprocamente. Tale nuova prospettiva guarda ai rapporti tra mercato e ambiente non più in termini di opposizione: da un lato, un mercato più efficiente e concorrenziale può costituire uno strumento per perseguire obiettivi di protezione ambientale, mentre, dall'altro lato, una politica ambientale condotta attraverso l'adozione di strumenti di mercato ben congegnati può ridurre al minimo rischio di

²¹⁹ Sulla limitata efficacia degli strumenti di *command and control* per trattare i problemi ambientali nel loro complesso cfr. M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., pp. 336-340, M. Bagliani, E. Dansero, *Politiche per l'ambiente: dalla natura al territorio*, Torino, 2011, p. 250; S. Nespore, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2003, pag. 962 – 973; V. Jacometti, *Incentivi economici a tutela dell'ambiente: le nuove "leve" verdi*, in B. Pozzo (a cura di), *Green economy e leve normative*, cit., p. 65.

distorsioni della concorrenza. Durante questa seconda fase, a livello nazionale, comunitario e internazionale sono state sperimentate modalità di intervento coerenti con l'idea che ambiente e mercato possano costituire due nozioni complementari²²⁰. La realtà di mercato viene dunque considerata come una dimensione idonea a ricomprendere un'ampia gamma di valori fondamentali, tra i quali l'ambiente, che trovano espressione al suo interno, avvalendosi di contingenti meccanismi allocativi e decisionali²²¹.

In particolare, le politiche ambientali attuate con strumenti più flessibili rispetto a quelli tradizionali di *command and control* sono state elaborate ed applicate fin dal 1990 negli Stati Uniti, anno in cui una modifica legislativa al *Clean Air Act* introdusse un sistema di negoziazione dei diritti di inquinamento correlati alle emissioni solforose (SO₂). In Italia questi modelli sono stati sperimentati dalla fine degli anni Novanta e riguardano principalmente il settore dell'energia elettrica, nel quale, come si vedrà nel presente del capitolo, un articolato intervento di regolazione ha creato i mercati dei diritti di inquinamento relativi alle quote di emissione dei gas a effetto serra, dei certificati verdi, rappresentativi di quantità di energia prodotta da fonti rinnovabili, e dei certificati bianchi, rappresentativi dei titoli di efficienza energetica²²².

La grave crisi economica verificatasi nell'ultimo decennio ha influito sulla concezione stessa del mercato e ha valorizzato la sua relazione con il concetto di sviluppo sostenibile²²³. Appare più che mai stringente la necessità di perseguire uno sviluppo che sia sostenibile e in linea con le regole di mercato, *“anche nel contesto di un sistema concorrenziale di prodotti, capitali, credito e lavoro, ove non si determinino situazioni*

²²⁰ M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, *Diritto pubblico*, 1, 2007, 221. Per una sintesi sulla tutela dell'ambiente attraverso gli strumenti di mercato, cfr. A. Massera (a cura di), *Diritto amministrativo e ambiente: materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra scienze istituzioni e diritto*, Napoli, 2011, pp. 79-87.

²²¹ Cfr. G. Oppo, *Principi*, Torino, 2001, p. 46.

²²² Clarich, *op. cit.*, 2007, p. 222.

²²³ Cfr. Fracchia, *op. ult. cit.*, lo sviluppo sostenibile pone in luce i limiti del mercato. Già in un momento precedente il verificarsi la crisi G. Oppo, ricordando che la logica di mercato deve essere rispettosa del criterio dell'utilità sociale, sottolineava che gli elementi integratori della nozione di mercato non possono prescindere dall'esigenza di socialità e di solidarietà nei rapporti interni ed esterni alle imprese, valorizzandone la prospettiva diacronica. Cfr. G. Oppo, *Principi*, Torino, 2001, p. 46.

e/o condotte che ne alterino il corretto funzionamento, deve essere garantita la presenza di principi ordinatori a presidio delle esigenze essenziali dell'umanità"²²⁴. Come posto in evidenza dalla dottrina, risulta centrale l'adozione del modello democratico per garantire un'adeguata protezione degli interessi della collettività ed assicurare la compatibilità tra la realizzazione di forme di sviluppo sostenibile e l'operare delle regole concorrenziali. *"È il principio di legittimazione politica, sotteso alla formula democratica, ad assicurare la riconducibilità delle scelte (economiche) a principi d'uguaglianza, quali s'individuano nell'incontro tra la pressione deontologica dell'ideale ed i vincoli della realtà fattuale"*²²⁵. Modello organizzativo dell'economia e forma di governo risultano dunque strettamente connessi. La forma governo che trae la propria legittimazione dal consenso popolare, considerando l'insieme dei diritti e dei doveri degli appartenenti alla collettività e presupponendo l'assunzione della responsabilità politica nelle decisioni adottate, si pone quale necessario presupposto per l'adozione di scelte programmatiche volte ad elaborare soluzioni alle sempre più pressanti istanze solidaristiche, muovendo dalla logica del presente a quella del perseguimento del benessere delle generazioni future.

Lo sviluppo sostenibile rappresenta ormai uno dei principi fondanti della costituzione economica degli Stati moderni²²⁶. Per quanto riguarda l'Italia, tale principio può essere ricondotto a quelle disposizioni della Costituzione italiana nelle quali viene esaltato il riconoscimento della funzione sociale accanto alla tutela di altri valori. In tal senso, lo sviluppo sostenibile può essere letto come centralità della solidarietà, quale criterio ordinatore nell'avvio di attività che assolvono a una funzione sociale. Esso conferisce concretezza ai contenuti dei doveri fondamentali sanciti nell'art. 2 Cost. e garantisce che il connubio tra logica di mercato e tecnologia moderna non si espliciti a

²²⁴ Cfr. F. Capriglione, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010, p. 64.

²²⁵ Cfr. F. Capriglione, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, cit., p. 65.

²²⁶ *Ibidem*.

danno delle condizioni ambientali necessarie ad assicurare la sopravvivenza della specie umana²²⁷.

A partire da questo processo di valorizzazione del concetto dello sviluppo sostenibile è possibile scorgere il profilarsi di una innovativa tendenza. Il processo economico non risulta più indifferente rispetto alla preservazione del patrimonio comune e considera quali beneficiari dei suoi vantaggi anche quei soggetti estranei alle vicende produttive (*in primis* le generazioni future), allo scopo di realizzare una più equa distribuzione dei beni di natura e a garantire l'integrità dell'ecosistema, continuando però ad avvalersi delle regole concorrenziali, idonee a preservare la libera competizione²²⁸.

2. La promozione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili. Considerazioni preliminari

In linea con la suddetta evoluzione, il legislatore europeo, con specifico riferimento alla promozione dell'energia da fonti rinnovabili, fra le possibili tipologie di intervento volte a perseguire politiche di tutela ambientale non ha ritenuto adeguato il ricorso esclusivo a poteri e strumenti di *command and control*. È risultato preferibile ricorrere all'introduzione di strumenti di mercato, come l'erogazione di incentivi o lo scambio di certificati rappresentativi di quantitativi di produzione, indirizzati e supportati dall'esercizio del potere pubblico.

²²⁷ Cfr. F. Capriglione, *op. cit.*, p. 67. L'autore si riferisce in particolare agli articoli artt. 2, 9, 32, 41 Cost.

²²⁸ La dottrina ritiene ormai superata la separazione tra etica e economia, in quanto tale assetto non risulta più in grado di far fronte alle istanze riguardanti le modalità di gestione di una sana economia. Entrambe le richiamate discipline necessitano di integrare vicendevolmente le loro rispettive problematiche, nell'esigenza di realizzazione di una economia che sia etica e di un'etica che sia economica. Cfr. in questo senso F. Capriglione, *op. cit.*, p. 67. Cfr. anche le considerazioni svolte da O. Roselli, *Relazione introduttiva. "Fondamentali" economico-sociali e trasformazione della dimensione giuridica*, in R. Bifulco, O. Roselli (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, 2013, pag. 3-12.

Il fondamento giuridico di tali strumenti è da individuarsi nella politica energetica europea, disciplinata dall'art. 194 TFUE, che ricollega alla produzione di energia da fonti rinnovabili dei vantaggi (cd. esternalità positive) per la protezione dell'ambiente non monetizzabili e non conseguibili dal mercato in assenza di correttivi pubblici, come la stabilizzazione della concentrazione dei gas ad effetto serra nell'atmosfera, la sicurezza dell'approvvigionamento, la riduzione della dipendenza degli Stati europei dall'importazione di idrocarburi. Tali vantaggi potrebbero essere qualificati come i fini ultimi dell'incentivazione, ossia i fini a cui è diretta, a sua volta, l'attività economica (fine immediato) il cui svolgimento è promosso dall'erogazione di incentivi²²⁹.

Il legislatore europeo ha introdotto un'azione di promozione dell'energia prodotta dai fonti rinnovabili contemporaneamente all'avvio del processo di liberalizzazione del settore energetico, definendone il quadro normativo, prima con l'adozione della direttiva 2001/77/CE²³⁰, poi con l'entrata in vigore della direttiva 2009/28/CE²³¹. Tali direttive definiscono il quadro normativo generale di promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili e affidano agli Stati membri la predisposizione e la scelta dei meccanismi nazionali di incentivazione²³².

²²⁹ Cfr. M. Cocconi, *La regolazione dell'energia rinnovabile*, in www.amministrazioneincammino.it, 2014, 2. Per una ricostruzione dell'evoluzione dell'intervento comunitario nel settore energetico cfr. S. Quadri, *Energia sostenibile*, Torino, 2012 e G. Napolitano, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in www.federalismi.it, n. 4, 2012; A. Candido, *Verso il mercato interno dell'energia: le reti energetiche europee*, in C. Buzzacchi (a cura di) *L'Europa a rete*, Milano, 2011, p. 93 e ss. Le due grandi questioni intorno alle quali si è incentrata la politica energetica europea sono la sicurezza energetica e lo sviluppo sostenibile. Gli obiettivi di sviluppo economico, lotta al cambiamento climatico e sviluppo sostenibile devono essere considerati come interdipendenti e devono essere ripensati nella prospettiva di una crescita sostenibile, secondo quanto previsto dalla Comunicazione della Commissione *Europa 2020*. Cfr. la Comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 COM(2010) 2020, *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva* e A. Canepa, *La strategia europea per l'energia: mercato integrato, status prioritario dei progetti per le infrastrutture energetiche ed efficienza energetica*, in C. Buzzacchi (a cura di) *Il mercato dei servizi in Europa*, Milano, 2014, p. 142.

²³⁰ Direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001 sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

²³¹ Direttiva 2009/28/CE del Parlamento e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

²³² Cfr. 25 considerando dir. 2009/28/CE.

Il ricorso a questi strumenti di sostegno è stato concepito dalla disciplina europea come necessario e, al tempo stesso, come provvisorio. Gli incentivi si renderanno dunque necessari soltanto finché lo sviluppo delle tecnologie per la generazione di energia da fonti rinnovabili e delle infrastrutture di rete comporterà una diminuzione dei costi per la produzione di tali forme di energia e le renderà competitive con le altre. Tale riduzione dei costi dovrebbe consentire il raggiungimento della cd. *grid parity*, ovvero l'equiparazione fra i costi d'investimento per l'installazione di impianti di energia rinnovabile e quelli previsti per altre forme di generazione elettrica. La temporaneità è data dal carattere normalmente derogatorio delle discipline di incentivazione rispetto al funzionamento del mercato secondo una logica concorrenziale. Gli Stati membri devono dunque garantire che gli interventi di sostegno alla produzione di energia rinnovabile siano conformi all'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto sia necessario per raggiungerlo, nella rigorosa applicazione del principio di proporzionalità, disponendone l'immediata cessazione una volta conseguiti i risultati voluti dal legislatore europeo e la produzione di fonti rinnovabili risulti effettivamente conveniente per gli operatori economici²³³. La cessazione dell'intervento pubblico incentivante è dunque necessaria una volta raggiunti i fini sociali che, ai sensi dell'art. 41 Cost., legittimano l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica privata anche in un settore liberalizzato, in quanto la sua prosecuzione risulterebbe distorsiva del funzionamento del mercato europeo integrato dell'energia elettrica e violerebbe la disciplina europea sugli aiuti di Stato²³⁴.

²³³ Cfr. M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 18 maggio 2014, p. 6.

²³⁴ Cfr. M. Cocconi, *Ibidem*. La disciplina degli aiuti di Stato è volta a contemperare gli obiettivi di realizzazione di mercati concorrenziali con il perseguimento di un livello adeguato di tutela degli interessi dei soggetti economici coinvolti e della collettività nel suo complesso. I mercati concorrenziali infatti non sempre includono la tutela di valori riconosciuti dall'ordinamento. La Corte di Giustizia ha finora considerato compatibili con i principi del mercato comune e della libera concorrenza le misure di sostegno alle energie rinnovabili in ragione degli obiettivi di tutela ambientale. Cfr. Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020*, 2014/C, in GUUE del 28 giugno 2014. Sulla compatibilità dei regimi di sostegno nazionali alla produzione di energia rinnovabile con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato, cfr. T. M. Moschetta, *I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione europea*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2015, p. 103 ss. (94-122). Sul divieto di aiuti di stato cfr. anche G. Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto*

Occorre infine precisare che, come rilevato anche dalla stessa disciplina europea²³⁵, l'efficacia complessiva delle politiche di promozione non si esaurisce nell'introduzione di regimi d'incentivazione, ma investe la qualità della legislazione, la semplificazione dei procedimenti amministrativi, l'adeguamento della rete nazionale di distribuzione e, infine, i possibili ostacoli alla localizzazione degli impianti sul territorio²³⁶. Oltre alla predisposizione di regimi di sostegno alla produzione di energia rinnovabile, risulta quindi necessario agire su più fronti, sia quello della disciplina normativa sia quello dell'efficienza del sistema amministrativo. Accanto all'adozione di strumenti di mercato riveste un ruolo centrale il quadro normativo nell'ambito del quale tali strumenti devono essere adottati e definiti. L'utilizzo di strumenti economici, infatti, è concepito dal legislatore a stretto supporto della disciplina normativa che li introduce e ne contempla le finalità.

I singoli Stati membri, al fine di conseguire gli obiettivi europei di aumento della percentuale del consumo finale di energia da fonti rinnovabili previsti dalla direttiva 2009/28/CE e al fine di rispettare gli obblighi internazionali di riduzione delle emissioni nocive discendenti dal rispetto del Protocollo di Kyoto del 1997, si sono dotati di regimi nazionali di incentivazione. Il recepimento, nel nostro Paese, della dir. 28/2009/CE è stato affidato al d.lgs. n. 28/2011 che, al Titolo V, traccia il quadro in cui dovrà avvenire il riordino dei regimi d'incentivazione attraverso la *“predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei*

comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese, in *Riv. it. Dir. pubbl. Comunitario*, 1993, p. 399 ss.

²³⁵ Le disposizioni delle direttive in materia investono anche ulteriori profili, come la semplificazione dei procedimenti amministrativi e l'adeguamento della rete nazionale di distribuzione.

²³⁶ Cfr. M. Cocconi, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1-2, 2012, p. 29. Gli ostacoli allo sviluppo in Italia della produzione di energia da fonti rinnovabili sono stati ricondotti a fattori di tipo ordinamentale, strutturale, sociale ed economico, tra i quali si annoverano l'iniziale assenza di una pianificazione energetica, un sistema burocratico di procedure autorizzative inefficiente, le diffuse carenze infrastrutturali, le difficoltà di accesso al credito bancario per gli operatori, la cd. sindrome NIMBY (resistenza che le autorità e le comunità locali a volte oppongono alla realizzazione di impianti, a causa della disinformazione e della percezione non corretta dei benefici connessi con la promozione delle energie rinnovabili). Cfr. B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, Milano, 2009.

sistemi di incentivazione” e, soprattutto, “la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori”²³⁷.

In conclusione, indagando la relazione intercorrente fra gli strumenti di mercato adottati e la disciplina legislativa in materia di promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili, si nota che questa si configura come una stretta sinergia che valorizza l'utilizzo congiunto di entrambi i fattori, senza ridimensionare il ruolo della disciplina ambientale. Il soddisfacimento dell'interesse pubblico viene affidato a strumenti privatistici, ma le dinamiche del mercato restano supportate e regolate da interventi pubblici di notevole portata²³⁸.

3. Le fonti di energia rinnovabili e l'Unione europea

In questa sede si intende ripercorrere brevemente le tappe che hanno condotto alla creazione del mercato unico europeo dell'energia elettrica al fine di un migliore inquadramento della tematica della promozione dell'energia da fonti rinnovabili. Tale tematica si pone in una dimensione multilivello di regolazione, traducendosi, dal punto di vista giuridico, in un insieme di norme concatenate che, originandosi nella dimensione internazionale, si sviluppano negli interventi europei (direttive) per trovare una puntuale definizione mediante la regolazione statale e regionale.

²³⁷ Cfr. art. 23 del d.lgs. 28/2011.

²³⁸ Cfr. M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit., p. 4. Secondo l'autrice non risulta in atto una recessività della disciplina ambientale diretta al raggiungimento dell'interesse pubblico ma, piuttosto, si riscontra una sua espansione diretta a definire i vincoli a cui è soggetto il funzionamento degli strumenti di mercato e i fini che questi devono ottenere, nella prospettiva di un rinnovamento profondo del diritto amministrativo e delle sue modalità d'azione, che supporta ma non sostituisce gli strumenti privatistici.

3.1 La realizzazione del mercato unico europeo dell'energia elettrica

La politica energetica dell'Unione europea fin dal 1994²³⁹ si è incentrata su tre priorità: la promozione dello sviluppo sostenibile, la diversificazione delle fonti di energia e la tutela dell'ambiente²⁴⁰. A livello europeo si è dunque riscontrata una particolare sensibilità nell'esaltare la stretta relazione esistente tra politica energetica, cambiamenti climatici e protezione ambientale. Nonostante la mancanza di una chiara competenza nei Trattati in materia di energia²⁴¹, nel corso degli anni l'Unione Europea ha interpretato un ruolo di guida nell'elaborazione di una politica energetica all'avanguardia, supportata da numerosi documenti programmatici e una corposa normativa di settore.

Lo scopo perseguito dalla Direttiva per la liberalizzazione del mercato dell'elettricità²⁴², adottata nel 1996, era quello di instaurare un mercato unico dell'elettricità di tipo concorrenziale, mediante la liberalizzazione degli scambi, per assicurare una migliore garanzia della tutela del consumatore²⁴³. Inoltre, la creazione di

²³⁹ Anno in cui è stato adottato il Libro Bianco della Commissione "*Crescita, Una politica energetica per l'Unione europea*", nel quale sono delineati gli orientamenti delle politiche energetiche tenendo in considerazione la tutela ambientale.

²⁴⁰ Cfr. B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, Milano, 2009, p. 12.

²⁴¹ Infatti nel Trattato istitutivo della Comunità europea, firmato a Roma nel 1957, non compare alcun articolo riguardante l'energia. Soltanto nel dicembre 2007, con il Trattato di Lisbona, viene introdotta una norma riguardante l'energia. Tale Trattato, come noto, ha modificato il Trattato sull'Unione europea e il Trattato sulla Comunità europea, denominando quest'ultimo "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea". Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea è stato dunque inserito, con l'art. 194, il Nuovo Titolo XXI dedicato all'energia. Alla lettera c) del par. 1 dell'art. 194 TFUE compare il riferimento esplicito alla politica dell'Unione europea nel settore dell'energia, prevedendo che tale politica è volta a "*promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili*".

²⁴² Direttiva n.1996/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

²⁴³ La politica di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale, tra i quali si annovera l'energia, è finalizzata solo in via mediata all'instaurazione di un mercato concorrenziale, che si pone come

un mercato dell'energia elettrica concorrenziale avrebbe contribuito ad aumentare l'efficienza della generazione, la trasmissione e la distribuzione di tale prodotto, rafforzando nel contempo la sicurezza dell'approvvigionamento e la competitività dell'economia europea²⁴⁴.

Coerentemente con gli obiettivi di protezione dell'ambiente, la direttiva prevedeva la garanzia della priorità alla generazione di energia elettrica da fonti rinnovabili²⁴⁵ e l'obbligo, che doveva essere imposto dagli Stati membri, di dare la precedenza, nelle operazioni di dispacciamento, all'elettricità ricavata dalle fonti rinnovabili, da rifiuti o all'energia elettrica termica²⁴⁶. Tuttavia, mentre da un lato la realizzazione di un mercato interno dell'energia elettrica e del gas presentava risvolti positivi anche con riferimento alla tutela ambientale, dall'altro lato si temeva che il calo

obiettivo strumentale rispetto a due ulteriori valori finali: il pieno dispiegarsi della libertà economica privata e il benessere dei consumatori utenti, ai quali verrebbero assicurati servizi di qualità migliore e a prezzi inferiori. Cfr. CGUE, 27 novembre 2003, in C-34 e 38/01, nonché Corte cost., sent. 13 gennaio 2004, n. 14. Come osservato dalla dottrina, entrambi gli obiettivi finali della liberalizzazione non sono affidati alla liberalizzazione stessa, bensì alla regolazione, cioè un insieme di disposizioni di diritto pubblico volte a tutelare soggetti, come i *new comers* o gli utenti, che altrimenti sarebbero privi di protezione adeguata. Dunque, le misure di regolazione proconcorrenziale, disciplinando in maniera differente gli operatori economici a seconda del loro potere di mercato, si pongono in contraddizione con il regime di uguaglianza formale di tutti gli operatori economici previsto dalla liberalizzazione. Per tale motivo le misure di regolazione sono considerate necessarie per l'instaurazione di un regime di effettiva concorrenza, processo da realizzare limitando gradualmente il potere di mercato degli operatori dominanti, ma sono altresì misure eccezionali, sottoposte a uno stretto controllo di proporzionalità. La concorrenza ha una complessa relazione con la libertà economica, perché, per un verso ne costituisce un profilo, nel senso che ogni singolo operatore ha interesse a entrare in un mercato, per l'altro ne costituisce un limite, nel senso che si contrappone all'interesse a escludere gli altri competitori vantato da chi su quel mercato è un *incumbent*. Con riferimento al profilo della tutela degli utenti, la liberalizzazione dei servizi di interesse generale deve essere sempre accompagnata da “*misure di tutela dell'interesse generale, in particolare per garantire, con il concetto di servizio universale, l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificata ad un prezzo abbordabile*” cfr. Commissione europea, Libro Verde sui servizi di interesse generale, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def., par. 5. La regolazione non costituisce dunque una violazione del principio di libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., in quanto tale libertà va esercitata con le limitazioni derivanti dalla funzione sociale cui essa deve essere indirizzata. Per una analisi delle liberalizzazioni dei servizi di interesse economico generale cfr. M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2012, p. 507-528.(510-512); E. Bruti Liberati, *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2012, p. 529 ss.

²⁴⁴ Cfr. Considerando n. 2 direttiva 1996/92/CE.

²⁴⁵ Cfr. Considerando n. 28 della direttiva 1996/92/CE.

²⁴⁶ Cfr. art. 8, par. 3, e art. 11, par. 3, della direttiva 1996/92/CE.

dei prezzi dell'energia che ne sarebbe derivato potesse incoraggiarne un uso meno efficiente, producendo effetti negativi anche sullo sviluppo di tecnologie eco-compatibili in materia di fonti rinnovabili²⁴⁷. In considerazione di ciò, la Commissione ha ritenuto quindi opportuna l'introduzione di correttivi agli strumenti tipici di mercato. Per ovviare a tali inconvenienti le direttive elettricità e gas lasciavano dunque liberi gli Stati membri di prevedere l'introduzione di obblighi di servizio pubblico volti a tutelare l'ambiente, articolando le tariffe in modo da incoraggiare un uso efficiente dell'energia²⁴⁸.

Nonostante i vantaggi in termini di maggior efficienza, di riduzione dei prezzi accompagnati da livelli più elevati di servizio e di maggiore competitività, permanevano però rilevanti inefficienze. Gli ostacoli principali per rendere il mercato interno pienamente operativo attenevano alle questioni dell'accesso alla rete e ai vari gradi di apertura del mercato nei singoli stati membri. In particolare, l'indipendenza del gestore della rete di trasmissione era considerata essenziale per garantire un accesso non discriminatorio alla rete di distribuzione. Vengono dunque introdotti obblighi di separazione per i gestori della rete di trasmissione e di distribuzione del gas e dell'energia elettrica, imponendo la loro separazione in entità giuridiche distinte.

Inoltre la pubblicazione e la regolazione di tariffe trasparenti, prevedibili e non discriminatorie da applicare a tutti gli utenti, comprese le imprese appartenenti al gruppo a cui fa capo il gestore della rete di trasmissione, erano ritenute ulteriori aspetti imprescindibili per garantire l'effettiva apertura del mercato concorrenziale. Tali tariffe potevano essere articolate in classi di utenza obiettivamente definite, evitando discriminazioni²⁴⁹. A tal fine viene disposta l'istituzione di Autorità nazionali

²⁴⁷ Nel Libro Verde sulla sicurezza dell'approvvigionamento COM(2000) 769, p. 71, si rilevava che la piena concorrenza avrebbe potuto creare una situazione in cui l'elettricità tratta da fonti rinnovabili meno sviluppate sarebbe risultata meno conveniente, contribuendo a ridurre lo sviluppo verso una combinazione più pulita di combustibili usati nella produzione dell'elettricità. Quindi si sottolineava l'importanza di un continuo monitoraggio degli effetti dell'apertura del mercato per l'ambiente.

²⁴⁸ Cfr. art. 3 delle direttive in esame.

²⁴⁹ Viene stabilito che gli Stati membri e le autorità nazionali di regolazione garantiscano che i gestori della rete di trasmissione e di distribuzione diano seguito alle domande di accesso entro un periodo di tempo ragionevole (massimo due settimane). Essi devono altresì garantire che i gestori della rete di trasmissione e di distribuzione non pongano alle imprese che chiedono l'accesso alla rete domande relative alla fonte di

indipendenti di regolazione, alle quali viene conferito il compito di garantire un accesso non discriminatorio alla rete e viene attribuita la competenza a stabilire o approvare le tariffe di trasmissione e di distribuzione dell'elettricità e del gas liquefatto (GNL) prima della loro entrata in vigore. Tali autorità devono garantire che le condizioni e le tariffe di connessione dei nuovi produttori di elettricità siano *“obiettive, trasparenti e non discriminatorie, tenendo pienamente conto dei vantaggi delle diverse tecnologie basate sulle fonti energetiche rinnovabili, della generazione distribuita e della produzione combinata di calore ed elettricità”*²⁵⁰.

Le Autorità di regolamentazione vengono dunque ideate come organismi pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria elettrica, a cui viene demandato il controllo costante del mercato per assicurarne l'effettiva concorrenza e l'efficace funzionamento.

Per quanto riguarda un altro presupposto della realizzazione del mercato unico dell'energia, ossia la libertà di scelta del fornitore da parte dell'utente, la Commissione ha ritenuto opportuno pervenire al completamento del mercato interno dell'energia in modo graduale. In tal modo, il settore avrebbe potuto adattarsi e garantire un'adeguata protezione degli interessi dei consumatori finali di energia, assicurando loro l'esercizio di un effettivo diritto di scelta del fornitore.

Nella proposta di modifica delle direttive sull'energia e sul gas del 2002 vengono introdotti obblighi di servizio pubblico riguardanti la promozione di fonti energetiche rinnovabili²⁵¹. In particolare, per garantire la connessione alla rete di tutti gli impianti di produzione a costi non discriminatori, la Commissione riteneva opportuno tenere in

energia, alla sua destinazione e al successivo percorso che non siano necessarie per adempiere alle loro responsabilità in relazione all'esercizio della rete.

²⁵⁰ Cfr. B. Pozzo, *Le politiche energetiche comunitarie*, cit., p. 21.

²⁵¹ Cfr. art. 3 par. 8 direttiva elettricità; art. 3 par. 2 direttiva sul gas. Cfr. art. 22 proposta modificata di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modificazione delle direttive 1996/92/CE e 1998/30/CE relative alle norme per i mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale in GU 227E/2002 p. 393.

debita considerazione le caratteristiche specifiche, i costi e i benefici della connessione alla rete di produttori di energie rinnovabili e cogenerazione.

Nel 2003 vengono adottate due nuove direttive per accelerare la liberalizzazione, che abrogano le due precedenti. La nuova direttiva 2003/54/CE fa proprio l'approccio della Commissione nei confronti delle energie rinnovabili, stabilendo che lo Stato membro possa imporre al gestore del sistema che effettua il dispacciamento l'obbligo di dare la precedenza agli impianti di generazione che impiegano fonti energetiche rinnovabili o rifiuti, o che assicurino la produzione mista di calore e energia elettrica²⁵². Parallelamente si prevede che lo Stato membro possa imporre al gestore del sistema di distribuzione che effettua il dispacciamento degli impianti di generazione l'obbligo di dare la precedenza agli impianti di generazione che impiegano fonti energetiche rinnovabili, o rifiuti, o che assicurino la produzione mista di calore e energia elettrica²⁵³.

Nonostante un iniziale periodo positivo, l'operare di un mercato concorrenziale risulta ancora ostacolato a causa della presenza di barriere all'ingresso, dall'uso inadeguato delle infrastrutture esistenti e da una insufficiente interconnessione delle reti elettriche tra molti Stati membri con conseguenti fenomeni di congestione alle frontiere²⁵⁴. Come precedentemente rilevato, per evitare che la liberalizzazione dei mercati elettrici contrastasse lo sviluppo dell'energia da fonti di energia rinnovabili, la normativa comunitaria ha predisposto dei correttivi che ne assicurassero la convenienza. Una tappa fondamentale nell'accrescimento dell'importanza delle finalità ambientali e della sostenibilità nell'ambito della politica energetica comunitaria, con conseguente esaltazione del ruolo delle energie rinnovabili, è stata segnata dalla firma del protocollo di Kyoto²⁵⁵.

²⁵² Cfr. art. 11 direttiva 2003/54/CE.

²⁵³ Cfr. art. 14 direttiva 2003/54/CE.

²⁵⁴ Cfr. B. Pozzo, *Le politiche energetiche comunitarie*, cit., p. 23.

²⁵⁵ Il Protocollo di Kyoto, aperto alla firma il 16 marzo 1998, risulterà essere la pietra angolare per ogni successivo sviluppo del settore energetico nella normativa europea. Cfr. B. Pozzo, *Ibidem*.

3.2 Gli interventi normativi dell'Unione europea per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili

Con l'adozione del Libro Verde sulle energie rinnovabili, avvenuta il 20 novembre 1996, le istituzioni comunitarie iniziano a manifestare interesse per le fonti di energia rinnovabili, tema che ancora non risultava al centro delle agende europee.

In seguito al Libro Verde veniva adottato il Libro Bianco della Commissione *Energia per il futuro: le fonti energetiche rinnovabili*²⁵⁶, che individuava nell'eolico, nel solare e nelle biomasse le energie su cui concentrare gli sforzi, prevedendo azioni per lo sviluppo del settore²⁵⁷. In tale documento la Commissione fissava l'obiettivo di raddoppiare la quota delle energie rinnovabili nel consumo globale di energia dal 6% al 12% entro il 2010. Nel conseguire tale obiettivo occorreva tenere in considerazione le specificità proprie delle singole fonti rinnovabili, (idroelettrica, biomassa, eolica, solare, geotermica), caratterizzate da scenari di crescita differenti. L'Unione europea dunque inizia a prendere in considerazione il potenziale delle energie rinnovabili e tenta di integrarle nello sviluppo delle politiche comunitarie di altri settori.

Per quanto riguarda le politiche in campo ambientale, nel Quinto programma di azione a favore dell'ambiente²⁵⁸ vengono introdotte specifiche misure di sostegno alle energie rinnovabili, compresi gli incentivi fiscali.

²⁵⁶ Libro Bianco del 1997 *“Energia per il futuro: le fonti energetiche rinnovabili”*. Libro Bianco per una strategia e un piano di azione della Comunità. Com (97) 599 def.

²⁵⁷ In tale documento la Commissione riconosceva che in assenza di iniziative coordinate dell'Unione, le energie rinnovabili sarebbero emerse solo lentamente dagli attuali mercati di nicchia, per diventare pienamente competitive in termini di costo verso il 2020, mentre la piena penetrazione di mercato si sarebbe fatta probabilmente attendere ancora per anni. Diffusamente B. Pozzo, *Le politiche energetiche comunitarie*, cit., p. 27 ss. Il Libro Bianco era accompagnato dal Piano di azione della Comunità sulle fonti energetiche e dalla Comunicazione dello stesso anno concernente *“La dimensione energetica del cambiamento climatico”* Com (97) 196 def., recante specifiche misure a favore delle fonti di energia rinnovabili ivi identificate.

²⁵⁸ *“Per uno sviluppo durevole e sostenibile”* COM (92) 233 def.

Con riferimento alle politiche sulla concorrenza e gli aiuti di Stato, la Commissione, individuata la necessità di ridurre i costi di produzione per l'energia da fonti rinnovabili al fine di renderla più competitiva con le altre forme di energia, intendeva conseguire tale obiettivo avvalendosi di formule che lasciassero agire le forze di mercato. Dunque, l'organo di governo europeo autorizzava gli aiuti di Stato a favore delle rinnovabili sulla base delle deroghe all'art. 92 del Trattato in materia di libera concorrenza, nonostante l'applicazione di tali deroghe fosse consentita solo per un tempo limitato e dietro approvazione del Consiglio. La Commissione, in tale ambito, ricorreva ai principi contenuti nella "*Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente*"²⁵⁹, secondo i quali devono ritenersi ammissibili quegli aiuti i cui effetti positivi sull'ambiente superano quelli di distorsione della concorrenza.

Un altro importante documento da annoverare tra quelli che hanno previsto misure di sostegno allo sviluppo delle rinnovabili è il programma ALTENER II²⁶⁰, strumento volto a sviluppare strategie di mercato per la promozione delle risorse rinnovabili.

La Commissione in questi anni agisce su più fronti, sostenendo campagne informative per accrescere la sensibilizzazione dei consumatori finali di energia con riferimento ai benefici riconnessi all'impiego delle energie da fonti rinnovabili e promuovendo presso le banche commerciali specifici orientamenti e criteri di valutazione del rischio per agevolare gli operatori del settore dell'energia verde nell'accesso al credito²⁶¹.

Dal 2000 l'Unione europea inizia a elaborare con continuità specifiche misure per ridurre le emissioni di gas a effetto serra e a sviluppare un programma europeo per far fronte al cambiamento climatico²⁶². Dunque da tale contesto si può rilevare che,

²⁵⁹ GU C 72 del 10 marzo 1994, p.3

²⁶⁰ Proposta di decisione del Consiglio concernente un programma pluriennale di promozione delle fonti energetiche rinnovabili nella Comunità – ALTENER II, COM (97) 87 def. del 12 marzo 1997.

²⁶¹ Cfr. B. Pozzo, *Le politiche energetiche comunitarie*, cit., p. 35.

²⁶² Comunicazione della Commissione *Sulle politiche e misure dell'Unione europea per ridurre le emissioni di gas a effetto serra: verso un programma europeo per il cambiamento climatico* (ECCP) Bruxelles, 8 marzo 2000, COM(2000)88 def. In tale Comunicazione la Commissione auspicava un ulteriore

nonostante sul piano politico mancasse ancora un consenso tale da consentire l'introduzione di una specifica base giuridica nel Trattato, l'Unione europea fosse consapevole della necessità dell'adozione di una politica energetica comune per rispondere alle istanze di tutela ambientale che iniziavano a porsi con sempre maggior urgenza.

Con riferimento alle energie rinnovabili, promuovere il loro sviluppo risultava vantaggioso per molteplici ragioni. Infatti, in primo luogo la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili avrebbe contribuito al raggiungimento del traguardo di riduzione di emissioni di CO₂ che la Commissione si era impegnata a conseguire a livello internazionale. In secondo luogo, il ricorso alle energie rinnovabili poteva rappresentare una soluzione all'annoso problema della dipendenza energetica della UE da Paesi terzi, che nel 1997 era già al 50%, ma che si prevedeva sarebbe aumentata negli anni seguenti sino al 70% nel 2020 in assenza di interventi. Tuttavia, il Libro Verde e il Libro Bianco rappresentavano strumenti di *soft law*, dunque inadatti a porre in essere misure incisive e vincolanti volte a garantire lo sviluppo del settore.

L'adozione della Direttiva del Parlamento e del Consiglio 2001/77/CE *relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità* costituisce il primo vero atto normativo nel settore in esame. Si ritenne preferibile la strada di un'armonizzazione a maglie larghe, consentendo ai singoli Stati membri la scelta dei mezzi giuridici concreti per raggiungere gli obiettivi comuni fissati dalle istituzioni comunitarie²⁶³. All'art. 2 viene tracciato un percorso a tappe per raggiungere entro il 2010 il consumo di energia da fonti di rinnovabili al 12% del totale

sviluppo del mercato interno dell'energia, basato anche su considerazioni di tipo ambientale; l'aumento della quota delle fonti energetiche rinnovabili; un maggior utilizzo degli impianti di cogenerazione; una maggiore efficienza energetica nella distribuzione del gas e dell'elettricità; il raggiungimento di una utilizzazione razionale dell'energia nel settore delle costruzioni. Nel 2000 viene adottato anche il Libro Verde *Verso una strategia europea di sicurezza dell'approvvigionamento*, che riporta la nuova politica energetica adottata dalla Commissione, volta alla riduzione della dipendenza dall'estero del fabbisogno energetico europeo. In tale documento viene presa in considerazione anche la situazione di sfruttamento delle rinnovabili nell'Unione europea.

²⁶³ Cfr. L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 6.

interno lordo, con una quota del 22,1 % di elettricità prodotta da rinnovabili sul consumo totale europeo di elettricità²⁶⁴. Per raggiungere tale meta vengono fissati obiettivi specifici per ogni singolo Stato membro. Inoltre viene introdotto l'obbligo per gli Stati membri di predisporre, con cadenza biennale, relazioni riportanti gli impegni assunti per rispettare i suddetti obiettivi.

Per favorire la creazione di un mercato concorrenziale delle rinnovabili vengono adottate misure specifiche sui regimi di sostegno²⁶⁵. Si prevede che la Commissione, ai sensi degli artt. 107 e 108 TFUE (ex artt.87 e 88 del TCE) e tenendo conto degli obiettivi di tutela ambientale e di politica energetica stabiliti dagli artt. 191 e 194 TFUE, valuti la compatibilità degli strumenti di sostegno adottati con il mercato interno comunitario.

La direttiva valorizza la varietà di regimi nazionali, considerandoli una fonte di informazione sulle buone pratiche per la promozione dell'energia elettrica verde. Nei sistemi nazionali di incentivazione si trovano spesso molteplici strumenti di sostegno, a causa dei differenti contesti locali. Tale varietà inoltre è dettata dalla circostanza che le fonti di energia rinnovabili presentano diverse tecnologie, hanno una diversa dimensione economica e possono trovarsi in una diversa fase di sviluppo, necessitando quindi di interventi di sostegno "tagliati su misura".

Inoltre, in tale ambito, viene proposto un sistema di garanzia di origine dell'elettricità prodotta da fonti rinnovabili, secondo il quale ogni Stato deve predisporre una modalità di etichettatura dell'energia comprovante la sua origine da fonti rinnovabili. Tali sistemi dovranno essere riconosciuti reciprocamente da tutti gli Stati membri per favorire gli scambi nel mercato interno dell'energia e la trasparenza nelle scelte dei consumatori finali²⁶⁶.

²⁶⁴ In seguito all'entrata dei nuovi stati membri del 1 maggio 2004 l'obiettivo europeo per l'Europa a 25 è stato fissato al 21%.

²⁶⁵ Cfr. art. 4 direttiva 2001/77/CE.

²⁶⁶ Cfr. art. 5 direttiva 2001/77/CE. Tale previsione rientra nel quadro di una più ampia strategia volta a informare gli utenti finali sull'origine dei loro consumi di elettricità e a renderli più consapevoli delle loro scelte. Anche la direttiva 2003/54/CE sul mercato interno dell'energia elettrica persegue tale strategia,

In definitiva, l'intervento europeo in esame ha inteso promuovere la semplificazione della regolamentazione riguardante l'energia pulita, stimolando gli Stati membri a revisionare il quadro legislativo e regolamentare in tema di rinnovabili al fine di ridurre gli ostacoli normativi all'aumento della produzione di elettricità da energia verde, razionalizzare e accelerare le procedure di autorizzazione amministrativa per l'installazione degli impianti e garantire una normativa trasparente e non discriminatoria, tenendo in dovuta considerazione le caratteristiche proprie delle varie fonti²⁶⁷.

La direttiva prevedeva infine l'adozione di provvedimenti volti a non discriminare l'accesso dei produttori di energia da fonti rinnovabili alla rete di distribuzione dell'energia. Questa era ritenuta una condizione essenziale per l'efficacia delle politiche di sostegno, in quanto i produttori di energie rinnovabili, a differenza dei grandi impianti centralizzati, risultano spesso di piccole dimensioni, con impianti diffusi su ampi territori agricoli. In tal senso, viene demandata agli Stati membri l'adozione di misure volte a garantire un accesso prioritario alla rete dell'elettricità prodotta da energia pulita²⁶⁸ e la previsione di norme eque e trasparenti sui costi di allacciamento alla rete e sulle modalità di ripartizione dei costi fra produttori.

L'Italia ha recepito la Direttiva europea 2001/77/CE mediante l'emanazione del d.lgs. 387/2003. Tale decreto ha previsto l'adozione di misure di sostegno per le biomasse, il solare e tecnologie specifiche, come la generazione distribuita e gli impianti ibridi. Inoltre il decreto ha disciplinato il rilascio da parte del GSE della garanzia di origine per l'elettricità prodotta da fonti rinnovabili che deve recare l'indicazione dell'ubicazione, della fonte utilizzata e della potenza nominale dell'impianto.

prescrivendo che le fatture debbano contenere informazioni sul mix di fonti energetiche e sull'impatto ambientale dell'elettricità consumata. Cfr. B. Pozzo, *Le politiche energetiche comunitarie*, cit., p. 46.

²⁶⁷ Entro il mese di ottobre del 2003 gli Stati membri dovevano presentare una relazione sulla valutazione effettuata, recante le azioni intraprese e la necessità di adottare linee guida statali per la semplificazione delle procedure amministrative relative alle fonti rinnovabili.

²⁶⁸ Cfr. art. 7 direttiva 2001/77/CE.

Come riscontrato negli anni successivi all'adozione della direttiva 2001/77/CE, la principale criticità emersa rispetto a tale intervento normativo riguarda l'eccessiva vaghezza degli obiettivi prefissati, che seppur individuati dal punto di vista quantitativo non risultano corredati da vincoli sufficientemente stringenti e idonei a renderli raggiungibili²⁶⁹. La direttiva in esame ha comunque stimolato un incremento nella produzione di energia da fonti rinnovabili e ha indotto gli Stati membri a predisporre nei rispettivi ordinamenti un quadro normativo di sostegno in tale settore. Tuttavia, nel corso del tempo, si è assistito alla proliferazione di normative interne anche sensibilmente differenti tra i diversi Stati membri, a causa dell'ampia discrezionalità lasciata dal legislatore europeo agli ordinamenti nazionali nella predisposizione della regolamentazione suddetta. In Italia, successivamente al recepimento della direttiva, avvenuto, come visto, tramite il d.lgs. 387/2003, si è assistito alla moltiplicazione dei centri di regolazione, che, come si vedrà, ha costituito uno dei principali ostacoli al pieno sviluppo del settore.

Alcuni anni dopo l'Unione europea ha quindi ritenuto opportuno effettuare un più incisivo intervento per quanto riguarda la promozione della produzione di energia verde. In tale prospettiva, nel 2007, il Consiglio europeo di Berlino ha fissato l'ambiziosa tabella di marcia per la lotta ai cambiamenti climatici, denominata Obiettivo 20 20 20, da completare entro il 2020. La suddetta *roadmap* si pone tre sfidanti obiettivi: la riduzione del 20% dei gas serra rispetto ai livelli del 1990; il raggiungimento del 20% di utilizzo di energia da fonti rinnovabili sul totale del consumo energetico e il conseguimento del 20% di incremento dell'efficienza energetica²⁷⁰. Ulteriori obiettivi riguardano la promozione

²⁶⁹ Cfr. L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 7. Nel 2004 la Commissione ha presentato una valutazione dei progressi compiuti dagli Stati membri verso gli obiettivi stabiliti dalla direttiva 2001/77/CE. Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – *La quota di fonti energetiche rinnovabili nell'UE* - COM (2004) 366 def. del 26 maggio 2004. La comunicazione è stata accompagnata da un documento che contiene una descrizione dei 25 Stati membri e della loro situazione nel settore dell'energia da fonti rinnovabili, per un'analisi dettagliata della Comunicazione cfr. B. Pozzo, *Le politiche energetiche comunitarie*, 2009, p. 48.

²⁷⁰ Il cd. "Pacchetto energia" contiene le nuove proposte per *Una politica energetica per l'Europa* [COM (2007) 1 def.], formulate dalla Direzione Generale Trasporti ed Energia, i risultati delle *Indagini settoriali sull'energia elettrica e il gas naturale*, avviate nel giugno 2005 dalla Direzione Generale Concorrenza e le *Proposte volte a limitare il surriscaldamento dovuto ai cambiamenti climatici a +2 gradi Celsius* della

del mercato interno e della concorrenza, da attuarsi mediante la separazione proprietaria delle infrastrutture essenziali, e l'implementazione dei poteri dei regolatori.

Il 2007 rappresenta dunque un anno fondamentale, in quanto “*la politica energetica è posta al centro dell'azione comunitaria, superando l'impostazione tradizionale che la considerava di competenza degli stati membri e ponendo le basi culturali per l'approccio integrato energia – ambiente poi consolidato nel Trattato di Lisbona*”²⁷¹.

La direttiva 2009/28/CE del Parlamento e del Consiglio *sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili* prevede in termini giuridici gli obiettivi fissati dal Consiglio europeo del 2007, recando l'abrogazione sia della direttiva 2001/77/CE che della direttiva 2003/30/CE sulla promozione dei biocarburanti. Infatti, in linea con l'Obiettivo 20 20 20, tale direttiva fissa quale traguardo il raggiungimento della quota del 20% di energie rinnovabili sul totale europeo del consumo lordo di energia. Si tratta però di un obiettivo aggregato, che dovrà essere conseguito dai singoli Stati membri mediante l'assegnazione di specifiche quote di consumo di energia verde, quali obiettivi disaggregati (cd. *burden sharing*). Per l'Italia tale quota è stata fissata al 17%²⁷².

La direttiva rimette ad ogni Stato membro l'adozione delle misure più idonee per assicurare che la propria quota di energia da fonti rinnovabili sia uguale o superiore alla quota assegnata²⁷³. Al fine di raggiungere gli obiettivi stabiliti, gli Stati membri possono avvalersi di regimi di sostegno per l'energia prodotta da fonti rinnovabili e prevedere

Direzione generale ambiente. Il “pacchetto energia” è il risultato dell'elaborazione delle proposte contenute nel Libro Verde *Per una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura* [6 COM (2006) 105 def.] del marzo 2006 e costituisce la base per la discussione del cosiddetto “terzo pacchetto di Direttive”.

²⁷¹ Cfr. L. Cuocolo, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 8.

²⁷² Il legislatore europeo, consapevole della necessità di una maggiore incisività per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili, predispone un apparato normativo più articolato per superare i fattori che ostacolano gli investimenti nel settore e prevede l'introduzione di obiettivi vincolanti. Cfr. le osservazioni di G. M. Roberti, *Le politiche dell'Ue in materia di energie rinnovabili*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, p. 32 ss.

²⁷³ Cfr. art. 3 direttiva 2009/28/CE.

misure di cooperazione con altri Stati membri o Paesi terzi. Vengono indicati quali strumenti di regolazione i Piani di azione nazionale per le energie rinnovabili²⁷⁴, che devono riportare le azioni necessarie per ogni singolo Stato membro al conseguimento degli obiettivi fissati dalla direttiva e sono sottoposti alla valutazione della Commissione.

Inoltre, viene nuovamente presa in considerazione la questione della semplificazione delle procedure. In particolare, gli Stati membri devono assicurare che le norme nazionali in materia di procedure di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze siano proporzionate e necessarie. Tali procedure devono essere semplificate e accelerate, purché idonee ad una effettiva ponderazione e valutazione di tutti gli interessi coinvolti. Le norme disciplinanti tali procedure devono tenere in considerazione le peculiarità di ogni specifica tecnologia per le energie rinnovabili e devono essere trasparenti, proporzionate e non discriminatorie. Le spese amministrative devono essere trasparenti e proporzionate ai costi. Le procedure di autorizzazione per progetti di piccole dimensioni ed eventualmente per dispositivi decentrati per la produzione di energia verde devono risultare semplificate²⁷⁵.

La direttiva 2009/28/CE è stata attuata con il d. lgs. 28/2011, che ha previsto un riordino del quadro generale dei regimi d'incentivazione attraverso la *“predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione”* e, soprattutto, *“la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori”*²⁷⁶.

²⁷⁴ Cfr. art. 4 direttiva 2009/28/CE.

²⁷⁵ Cfr. art. 13 direttiva 2009/28/CE.

²⁷⁶ Cfr. art. 23, comma 1, del d.lgs. 28/2011. Ulteriori principi generali della disciplina di riordino sono costituiti dalla *“gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti effettuati”* e dalla *“proporzionalità agli obiettivi”*, nonché dalla *“flessibilità della struttura dei regimi di sostegno, al fine di tener conto dei meccanismi del mercato e dell'evoluzione delle tecnologie delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica”* Cfr. art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 28 del 2011.

4. Le fonti di energia rinnovabili in Italia

4.1 Lo sfruttamento delle fonti di energia rinnovabili prima della liberalizzazione del mercato energetico

La nazionalizzazione del sistema elettrico italiano venne attuata con la legge n. 1643/1962, volta a conseguire una celere elettrificazione di tutto il territorio nazionale e a garantire tariffe dell'energia elettrica omogenee e non differenziate in base alla localizzazione del punto di prelievo. Successivamente all'attuazione di tale legge l'intero sistema elettrico venne ricondotto sotto il monopolio dell'Enel, che si trovò a gestire gli impianti di un migliaio di imprese elettriche operanti in tutti i settori della filiera²⁷⁷.

Negli anni '60 si riscontrava una assoluta prevalenza delle fonti rinnovabili per quanto riguardava la produzione di energia, la fonte idroelettrica infatti copriva circa l'80% della domanda interna di energia elettrica, mentre la fonte geotermica circa il 5%, la quota rimanente era invece assicurata dalla produzione termoelettrica (carbone e olio combustibile). Tuttavia, nel corso del decennio successivo la produzione da tali fonti rinnovabili diminuì considerevolmente in termini percentuali (l'idroelettrica passò dall'80% a poco più del 30% della produzione totale) e, al fine di soddisfare la sempre più crescente domanda interna di energia, furono costruite nuove centrali termoelettriche e termonucleari²⁷⁸.

²⁷⁷ Fecero eccezione, sopravvivendo all'esproprio, alcuni produttori che esercitavano anche l'attività di distribuzione (le cd. imprese produttrici/distributrici, le maggiori delle quali collegate ad enti locali) che continuarono ad operare su concessione dell'Enel, previa autorizzazione del Ministero dell'Industria e il Commercio, gli autoproduttori/autoconsumatori e le cd. imprese elettriche minori, localizzate principalmente nelle isole e caratterizzate da basse produzioni di energia elettrica e da costi di produzione superiori alla media nazionale. Ciò ha comportato l'introduzione di uno specifico meccanismo di integrazione tariffaria, ancora oggi presente. Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, in B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, Milano, 2009, p. 104.

²⁷⁸ Lo sviluppo della produzione termoelettrica venne favorito dalla grande disponibilità sui mercati internazionali di prodotti petroliferi a basso costo, accrescendo la dipendenza dell'Italia dagli

Il verificarsi della prima crisi petrolifera del 1973, conseguente alla guerra arabo-israeliana dello Yom Kippur, comportò un rapido aumento del prezzo del petrolio e dell'energia elettrica. Gli Stati importatori, tra cui vi era l'Italia, si videro costretti ad introdurre nell'immediato misure di risparmio energetico e a diversificare le fonti di approvvigionamento. Nel 1975 fu quindi adottato il primo Piano Energetico nazionale, che, per potenziare il sistema elettrico nazionale, prevedeva l'avvio della costruzione di nuove centrali termonucleari e di impianti idroelettrici di pompaggio da parte dell'Enel.

La seconda crisi petrolifera, avvenuta nel 1979, suscitò una rinnovata considerazione verso le fonti energetiche rinnovabili da parte dell'Enel, la cui produzione però continuava a diminuire in percentuale rispetto alla produzione totale di energia elettrica.

Nel 1981 fu adottato il secondo Piano Energetico Nazionale, ma il provvedimento non trovò attuazione a causa del risultato dei tre referendum popolari che, nel novembre 1987, in seguito all'incidente nucleare di Chernobyl, determinarono l'uscita dell'Italia dal nucleare. L'adesione a tale opzione implicò un aumento della dipendenza dalle importazioni estere, ma anche una maggior attenzione nei confronti delle fonti energetiche rinnovabili. Iniziò a valutarsi l'opportunità di un incisivo cambiamento del sistema elettrico nazionale, tramite la realizzazione di numerosi impianti di medie e piccole dimensioni, *“dal momento che i più interessanti salti d'acqua erano già integralmente sfruttati dall'Enel, così come i giacimenti geotermici, e la tecnologia eolica e fotovoltaica allora disponibile non permetteva l'installazione di grandi potenze, oltre ad essere notevolmente costosa”*²⁷⁹. Tuttavia per attuare un cambiamento del genere non si sarebbe potuto prescindere dal superamento del monopolio dell'Enel nella produzione di energia da fonti rinnovabili. Infatti l'ente monopolista non avrebbe potuto realizzare e gestire direttamente centinaia di impianti di limitata potenza, unitamente alla corresponsione di incentivi economici, necessari a stimolare l'attività economica dei

approvvigionamenti esterni. Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 105.

²⁷⁹ Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 107.

produttori indipendenti verso la realizzazione e la gestione di detti impianti che non avrebbero potuto beneficiare delle economie di scala.

4.2 La deliberazione Cip n. 6/1992

Con le leggi n. 9/1991 e n. 10/1991 il Parlamento liberalizzò la produzione di energia da fonti rinnovabili ed assimilate, sottraendola alla riserva disposta in favore di Enel dall'art. 1 della legge n. 1643/1962. In tal modo si consentì alle imprese di produrre energia elettrica da qualsiasi fonte per uso proprio, previa autorizzazione ministeriale e, contemporaneamente, fu previsto l'obbligo di cessione all'Enel dell'energia elettrica prodotta da impianti che utilizzano fonti rinnovabili ed assimilate²⁸⁰. L'eventuale quota di energia elettrica non autoconsumata doveva essere ceduta all'Enel sulla base di convenzioni stipulate tra le imprese e la stessa Enel *“secondo le condizioni indicate in apposite direttive vincolanti emanate dal Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato in relazione alla possibilità tecnica delle suddette operazioni ed alle esigenze del servizio pubblico espletato dall'Enel”*. In particolare, la suddetta convenzione doveva conformarsi alla convenzione tipo approvata con il decreto ministeriale 25 settembre 1992 e doveva essere preceduta dalla *“positiva valutazione dell'Enel circa la compatibilità dell'iniziativa con la programmazione degli incrementi di capacità produttiva sia a livello nazionale che locale, a loro volta correlati con gli obiettivi di sviluppo delle reti, di diversificazione delle fonti energetiche, di risparmio*

²⁸⁰ L'art. 22 della legge n. 9/1991 distingueva due ipotesi di cessione all'Enel. Una prima ipotesi riguardava la cessione dell'energia elettrica prodotta da impianti che mettono a disposizione dell'Enel l'intera potenza o una quota di potenza prefissata, regolata da apposite convenzioni con l'Enel in conformità ad una convenzione-tipo, approvata dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Una seconda ipotesi riguardava unicamente la cessione delle cd. eccedenze. Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 108.

energetico e di protezione dell'ambiente"²⁸¹. Le iniziative indirizzate all'Enel andavano a comporre una graduatoria, in scala decrescente di priorità, che vedeva privilegiati gli impianti alimentati da fonti rinnovabili propriamente dette e gli impianti alimentati da fonti assimilate con potenza elettrica fino a 10 MW²⁸². La procedura per la stipulazione della convenzione con l'Enel era stabilita dal decreto ministeriale 25 settembre 1992²⁸³.

Il Comitato Interministeriale Prezzi stabiliva i prezzi di cessione all'Enel, aggiornandoli con cadenza almeno biennale. Inoltre tale Comitato definiva le condizioni tecniche generali per l'assimilabilità a fonte rinnovabile.

Il sistema di incentivazioni tariffarie delineato dalla legge n. 9/1991 fu recepito dalla deliberazione del Comitato Interministeriale Prezzi del 29 aprile 1992, n. 6/1992. Tale provvedimento operava una distinzione tra impianti alimentati da fonti rinnovabili (il sole, il vento, l'energia idraulica, le risorse geotermiche, le maree, il moto ondoso e la trasformazione dei rifiuti organici ed inorganici o di prodotti vegetali); impianti alimentati da fonti assimilate a quelle rinnovabili (cioè quegli impianti di cogenerazione, impianti

²⁸¹ Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 114.

²⁸² Venivano poi presi in considerazione gli impianti alimentati da carbone o gas prodotto dalla gassificazione di qualunque combustibile o residuo; gli impianti destinati esclusivamente a funzionamenti in emergenza; gli impianti con potenza maggiore di 10 MW alimentati da combustibili di processo o residui non altrimenti utilizzabili per ragioni tecniche o economiche, gli impianti alimentati da fonti fossili provenienti esclusivamente da giacimenti minori isolati; altri impianti con potenza maggiore di 10 MW, ordinati secondo l'indice energetico Ien. Cfr., dettagliatamente sul punto, A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 115.

²⁸³ Gli operatori intenzionati a realizzare nuovi impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili o assimilate o a potenziare impianti già esistenti dovevano inviare all'Enel la documentazione prevista dall'art. 3 del decreto ministeriale. Entro il 30 giugno ed entro il 31 dicembre di ogni anno l'Enel e i soggetti proponenti definivano la verifica delle condizioni prescritte ai fini della stipula delle convenzioni preliminari. Entro novanta giorni dalla fine di ogni semestre l'Enel trasmetteva al Ministero dell'industria un documento contenente le iniziative ritenute meritevoli di essere incentivate e i motivi di esclusione delle altre, al fine di consentire al ministero competente l'esercizio dei compiti di vigilanza. Successivamente l'Enel avviava le trattative con gli operatori prescelti per la stipulazione della convenzione preliminare, che doveva indicare le caratteristiche tecniche dell'impianto, nonché i termini di avvio e di conclusione dei lavori di costruzione. La convenzione definitiva veniva stipulata dopo il completamento dei lavori di costruzione, presupponendo dunque il conseguimento di tutte le autorizzazioni necessarie per la realizzazione dell'impianto. A causa delle difficoltà nell'ottenere tali autorizzazioni si sviluppò la prassi di cedere o "rilocalizzare" le convenzioni preliminari, allo scopo di individuare siti meno problematici. Come rilevato in dottrina, "tali cessioni ebbero il risultato di creare una grande incertezza circa la titolarità delle iniziative, la futura localizzazione degli impianti, il tipo di fonte utilizzata, la potenza ecc." Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 116.

che utilizzavano calore di risulta, fumi di scarico ed altre forme di energia recuperabile in processi e in impianti; quelli che utilizzavano gli scarti di lavorazione o di processi e quelli che utilizzavano fonti fossili provenienti esclusivamente da giacimenti minori isolati); impianti che impiegavano fonti convenzionali (impianti che utilizzavano per la produzione di energia elettrica combustibili fossili commerciali ed altri impianti non rientranti nelle voci precedenti).

Il provvedimento in esame dunque considerava applicabili le tariffe incentivanti non solo agli impianti che producevano energia elettrica da fonti rinnovabili in senso stretto, ma anche agli impianti cogenerativi alimentati da fonti convenzionali (come il gas naturale, l'olio combustibile e il carbone); agli impianti che utilizzavano sottoprodotti di processi industriali e a quelli che impiegavano fonti fossili prodotte esclusivamente da giacimenti minori isolati²⁸⁴.

La ragione che risiedeva dietro la scelta di tale assimilazione, apparentemente contraddittoria, è rinvenibile, per quanto riguarda gli impianti che si servono di sottoprodotti di processi industriali e quelli alimentati da fonti fossili provenienti da giacimenti minori isolati, nella volontà da parte del Legislatore di incentivare la realizzazione di modifiche impiantistiche volte al recupero di materiali e di energia termica di processo altrimenti destinati ad essere smaltiti o dispersi nell'ambiente e di agevolare lo sfruttamento di giacimenti marginali, che avrebbe comportato elevati costi di estrazione²⁸⁵.

²⁸⁴ Per tali impianti il provvedimento Cip n. 6/1992 stabiliva la "condizione tecnica di assimilabilità", prescrivendo che un impianto è assimilato agli impianti che utilizzano fonti di energia rinnovabili quando l'indice energetico *Ien* è maggiore o uguale a 0,51. L'attestazione del rispetto di tale condizione andava trasmessa al Ministero dell'Industria assieme alla necessaria documentazione progettuale. Era prevista la possibilità per il Ministero di disporre verifiche in corso di esercizio. Eventuali variazioni "al programma di utilizzazione del calore cogenerato e/o dell'energia recuperata e/o del combustibile di scarto" dovevano essere comunicate all'Enel e quest'ultimo doveva comunicare al Ministero le variazioni comportanti il venir meno della condizione tecnica di assimilabilità e/o un diverso trattamento tariffario. Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 109.

²⁸⁵ L'assimilazione degli impianti cogenerativi agli impianti alimentati da fonti rinnovabili ai fini dell'applicazione delle tariffe incentivanti andrebbe invece contestualizzata e letta in relazione alla situazione di deficit energetico che si era creata in conseguenza dall'abbandono del nucleare. Si rendeva infatti necessaria la costruzione di impianti tecnologicamente avanzati, caratterizzati da una maggior

Il provvedimento Cip n. 6/1992 individuava il prezzo di cessione dell'energia elettrica prodotta da impianti a fonti rinnovabili entrati in esercizio dopo il 30 gennaio 1991 a partire da due fattori: una componente calcolata con il criterio del costo evitato e una ulteriore componente, che rappresentava la vera e propria incentivazione e veniva riconosciuta per i primi otto anni di esercizio dell'impianto. La somma di tali componenti appunto costituiva il prezzo di cessione. Il prezzo dipendeva dal tipo di cessione (se si trattava dell'intera potenza o di una quota di potenza prefissata i prezzi erano mediamente più alti, a causa della maggiore regolarità del profitto di immissione rispetto agli impianti che cedevano solo le cd. eccedenze); dall'ora di cessione (vi è una distinzione tra le cd. ore piene - caratterizzate da un più alto carico e da maggiori prelievi- e le cd. ore vuote – coincidenti con le ore notturne o festive)²⁸⁶; dalla fonte utilizzata (all'energia elettrica prodotta da impianti a fonti il cui sfruttamento richiede un maggior impegno di capitali il provvedimento riconosceva un prezzo di cessione più elevato).

In particolare, la prima componente del prezzo di cessione era rappresentata dalle seguenti voci di costo, i cui valori unitari espressi in lire/kWh erano stati calcolati con riferimento alla media dei costi che l'allora monopolista Enel avrebbe appunto evitato grazie alla nuova produzione da fonti rinnovabili o assimilate:

efficienza, quali erano quelli di cogenerazione che, data la loro capacità di produrre energia elettrica e calore a partire da un unico impianto, erano in grado di sfruttare in modo ottimale l'energia primaria delle fonti convenzionali. Cfr. A. Bianco, *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 110. La vaghezza del concetto di fonti "assimilate" ammesse a beneficiare del sistema di incentivazione ha fatto sì che gran parte dei ricavi derivanti dalla nuova componente tariffaria andassero a finanziare la produzione di energia da fonti altamente inquinanti. Solo con l'adozione della l. n. 296 del 2006 (Finanziaria 2007) sono state escluse le agevolazioni per tale tipologia di impianti (limitatamente agli impianti non ancora realizzati o di cui non sia stata avviata la realizzazione precedentemente all'entrata in vigore di tale legge). Successivamente, la l. n. 99 del 2009 ha introdotto un meccanismo volto alla risoluzione anticipata delle convenzioni Cip 6 per i produttori di energia da fonti assimilate. Cfr. G. M. Caruso, *Fonti energetiche rinnovabili*, in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 411; M. Alberton, *Alla ricerca di un equilibrio tra economia, ambiente e benessere sociale: la nuova strategia comunitaria per lo sviluppo sostenibile e l'esperienza italiana alla luce della legge finanziaria per il 2007*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, p. 399 ss.

²⁸⁶ Le fasce orarie erano stabilite nel provvedimento Cip n. 45/1990.

- *costo evitato di impianto*, (non riconosciuto nel caso di prezzo differenziato nelle ore vuote) corrispondente al costo evitato dall'Enel nella produzione di 1kWh di energia elettrica, imputabile alla costruzione di un impianto di produzione;
- *costo evitato di esercizio* (non riconosciuto, in caso di prezzo differenziato, nelle ore vuote) corrispondente al costo unitario evitato dall'Enel nella produzione di 1kWh di energia elettrica, imputabile all'esercizio e manutenzione di un impianto di produzione;
- *costo evitato di combustibile*, corrispondente al costo evitato dall'Enel nella produzione di 1 kWh di energia elettrica, imputabile all'acquisto del combustibile.

Il valore della prima componente variava solo in ragione del tipo di cessione e dell'ora di cessione.

Il valore della componente ulteriore invece era fortemente influenzato dal tipo di fonte utilizzata, per garantire un'incentivazione maggiore alle fonti rinnovabili più costose.

Analogamente a quanto disposto per gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 gennaio 1991, il provvedimento Cip n. 6/1992 stabiliva il prezzo di cessione dell'energia prodotta dagli impianti a fonti rinnovabili, assimilate o convenzionali preesistenti, prevedendo simili modalità di aggiornamento²⁸⁷.

La Cassa Conguaglio per il settore elettrico doveva aggiornare le diverse componenti del prezzo di cessione entro il mese di aprile di ogni anno, secondo quanto disposto dal punto 7, Titolo II, del provvedimento Cip n. 6/1992²⁸⁸. Il titolo IV del provvedimento Cip n. 6/1992 poneva rispettivamente a carico:

²⁸⁷ Cfr. Titolo III del provvedimento Cip n. 6/1992.

²⁸⁸ Con decreto del 4 agosto 1994, il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, ha previsto che l'aggiornamento del costo evitato di combustibile avviene facendo riferimento "*all'accordo Snam/Confindustria Contratto di lungo termine per la somministrazione di gas per la produzione di energia elettrica per cessione ai terzi*" tale decreto prevedeva che il prezzo di cessione stabilito dal provvedimento Cip n. 6/1992 fosse aggiornato "*anche a seguito di modifiche normative che comportino maggiori costi o costi aggiuntivi*".

- dell'acquirente dell'energia elettrica (l'impresa distributrice) il Costo evitato di impianto e il Costo evitato di esercizio;
- del *Conto per l'onere termico*, già istituito presso la Cassa e destinato a rimborsare all'Enel ed alle imprese produttrici/distributrici che producevano energia elettrica mediante impianti termoelettrici i maggiori oneri di approvvigionamento di combustibili fossili conseguenti alla crisi petrolifera del 1973, il Costo evitato di combustibile;
- del *Conto sovrapprezzo per nuovi impianti da fonti rinnovabili ed assimilate* l'ulteriore componente.

Entrambi i conti erano alimentati da specifiche componenti della tariffa di fornitura dell'energia elettrica, applicata dai distributori ai clienti finali con alcune significative esenzioni²⁸⁹.

I distributori – che materialmente provvedevano all'esazione – erano tenuti a versare alla Cassa il gettito delle anzidette componenti tariffarie, fatta salva la possibilità, nel caso fossero essi stessi beneficiari dei contributi della Cassa in quanto titolari di impianti termoelettrici o alimentati da fonti rinnovabili, di trattenerlo in compensazione.

Il *Conto per l'onere termico* era alimentato dal sovrapprezzo termico, inizialmente quantificato dal provvedimento del Cip n. 34/1974 ed annualmente aggiornato dal Cip, previa istruttoria della Cassa. Il *Conto sovrapprezzo per nuovi impianti da fonti rinnovabili ed assimilate* era alimentato dal cd. sovrapprezzo nuovi impianti, inizialmente quantificato dal Cip n. 6/1992 e successivamente aggiornato con le stesse modalità del sovrapprezzo termico.

Dunque, attraverso questo primo sistema di incentivazione, l'Enel, a quell'epoca ancora monopolista, si impegnava ad acquistare, per un determinato numero di anni a prezzi superiori a quelli di mercato, e a immettere in rete l'energia prodotta da impianti

²⁸⁹ In entrambi i casi il Cip dovette prevedere un meccanismo contabile atto a commisurare l'imposizione (in lire/kWh consumati da ogni singolo cliente finale) alle necessità dei Conti, per evitare squilibri troppo marcati.

privati ammessi ai benefici.

4.3 L'istituzione dell'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente e il d. lgs. n.79 del 1999

Con la legge n. 481 del 1995 è stata istituita l'Autorità di regolazione per l'energia elettrica e il gas, alla quale sono state attribuite *“tutte le funzioni amministrative esercitate da organi statali e da altri enti e amministrazioni pubblici, anche a ordinamento autonomo, relative alle sue attribuzioni”*²⁹⁰, assumendo l'onere della determinazione delle tariffe elettriche e dei relativi sovrapprezzi²⁹¹.

Conseguentemente, l'Autorità di regolazione con la deliberazione 26 giugno 1997, n. 70 è intervenuta sulla struttura della tariffa elettrica, individuando le parti A e B e inglobando nella parte A la componente tariffaria A3, comprendente il sovrapprezzo termico (solo per la quota necessaria alla copertura del Costo evitato di combustibile) e il sovrapprezzo nuovi impianti.

²⁹⁰ Cfr. articolo 2, comma 14, legge n. 481/1995. Per una riflessione sull'assetto istituzionale preposto alla regolazione del settore energetico e le criticità riguardanti il riparto di competenze tra il governo e Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, cfr. E. Bruti Liberati, *Governo e Autorità per l'energia elettrica nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, p. 47 ss.

²⁹¹ Il decreto-legge n. 473/1996, convertito in legge n. 577/1996, recante *“Disposizioni urgenti in materia di trasparenza delle tariffe elettriche”* all'articolo 1, comma 2, dispone che, *“a decorrere dal 30 giugno 1997 non è ammissibile alcun onere aggiuntivo, a parte le imposte, al di fuori delle tariffe che saranno determinate”* dall'Autorità di regolazione, e che *“il sovrapprezzo per la copertura dell'onere termico e gli altri sovrapprezzi comunque denominati, purché non destinati alle entrate dello Stato, sono inglobati nella tariffa dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas (...), in misura comunque coerente con le normali condizioni della concorrenza e del mercato”*.

L'Autorità ha inoltre istituito presso la Cassa il *Conto per nuovi impianti da fonti rinnovabili e assimilate*, che assorbe il *Conto sovrapprezzo per nuovi impianti da fonti rinnovabili ed assimilate*, finanziato dal gettito della componente tariffaria A3.

La componente tariffaria A3 è destinata alla copertura degli oneri sostenuti dal Gestore dei servizi elettrici (GSE) per l'incentivazione della produzione di energia elettrica degli impianti da fonti rinnovabili e assimilate. Tale componente tariffaria, quantificata dall'Autorità di regolazione, rappresenta una maggiorazione alla tariffa di distribuzione, è riscossa dai distributori ed è versata alla Cassa, dove alimenta il *Conto per nuovi impianti da fonti rinnovabili e assimilate*, (c.d. Conto A3)²⁹². Tale conto alimenta la quasi totalità degli incentivi alle fonti rinnovabili.

Sotto l'impulso della normativa europea è stato emanato il d. lgs. n. 79 del 1999, che ha recepito la direttiva europea 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. Per quanto riguarda le fonti di energia rinnovabili, il decreto ne riportava una prima definizione, che comprendeva “*il sole, il vento, le risorse idriche, le risorse geotermiche, le maree, il moto ondoso e la trasformazione in energia elettrica dei prodotti vegetali o dei rifiuti organici ed inorganici*”. Inoltre il decreto, all'art. 11, prevedeva l'obbligo per le imprese produttrici o importatrici di elettricità da fonti non rinnovabili di immettere in rete una quota prodotta da impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile pari al 2% dell'energia importata o prodotta eccedente i 100 GWh e disponeva l'obbligo di precedenza dell'energia elettrica prodotta da impianti che utilizzano fonti rinnovabili nel dispacciamento da parte del gestore della rete e il conseguente obbligo di utilizzazione prioritaria da parte dell'Autorità per l'energia elettrica²⁹³.

L'art. 3, comma 12, del d.lgs. n. 79 del 1999 e il d.m. del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato 21 novembre 2000 disposero il trasferimento dall'Enel

²⁹² Cfr. la deliberazione dell'Autorità n. 348/2007 art. 45.

²⁹³ Cfr. E. Orlando, *Il sistema giuridico italiano in materia di energie rinnovabili*, in F. Cortese, F. Guella e G. Postal (a cura di) *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, p. 202.

alla società Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale S.p.A. (GRTN) della titolarità delle Convenzioni Cip n. 6/1992. Il suddetto d.m. ha altresì disposto la cessione dell'energia elettrica ritirata dal GRTN ai clienti idonei e alla società Acquirente Unico S.p.A. (AU) tramite lo svolgimento di procedure concorsuali.

4.4 L'attuazione delle direttive europee sulla promozione dell'energia elettrica da fonti rinnovabili

Due anni dopo la sua adozione, veniva recepita con il d. lgs. n. 387 del 2003 la direttiva europea 2001/77/CE sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità. Tale decreto costituisce la cornice giuridica per la promozione delle fonti di energia rinnovabili nel settore dell'energia elettrica e regola gli aspetti relativi all'incentivazione della produzione di energia rinnovabile, alle procedure autorizzative e al collegamento degli impianti di produzione di energia rinnovabile alla rete elettrica nazionale²⁹⁴.

Nel d. lgs. n. 387 del 2003 viene implementata la definizione di fonti di energia rinnovabile rispetto a quella contenuta nel d. lgs. n. 79 del 1999, con l'inserimento dell'eolico, il solare, il geotermico, il moto ondoso, la forza maremotrice e idraulica, le biomasse, i gas di discarica, i gas residuati dai processi di depurazione e i biogas²⁹⁵.

²⁹⁴ Cfr. per un'analisi della normativa nazionale S. Gorgoglione, *La trasposizione delle politiche energetiche comunitarie in Italia*, in B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, Milano, 2009, p. 80 e ss.

²⁹⁵ Vengono esclusi dalla qualificazione di fonti di energia rinnovabili i rifiuti inorganici, ma viene mantenuto l'accesso agli incentivi per la parte non biodegradabile dei rifiuti. Successivamente la legge n. 244 del 2007 ha abrogato i commi 1 e 3 dell'art. 17 del d. lgs. n. 387 del 2003, escludendo i rifiuti non biodegradabili dal beneficio degli incentivi.

Nell'ottica di semplificazione fatta propria dall'Unione europea, è stata disciplinata una procedura unica per la realizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, nonché per la realizzazione delle opere connesse e delle infrastrutture necessarie al loro funzionamento²⁹⁶. La competenza per il rilascio di tale autorizzazione è stata attribuita alla Regione o alle Province delegate dalla Regione, e, nel caso di impianti con potenza termica pari o superiore a 300 MW, al Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto della normativa riguardante la tutela dell'ambiente, la tutela del paesaggio e del patrimonio storico – artistico.

Inoltre vengono stabilite nuove norme sul trattamento economico dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili²⁹⁷ e viene disposto l'avvio di campagne di informazione e di comunicazione per favorire la sensibilizzazione riguardo alle tematiche dell'energia da fonti rinnovabili e del risparmio energetico²⁹⁸, al fine di creare una cultura diffusa sui temi energetici e ambientali.

I principi fondamentali posti dal legislatore nazionale con il decreto in esame sono stati attuati dalle Regioni in modo disomogeneo, determinando una disciplina differenziata sul territorio nazionale soprattutto per quanto riguarda gli aspetti autorizzativi degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabili. In particolare, l'art. 12, comma 10, d. lgs. n. 387 del 2003, che prevedeva l'emanazione delle Linee guida che avrebbero dovuto fornire i criteri fondamentali per il rilascio delle autorizzazioni all'installazione e all'esercizio degli impianti, è rimasto a lungo inattuato, impedendo di realizzare concretamente le finalità di semplificazione e trasparenza delle procedure di autorizzazione stabilite dalla normativa europea per promuovere l'energia da fonti rinnovabili²⁹⁹.

²⁹⁶ Cfr. art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003.

²⁹⁷ In particolare, l'energia prodotta da impianti con potenza superiore o uguale a 10 MVA, non incentivata CIP6, potrà essere collocata in Borsa, quella proveniente da impianti con potenza a 10 MV sarà ritirata dal gestore della rete. Cfr. art. 13 d.lgs. n. 387 del 2003.

²⁹⁸ Cfr. art. 15 d.lgs. n. 387 del 2003.

²⁹⁹ La complessità organizzativa del settore delle rinnovabili, caratterizzato da una distribuzione delle competenze che riflette la pluralità di interessi che si sovrappongono nella regolamentazione di questa

L'adozione delle Linee guida per le procedure di autorizzazione è avvenuta solo sette anni dopo l'emanazione del decreto che le prevedeva, con il d.m. 10 settembre 2010³⁰⁰.

La direttiva europea 2009/28/CE sulla promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili è stata invece recepita nell'ordinamento nazionale con il d. lgs. n. 28/2011, che ha definito “*gli strumenti, i meccanismi, gli incentivi ed il quadro istituzionale, finanziario e giuridico necessari per il raggiungimento degli obiettivi fino al 2020 in materia di quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia e di quota di energia rinnovabile nei trasporti*”. Dunque il decreto del 2011 regola non solo l'energia prodotta da fonti rinnovabili destinata alla rete elettrica e i relativi meccanismi di incentivazione, ma disciplina anche il collegamento degli impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile alla rete del gas naturale, allo sviluppo del teleriscaldamento e tele-raffreddamento, nonché i regimi di sostegno per la produzione dell'energia termica da fonti rinnovabili, per l'efficienza energetica e per l'utilizzo delle rinnovabili nel settore dei trasporti. Con riferimento alla promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili il decreto del 2011 razionalizza il quadro normativo generale dei sistemi di incentivazione, dettando disposizioni specifiche relativamente alle garanzie d'origine, ai requisiti tecnici per l'accesso degli impianti agli incentivi statali e l'accesso alla rete energetica.

forma di energia, può ricondursi alle fonti normative, a partire da quelle costituzionali. Cfr. in questo senso, G. Rossi, *Le energie rinnovabili fra complessità organizzative e procedurali*, in A. Macchiati, G. Rossi (a cura di), *La sfida dell'energia pulita*, Bologna, 2009, p. 189. Tali aspetti problematici sono stati sviluppati anche da G. M. Caruso, *La complessità organizzativa nel settore delle fonti energetiche rinnovabili*, in A. Macchiati, G. Rossi (a cura di), *La sfida dell'energia pulita*, Bologna, 2009, p. 237-256; con specifico riferimento alle procedure relative agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili e ai problemi applicativi dell'istituto dell'autorizzazione unica, previsto dall'art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003, cfr. P. M. Vipiana, *La disciplina delle energie rinnovabili: modelli procedurali a confronto*, in *Quaderni regionali*, 2, 2011, p. 465-490.

³⁰⁰ Sul contenuto delle Linee guida cfr. R. Zanino, *L'inserimento sul territorio degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili ed esempi di scelte regionali*, in www.giustamm.it, pubblicato il 21 novembre 2011. Sulla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 21 luglio 2011 in materia di diniego di autorizzazione all'installazione di aerogeneratori nei siti di importanza comunitaria e nelle zone di protezione speciale cfr. S. Quadri, *Energia sostenibile*, Torino, 2012, pag. 187 e ss e G. de Vergottini, in *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 25 e ss.

La regolamentazione giuridica delle fonti di energia rinnovabili si pone dunque in una prospettiva multilivello di regolazione. Il quadro normativo nazionale in tale materia prevede norme di carattere generale a livello di legislazione statale, da attuarsi e integrarsi attraverso decreti ministeriali e atti regolamentari, e norme regionali di dettaglio, alle quali si affianca un ulteriore livello di regolamentazione rappresentato dalle delibere dell’Autorità di regolazione che determinano concretamente le tariffe incentivanti³⁰¹. Tale quadro normativo se eccessivamente segmentato e differenziato territorialmente può costituire un ostacolo agli investimenti, vanificando l’obiettivo della legislazione di garantire l’incremento della produzione di energia da fonti rinnovabili.

³⁰¹ Cfr. E. Orlando, *Il sistema giuridico italiano in materia di energie rinnovabili*, cit., p. 205.

5. Le tipologie di sistemi di incentivazione

Le molteplici tipologie di sistemi di incentivazione risultano riconducibili a due macro categorie: i sistemi di incentivazione quantitativi e i sistemi di incentivazione basati sui prezzi³⁰².

5.1 I sistemi di incentivazione quantitativi

In seguito alla liberalizzazione, operata con il d. lgs. 79/1999, il sistema dei contratti Cip 6 è stato sostituito da un nuovo sistema di incentivazione, fondato sull'obbligo legislativo imposto ai produttori e importatori di energia elettrica di immettere nella rete un quantitativo minimo di energia prodotta da fonti rinnovabili, inizialmente fissato nel 2 % dell'energia prodotta o importata³⁰³. Per adempiere a tale obbligo la legge consentiva agli operatori di acquistare in tutto o in parte l'equivalente quota e i relativi diritti da altri produttori di energia da fonti rinnovabili.

Gli operatori potevano dunque decidere, in base a criteri di convenienza economica, se produrre direttamente i quantitativi di questo di energia, operando gli investimenti necessari in impianti, oppure acquistare dei titoli da produttori che immettono nella rete l'energia prodotta da fonti rinnovabili³⁰⁴. Questi ultimi, in aggiunta al ricavato dell'energia pulita ceduta a prezzi di mercato, potevano così ottenere una remunerazione dei certificati verdi da parte degli operatori che trovavano più conveniente

³⁰² Cfr. M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit., p. 8 ss.

³⁰³ Cfr. art. 11 del d.lgs. n. 79 del 1999.

³⁰⁴ I Certificati Verdi appunto costituiscono dei titoli associati alla realizzazione di impianti che abbiano ottenuto la qualifica di "Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili" (IAFR). Tali strumenti vengono rilasciati dal GSE in misura proporzionale al quantitativo di energia prodotta.

acquistarli piuttosto che produrre direttamente tale forma di energia. Gli operatori per i quali l'adempimento dell'obbligo di legge costituiva un onere aggiuntivo si trovavano dunque costretti ad incorporarlo nel prezzo di vendita.

Poste le premesse per le transazioni private tra coloro che hanno una disponibilità inutilizzata di titoli e coloro che invece hanno necessità di acquisirne la titolarità, i pubblici poteri hanno investito un soggetto pubblico il Gestore dei Mercati energetici S.p.A. (GME) del compito di organizzare un mercato³⁰⁵. Il mercato dunque opera attraverso lo Stato che, tramite gli strumenti della regolazione, persegue l'obiettivo della tutela ambientale predisponendo una cornice rigida (il mercato artificiale) all'interno della quale è garantita ai privati una maggior flessibilità di comportamenti. In aggiunta ai sistemi di contrattazione bilaterale tra le imprese che producono o importano energia elettrica, il Gestore Servizi Energetici S.p.A. (GSE) opera nel mercato artificiale sulla base delle prescrizioni dell'Autorità di regolazione per garantire la stabilità dei prezzi dei Certificati Verdi. Inoltre il GSE si occupa di collocare sul mercato ad un prezzo fisso i Certificati Verdi che spettano allo stesso ente, in relazione alla produzione di energia elettrica associata agli impianti che si sono avvalsi dell'incentivazione erogata con il provvedimento CIP n. 6/92³⁰⁶.

La criticità che si riscontra fin da questi primi modelli di sistemi di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili riguarda la ricaduta, in ultima analisi, dei costi di tale scelta di politica ambientale sui consumatori e utenti dell'energia elettrica. Infatti l'obbligo di acquisto dei certificati, anzitutto, è imposto dal legislatore e si traduce in un costo ulteriore per i produttori di energia convenzionale, che comporta un aumento della tariffa elettrica per i consumatori finali con riferimento alla voce di costo A3, che rappresenta oltre il 90% della componente "oneri di sistema" della bolletta. Si è verificato, pertanto, un parziale fallimento dei meccanismi di mercato introdotti per la promozione di energia da fonti rinnovabili. Il funzionamento di tale sistema ha garantito al nostro

³⁰⁵ Cfr. E. Grippo, F. Manca, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008, p. 222 e ss.

³⁰⁶ Il meccanismo di incentivazione è in via di esaurimento per l'approssimarsi dei tempi di naturale scadenza delle convenzioni.

Paese elevati livelli di sostegno, che però non è stato accompagnato da un adeguato aumento di generazione di energia da fonte rinnovabile.

L'emersione di tali criticità ha indotto il legislatore, con l'art. 25, comma 4, del d.lgs. n. 28/2011, a disporre l'esaurimento del meccanismo dei certificati verdi quale strumento di incentivo alla produzione di energia da fonti rinnovabili a partire dal 2015, prevedendo che il GSE ritiri i certificati non acquistati sul mercato relativi agli anni 2011-2015 ad un prezzo pari al 78% di quello fissato dall'art. 2, par. 148, l. n. 244/2007³⁰⁷.

A partire dal 1 gennaio 2016, secondo quanto previsto dal d.m. del Ministero dello Sviluppo economico del 6 luglio 2012, che ha attuato l'art. 24, comma 9, d. lgs. n. 28 del 2011, il sistema dei Certificati Verdi è stato sostituito da una nuova forma di incentivo, che garantisce sulla produzione netta di energia l'erogazione di una tariffa aggiuntiva ai ricavi derivanti dalla valorizzazione dell'energia. Per ottenere tale forma di incentivazione è necessario accedere ad un apposito sistema informatico attivato dal GSE.

5.2 I sistemi di incentivazione basati sui prezzi

In questi sistemi il legislatore fissa il livello di incentivo e affida al mercato la determinazione del quantitativo di energia rinnovabile che sarà prodotta sulla base di un giudizio di convenienza formulato dagli operatori economici. Il pregio di tale sistema è l'efficacia che deriva dalla sicurezza garantita dal ritorno stabile e prevedibile dell'investimento effettuato dall'imprenditore.

³⁰⁷Cfr. G. M. Caruso, *Fonti energetiche rinnovabili*, in G. Rossi, *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 410. Riguardo alle criticità connesse all'utilizzo dei certificati negoziabili per incentivare la produzione di energia da fonti rinnovabili cfr. anche A. Biancardi, M. Minozzi, *L'utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili per la generazione elettrica: strategie comunitarie, politiche nazionali e ruolo delle Regioni*, in A. Macchiati e G. Rossi (a cura di), *Le sfide dell'energia pulita*, Bologna, 2009, p. 145 e ss.

Tali sistemi si suddividono in due tipologie.

La prima è rappresentata dai sistemi basati sulle tariffe incentivanti con cui il Gestore garantisce il ritiro dell'energia rinnovabile prodotta ad un prezzo prefissato maggiore rispetto a quello di mercato (da qui la qualificazione di *feed in tariff*), poiché comprensivo di una componente di incentivo della fonte rinnovabile. I livelli delle tariffe possono essere differenziati per tipologia di fonte e dimensioni dell'impianto, in modo da riflettere effettivamente i costi sostenuti per la generazione. L'onere dell'incentivo viene di regola trasferito dal Gestore al consumatore finale di energia attraverso specifiche componenti tariffarie della bolletta elettrica. Questo sistema è in grado di garantire certezza circa il ritorno dell'investimento, tuttavia la fissazione di un prezzo predefinito in via amministrativa impedisce che quest'ultimo sia formulato tramite il funzionamento del mercato³⁰⁸.

L'altra tipologia, qualificata come *feed in premium*, ha progressivamente sostituito il sistema dei certificati verdi e consiste nell'erogazione di un premio che viene corrisposto ai produttori di energia per ogni megawattora generato e si somma al prezzo dell'energia che si forma sul mercato³⁰⁹. Il prezzo si determina quindi tramite l'incontro fra domanda e offerta di energia rinnovabile. Nonostante si tratti di un sistema amministrato, il produttore sopporta in ogni caso il rischio relativo alla formazione del prezzo che, a sua volta, invia al mercato segnali appropriati al fine di compiere scelte efficienti. L'adozione di questo sistema potrebbe comportare un eccesso di incentivazione

³⁰⁸ Cfr. M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit., p. 12; anche le considerazioni svolte da M. Grillo, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, p. 61 ss.; G. Landi e C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, p. 79 ss.

³⁰⁹ La Commissione, con la Comunicazione *Delivering the internal electricity market and making the most of public intervention*, COM 2013 7243 final. del 5 novembre 2013, ha posto in luce la necessità di una completa sostituzione dei sistemi *Feed in Tariff* con i sistemi *Feed in Premium*. Questi ultimi presentano il vantaggio di stimolare maggiormente l'efficienza del mercato, in quanto obbligano i produttori di energia rinnovabile a trovare un venditore per la loro produzione, consentendo ai segnali del mercato di raggiungere gli operatori attraverso diversi gradi di esposizione al rischio. Cfr. T. M. Moschetta, *I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione europea*, cit., p. 101.

e, quindi, costi troppo onerosi gravanti sul consumatore finale, qualora il prezzo dell'energia venduta, per una determinata fonte, risultasse molto elevato; al contrario, se il prezzo dell'energia fosse troppo basso, la componente incentivante risulterebbe insufficiente a rendere conveniente la produzione di energia rinnovabile³¹⁰.

In Italia, con la l. n. 244 del 2007, è stato adottato il sistema della Tariffa Omnicomprensiva, successivamente modificato dalla legge n. 99 del 2009. Tale forma di incentivazione è riconosciuta solo all'energia effettivamente immessa in rete, con esclusione dell'eventuale quota destinata all'autoconsumo. La Tariffa presenta una componente che assume il valore di corrispettivo per l'energia prodotta e venduta e una componente aggiuntiva, che rappresenta l'incentivo in senso stretto e varia a seconda della tipologia di fonte utilizzata. Possono accedere a tale forma di energia tutti gli impianti che abbiano ottenuto la qualifica "Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili" (IAFR) con potenza media nominale non inferiore a 1 kW e non superiore a 1 MW entrati in esercizio successivamente al 31 dicembre 2007, ad eccezione di quelli alimentati da fonte solare, per i quali è previsto il sistema del c.d. Conto Energia (che sarà approfondito nel capitolo 4). Anche questo regime di sostegno è finanziato dalla componente tariffaria A3 e prevede una durata di 15 anni dalla data di entrata in esercizio dell'impianto ovvero di 12 anni per gli impianti entrati in funzione prima del 31 dicembre 2007.

Lo scambio sul posto e il ritiro dedicato costituiscono due ulteriori strumenti di incentivazione. Il primo, che non può essere cumulato con la Tariffa Omnicomprensiva e il ritiro dedicato, è un servizio erogato dal GSE che consente di compensare il valore associato all'energia prodotta ed immessa nella rete con il valore dell'energia prelevata dalla rete stessa³¹¹.

Il sistema del ritiro dedicato, disciplinato dal d. lgs. n. 387 del 2003 e dalla l. n. 239 del 2004 e non riguardante esclusivamente le fonti rinnovabili, invece non prevede

³¹⁰ Cfr. M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit., p. 13.

³¹¹ Tale sistema è disciplinato dalla delibera dell'Arera n. 74/08.

l'erogazione di incentivi in senso stretto, ma consente di attivare specifiche convenzioni con il GSE affinché il gestore provveda al ritiro dell'energia prodotta per immetterla sul mercato.

Il d. lgs. 28 del 2011, come rilevato, ha previsto un'integrale rivisitazione dei sistemi di sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili. In particolare l'art. 24 ha stabilito che gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012 potranno beneficiare degli incentivi (che sono disposti con decreto del Ministro dello Sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentita l'Autorità di regolazione e la Conferenza Unificata) sulla base di criteri differenziati a seconda del tipo di fonte rinnovabile impiegata e della potenza dell'impianto, prevedendo che gli impianti di potenza nominale superiore ai valori minimi stabiliti dallo stesso decreto avranno accesso ai meccanismi incentivanti tramite un sistema di aste al ribasso gestite dal GSE. In attuazione di tali disposizioni è stato adottato il d.m. 6 luglio 2012, seguito dal d.m. 23 giugno 2016.

Capitolo 4 – L’evoluzione del sistema degli incentivi nel settore fotovoltaico

1. Gli interventi del legislatore in materia di incentivi per la produzione di energia fotovoltaica

In Italia l’erogazione di incentivi per l’energia fotovoltaica e per l’energia solare termodinamica è stata prevalentemente effettuata mediante meccanismi cd. *feed in premium*, con una durata del sostegno prevista fra i 20 e 25 anni nella forma del Conto energia. Tale modalità di incentivazione prevede l’erogazione di una tariffa incentivante proporzionale all’energia prodotta dagli impianti che si aggiunge a quella di vendita, o di valorizzazione mediante lo scambio sul posto, o all’autoconsumo di energia prodotta.

L’evoluzione normativa degli incentivi per la produzione di energia da fonte solare è stata caratterizzata da un progressivo passaggio da una normativa di evidente favore per la realizzazione di impianti fotovoltaici, volta ad attrarre gli investimenti, sia italiani che esteri, e ad assicurare all’Italia il raggiungimento della propria quota di produzione di “energia rinnovabile” nell’ambito del più ampio obiettivo individuato a livello comunitario ai fini del rispetto del Protocollo di Kyoto, a un ridimensionamento nell’erogazione degli incentivi per la realizzazione di tali impianti conseguente alle criticità riscontrate con riferimento all’eccessivo carico degli oneri finanziari del sistema di sostegno sulle tariffe elettriche, carico che, in ultima analisi, è stato sostenuto dai consumatori finali di energia.

La promozione dell’elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è stata ritenuta dall’allora Comunità Europea come “*obiettivo altamente prioritario*” per il raggiungimento degli obiettivi imposti dal Protocollo di Kyoto. La direttiva 2001/77/CE sulla “*promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità*”, all’art. 3, demandava agli Stati membri l’adozione di

misure “*appropriate*” e “*proporzionate*” al perseguimento del suddetto obiettivo. Tale direttiva è stata attuata in Italia con il d.lgs. n. 387 del 2003, che, al fine di promuovere un maggiore contributo delle fonti rinnovabili alla produzione di energia nel mercato italiano e comunitario e l’aumento del consumo di elettricità derivante da tali fonti, ha imposto un incremento della quota minima di elettricità prodotta dagli impianti alimentati da fonti rinnovabili, sanzionandone il mancato rispetto³¹². Con specifico riferimento all’energia da fonte solare, l’art. 7 dello stesso decreto rimetteva al Ministro per le attività produttive³¹³ e al Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio³¹⁴ la fissazione dei criteri per incentivare la realizzazione dei relativi impianti di produzione e, in particolare, tra l’altro, la previsione di una specifica “*tariffa incentivante, di importo decrescente e di durata tale da garantire un’equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio*”.

Il sistema del Conto energia è stato dunque introdotto con il d.lgs. n. 387/2003 ed è stato applicato per la prima volta nel 2005 mediante l’adozione del Primo Conto energia³¹⁵. Successivamente, nel 2007³¹⁶, mediante il Secondo Conto energia, e nel 2010³¹⁷, mediante il Terzo Conto energia, tale sistema ha continuato a trovare applicazione senza prevedere vincoli massimi alla capacità di generazione attivabile.

Inoltre, intervenendo nella medesima ottica di favore all’installazione di impianti per la produzione di energia da fonte solare, il d.l. n. 3 del 2010³¹⁸ (cd. “Salva Alcoa”) ha esteso, in via eccezionale, la possibilità di beneficiare delle tariffe incentivanti previste dal Secondo Conto Energia (più alte di quelle previste nel Terzo Conto Energia) agli impianti che, in deroga alla regola generale dell’entrata in esercizio entro il 31 dicembre

³¹² Cfr. art. 4.

³¹³ Oggi Ministro dello sviluppo economico.

³¹⁴ Oggi Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare.

³¹⁵ Cfr. il decreto del Ministero dello sviluppo economico 28 luglio 2005 (c.d. I Conto energia).

³¹⁶ Cfr. il decreto del Ministero dello sviluppo economico 19 febbraio 2007 (c.d. II Conto energia).

³¹⁷ Cfr. il decreto del Ministero dello sviluppo economico 6 agosto 2010 (c.d. III Conto energia).

³¹⁸ Si fa riferimento all’art. 2-sexies, comma 1 del decreto legge n. 3 del 2010 (convertito nella l. n. 41 del 2010) sostituito dall’art. 1-septies, comma 1, del d.l. n. 105 del 2010, convertito dalla l. n. 129 del 2010.

2010, erano stati soltanto installati entro tale data, entrando in esercizio nel successivo semestre (entro il 30 giugno 2011).

Nel corso degli anni, il regime di sostegno in esame ha riscontrato un notevole successo, determinando una rilevante crescita del numero degli impianti realizzati e di quelli in corso di realizzazione. Gli incentivi erogati fino al 2011 hanno indotto le imprese ad accelerare gli investimenti in tale settore, comportando però un aumento della componente A3 degli oneri generali di sistema, mediante la quale, come indicato nel precedente capitolo, sono finanziati i sistemi di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili, con conseguente lievitazione delle tariffe elettriche per i consumatori finali di energia. Tali incentivi sono stati erogati senza tener conto dell'avanzamento del progresso tecnologico nel settore della produzione di energia fotovoltaica, che ha contribuito a produrre una diminuzione dei costi di investimento, consentendo, negli anni successivi, di installare impianti a condizioni economicamente meno onerose per gli operatori economici del settore³¹⁹.

La situazione generatasi ha indotto il legislatore³²⁰ ad adottare una politica di disfavore con riferimento all'incentivazione di energia da fonti rinnovabili sicché, a partire dal 2011, è stata prevista una riduzione consistente delle tariffe incentivanti rispetto al periodo precedente ed è stato abbreviato il periodo di operatività del sostegno.

Il primo segnale in tal senso è riscontrabile nella disciplina prevista dal d.lgs. 28/2011³²¹. Tale decreto ha previsto il riordino del quadro istituzionale, finanziario e giuridico di incentivazione per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili, in ottemperanza agli obiettivi fissati dall'Unione europea in materia di politica energetica e di lotta al cambiamento climatico da conseguirsi entro il 2020. In particolare, il d.lgs. n. 28/2011 ha operato una riduzione del periodo di operatività del Terzo Conto Energia,

³¹⁹ Cfr. le osservazioni critiche svolte da G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, cit., 82 ss.

³²⁰ Con l'art. 24 del D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28.

³²¹ Tale decreto ha recepito la Direttiva 2009/28/CE e ha attuato la legge delega n. 96 del 2010 (legge comunitaria 2009).

anticipandone la scadenza dal 31 dicembre 2013 (termine originariamente stabilito) al 31 maggio 2011 e rinviando ad un ulteriore decreto ministeriale i criteri di incentivazione dell'energia prodotta dagli impianti entrati in esercizio successivamente a tale ultima data³²². Il tempo residuo è stato poi coperto da due ulteriori decreti³²³, Quarto Conto energia e Quinto Conto energia, i quali, pur tenendo ferma la durata ventennale degli incentivi, ne hanno ridotto l'entità³²⁴.

Tutti i Conti Energia riconoscono le tariffe incentivanti per un periodo di 20 anni a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell'impianto e ne prevedono il mantenimento costante in moneta corrente per lo stesso periodo. All'esito del riconoscimento delle predette tariffe, i titolari degli impianti stipulano con il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. (ente erogatore, d'ora in avanti: GSE) apposite convenzioni per regolare le rispettive posizioni. La previsione di una durata determinata, con riferimento all'erogazione degli incentivi, era finalizzata a consentire agli investitori di avere contezza dei vantaggi conseguibili attraverso la scelta di installare impianti fotovoltaici e di poter così accedere ad eventuali richieste di finanziamento bancario sulla base di tale aspettativa.

Successivamente, l'art. 26 del decreto legge n. 91 del 2014³²⁵, convertito nella legge n. 116 del 2014, e il d.m. 16 ottobre 2014 hanno introdotto, a partire dal 1 gennaio 2015, una riduzione delle tariffe incentivanti per la produzione di energia termica derivante da impianti solari fotovoltaici di potenza superiore a 200 Kw già riconosciute

³²² Cfr. art. 25, comma 9 e 10.

³²³ d.m. Ministero dello sviluppo economico 5 maggio 2011, (cd. IV Conto Energia) e d.m. Ministero dello sviluppo economico 5 luglio 2012, (cd. V Conto Energia).

³²⁴ Il comma 2, lett. d), dell'art. 24 del d. lgs. n. 28 del 2011 ha espressamente previsto che *“gli incentivi sono assegnati tramite contratto di diritto privato fra il GSE e il soggetto responsabile dell'impianto, sulla base di un contratto-tipo definito dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas”*, confermando con legge il modello convenzionale già introdotto dal GSE.

³²⁵ La norma è inserita nel capo III del d.l. n. 91 del 2014, rubricato «Disposizioni urgenti per le imprese», che riporta quattordici articoli (dal 23 al 30 *sexies*) dedicati al settore energetico.

ai produttori di energia fotovoltaica in base alle vigenti convenzioni e ne ha modificato *in pejus* le modalità di erogazione a partire dal mese di luglio 2014.

In particolare, per quanto concerne la riduzione delle tariffe incentivanti, il comma 3 dell'art. 26 ha previsto tre opzioni alternative tra le quali il soggetto beneficiario degli incentivi avrebbe dovuto sceglierne una - alla luce dei criteri applicativi che avrebbero dovuto essere definiti dal Ministero dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico³²⁶, entro il 1 ottobre 2014 -, dandone espressa comunicazione al GSE entro il 30 novembre 2014. In assenza di tale comunicazione la norma disponeva che il GSE avrebbe applicato l'ultima delle opzioni previste³²⁷.

Dunque, intervenendo unilateralmente sulle convenzioni in essere, l'art. 26 ha statuito al comma 3 che, a partire dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante già riconosciuta per l'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici di potenza nominale superiore a 200 kW sarebbe stata rimodulata in una delle seguenti modalità:

- a) prevedendo l'estensione del periodo di incentivazione da 20 anni a 24 anni, con contestuale ricalcolo della relativa tariffa incentivante già riconosciuta secondo la percentuale di riduzione indicata nella Tabella individuata all'Allegato 2³²⁸;
- b) confermando la durata ventennale degli incentivi, ma con una rimodulazione delle tariffe, prevedendo *“un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all'attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in ugual misura”*³²⁹;

³²⁶ Attualmente denominata Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente.

³²⁷ Con il d.m. 16 ottobre n. 76683, il Ministero dello sviluppo economico ha definito le modalità di applicazione previste dall'art. 26, comma 2, mentre, con il successivo d.m. 17 ottobre n. 76693, sono state individuate le modalità di attuazione indicate dall'art. 26, comma 3. Entrambi i suddetti decreti sono stati pubblicati nella G.U. n. 248 del 24 ottobre 2014.

³²⁸ Con riferimento a tale opzione, il comma 6 demanda agli enti locali competenti di adeguare, in maniera corrispondente, la durata dei permessi per la costruzione e per l'esercizio degli impianti fotovoltaici.

³²⁹ Il legislatore ha peraltro totalmente rimesso l'individuazione dei due periodi e le percentuali di rimodulazione della tariffa nei due periodi ad un apposito decreto del MISE, da emanare, previa audizione dell'AEEG, entro il 1° ottobre 2014, indicando quale unico criterio, la garanzia del raggiungimento di un risparmio di almeno 600 milioni di euro all'anno nel periodo 2015-2019 (rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti), nel caso di adesione di tutti gli aventi titolo all'opzione.

c) fermo sempre il periodo di incentivazione di 20 anni, riducendo la tariffa incentivante secondo le seguenti percentuali, per l'intera durata residua del medesimo periodo:

- del 6% per gli impianti da 200 kW a 500 kW;
- del 7% per gli impianti da 500 kW a 900 kW;
- dell'8% per gli impianti di potenza nominale superiore a 900 kW.

Con riferimento alle modalità di corresponsione delle tariffe incentivanti da fonte solare, le convenzioni stipulate dal GSE con i produttori di energia sulla base del sistema precedente all'adozione dell'art. 26 prevedevano il pagamento integrale mensile degli incentivi sulla base della comunicazione della quantità di energia prodotta, come risultante dai contatori³³⁰.

Il comma 2 dell'art. 26 ha significativamente modificato tali modalità di pagamento, statuendo che, già a decorrere dal secondo semestre 2014, il GSE (a prescindere dalla potenza nominale dell'impianto) avrebbe dovuto erogare le tariffe incentivanti con rate mensili costanti commisurate al 90% della producibilità media annua stimata di ciascun impianto nell'anno solare di produzione, effettuando il conguaglio in relazione alla produzione effettiva entro il 30 giugno dell'anno successivo³³¹.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 16/2017, si è pronunciata in merito alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tar Lazio con riferimento all'intervenuta modifica nel sistema di incentivazione operata dall'art. 26 del decreto legge 91/2014, ritenuta lesiva del principio del legittimo affidamento riposto su posizioni consolidate di vantaggio riconosciute da negozi di diritto privato, dichiarandole infondate.

³³⁰ Soltanto le convenzioni stipulate ai sensi del Terzo, Quarto e Quinto Conto Energia prevedono pagamenti integrali bimestrali per gli impianti con potenza fino a 20 Kw.

³³¹ In data 27 ottobre 2014, il GSE ha poi pubblicato, come da indicazione del decreto, le tabelle dei fattori moltiplicativi da applicare ai previgenti incentivi per il calcolo dell'incentivo rimodulato, in funzione del periodo residuo di diritto agli incentivi. Il 3 novembre 2014 il GSE ha infine pubblicato le "istruzioni operative per gli interventi sulle tariffe incentivanti relative agli impianti fotovoltaici ai sensi dell'art. 26 della Legge 116/2014 (c.d. «Legge Competitività»)", indicando le modalità attraverso le quali attuare l'art. 26 commi 2 e 3.

La Consulta ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, in quanto la rimodulazione avrebbe operato con logica perequativa al dichiarato fine di favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili e di pervenire a una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici, prevedendo che i minori oneri per l'utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica. Tale intervento normativo non avrebbe violato il principio del legittimo affidamento, in quanto non incidente all'interno dei rapporti di durata, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi con il GSE, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile. Si è trattato dunque, secondo la Corte, di un intervento che risponde ad un interesse pubblico, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggior sostenibilità dei costi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica.

Anche alla luce di questa recente sentenza della Corte costituzionale, si ritiene utile approfondire il tema del rapporto della legge con il passato e l'affidamento del cittadino sulla stabilità delle situazioni giuridiche, questione che, con riferimento al fenomeno dell'incentivazione economica, può presentare elementi di criticità, a causa della forte influenza esercitata sulla libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 Cost³³².

³³² Cfr. le riflessioni sull'evoluzione del sistema degli incentivi svolte da B. Caravita, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economica-finanziaria*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, p. 99 ss.; G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1, 2012, 20 marzo 2012; M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit.; C. Ammanati, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2012, p. 2 ss.

2. La nozione giuridica di legge di incentivazione e il suo fondamento costituzionale

L'evoluzione della politica legislativa riguardante gli incentivi per la produzione di energia da fonte solare induce ad interrogarsi sulla necessità di una stabilità normativa dei regimi di sostegno e, in caso di mutamenti che investono il passato, sulla possibile lesione delle aspettative riposte dagli operatori economici sulla loro vigenza temporale.

L'art. 41 della Cost., al comma 3, conferisce allo Stato un potere di indirizzo e coordinamento dell'iniziativa economica privata. Secondo la dottrina, la determinazione di programmi e controlli, espressamente previsti dall'articolo 41 della Costituzione, costituisce solo una delle misure mediante le quali può esplicarsi il potere di indirizzo statale, *“sono presupposte pertanto e sono ipotizzabili altre forme e strumenti, con i quali svolgere il potere stesso”*³³³. Tra queste altre forme e strumenti si collocano gli incentivi economici, figure caratterizzanti la legislazione economica. Come osserva Loiodice, *“lo Stato non può limitarsi ad indirizzare soltanto coattivamente le forze economiche private verso le mete di maggior produzione e di più equa distribuzione dei rapporti sociali, ma opera anche attraverso la previsione legislativa di ausili finanziari ai privati. Tale sistema, che preferisce una misura incentivante ad una autoritaria (che possa produrre gli stessi effetti economici), si può ricondurre al principio della minima coazione per il raggiungimento del maggior risultato, principio congeniale ad un ordinamento democratico in quanto contribuisce ad assicurare la massima libertà”*³³⁴. Tale tipo di

³³³ Cfr. A. Loiodice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesaurò*, II, Milano, 1968, p. 795. Secondo M. Luciani, il fondamento costituzionale delle leggi di incentivazione risiede nel potere di governo dell'economia, attribuito in via generale allo Stato dall'art. 41. L'espressione “programmi e controlli” andrebbe interpretata come comprensiva di tutti i possibili interventi del potere pubblico (autoritativi e non) sull'attività economica privata. Cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 5. Sulla nozione di incentivo cfr. anche F. Rigano, *Le leggi promozionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, p. 11.

³³⁴ Loiodice osserva che con l'adozione di tali misure *“si configura una legislazione a basso grado di astrattezza volta a costituire situazioni di vantaggio che potrebbero trovare la propria fonte anche in provvedimenti amministrativi o in una normazione secondaria invece che nella legge stessa”* Cfr. A.

legislazione, intervenendo sulla convenienza economica delle operazioni e delle attività previste dalle singole leggi, vincola dunque solo i soggetti che intendono porsi nella situazione richiesta al fine di usufruire dei vantaggi offerti dalla legge di incentivazione. Il vincolo posto in essere dalla legge-incentivo si fonda su un atto volontario di consenso proprio del soggetto che intende beneficiare dell'incentivo. In tal modo lo Stato persegue i fini sociali ed economici ponendo in essere misure volte a rendere convenienti solo determinate attività o investimenti, incoraggiando lo svolgimento di quelle attività economiche che senza il sostegno dei pubblici poteri non si sarebbero realizzate.

Tradizionalmente all'interno dell'ambito delle iniziative economiche private si possono distinguere le iniziative economiche che si svolgono per effetto dell'impulso incentivante dello Stato da quelle che invece si esplicano al di fuori di tale intervento. Nella categoria unitariamente considerata degli incentivi, quali strumenti volti a stimolare l'iniziativa economica privata, possono invece individuarsi due sotto-categorie, composte dagli incentivi predisposti e concessi nelle forme di diritto privato e da quelli resi nelle forme di diritto pubblico³³⁵.

Con riferimento agli incentivi resi nelle forme di diritto pubblico, Guarino ha configurato l'autonoma categoria delle leggi-incentivo, che ritiene contraddistinta da alcuni elementi caratterizzanti³³⁶. In primo luogo, mediante le leggi-incentivo il potere pubblico, nel perseguimento dell'interesse collettivo, intende stimolare i privati a compiere una certa attività, quasi sempre di carattere economico, o a compiere tale attività in un determinato modo. In secondo luogo, la legge-incentivo collega lo svolgimento dell'attività desiderata ad un vantaggio, che si pone come controprestazione³³⁷. In terzo

Loidice, *op. ult. cit.*, 796. Cfr. sul punto anche A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 210.

³³⁵ Cfr. A. Loidice, *op. cit.*, 798. Diffusamente sulle forme giuridiche assunte dagli incentivi cfr. anche Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, p. 100 e ss.

³³⁶ Cfr. G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, p. 131.

³³⁷ L'Autore osserva che "il collegamento tra il compimento dell'attività ed il concreto conseguimento del vantaggio è dimostrato dal fatto che di norma, se l'attività non è compiuta, il vantaggio, anche se confermato con provvedimento amministrativo individuale, non è concretamente erogato; in quei casi meno

luogo, il privato compie la specifica attività economica in quanto esiste la legge-incentivo. In assenza della legge incentivante l'attività economica stimolata dallo Stato non sarebbe compiuta o sarebbe compiuta in modalità meno rispondenti al perseguimento dell'interesse collettivo.

Guarino valorizza il rapporto che si instaura tra la legge incentivante e la volontà autonoma del privato, ritenendolo rilevante ai fini della disciplina costituzionale (gli atti amministrativi invece, secondo l'Autore, non costituiscono che il meccanismo di erogazione del vantaggio dopo che il privato ha già compiuto o si è impegnato a compiere l'attività desiderata, dopo cioè che la legge ha già realizzato il suo scopo specifico). Infatti, *“dal punto di vista formale la legge-incentivo non è autoritaria, non utilizza quindi le forme tipiche di efficacia degli atti legislativi; essa non modifica la condizione giuridica dei privati senza il loro consenso, ma predispone degli effetti che si produrranno se e in quanto i privati, ai quali la legge è diretta, abbiano dimostrato, con una loro manifestazione di volontà esplicita, di volersene avvalere”*³³⁸.

Sulla base della legge-incentivo viene a configurarsi un rapporto peculiare, già disciplinato dalla legge come strumento per il conseguimento dell'utilità sociale. La legge-incentivo infatti viene adottata per iniziativa dei pubblici poteri al fine di indurre i privati a compiere una determinata attività economica, presenta un contenuto sempre generale e, nella maggior parte dei casi, contiene la previsione di un termine da rispettare per ottenere l'erogazione dell'incentivo. Ne discende l'ulteriore elemento della temporaneità, in quanto *“ogni legge-incentivo che procuri vantaggi economici ha un carattere necessariamente temporaneo, se non altro per la esauribilità dello stanziamento”*³³⁹.

frequenti in cui il vantaggio è erogato sulla base del solo impegno da parte del privato a compiere l'attività, l'accertamento che l'attività non si è in seguito realizzata o è rimasta indebitamente sospesa porta alla revoca del vantaggio e talvolta alla irrogazione di sanzioni”. Cfr. G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., p. 132.

³³⁸ Cfr. G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., p. 132.

³³⁹ Cfr. G. Guarino, *op. cit.*, p. 141.

3. I limiti delle leggi di incentivazione e la questione della revoca legislativa degli incentivi

Il tema della revoca³⁴⁰ legislativa degli incentivi è stato già affrontato dalla dottrina fin dagli anni Sessanta del secolo scorso. La problematicità di tale situazione deriva dal fatto che l'erogazione dell'incentivo è già avvenuta, dunque il beneficio economico è già entrato nella sfera giuridica del soggetto privato. La dottrina si è dunque interrogata sull'opportunità di riconoscere una tutela alla situazione giuridica dei privati beneficiari dell'incentivo.

La revoca è espressione del potere in capo al legislatore di provvedere con nuovi atti alle esigenze che di volta in volta si presentano. Nel caso di revoca legislativa di incentivi economici questa si configura come comminazione retroattiva di una misura svantaggiosa per i privati destinatari delle leggi-incentivo. Tale atto si caratterizza per la sua efficacia retroattiva in quanto si riferisce, direttamente o indirettamente, a rapporti già disciplinati dalla legge-incentivo e tende ad annullare il beneficio concesso da tale legge.

L'incentivo si inserisce nella realtà economica, caratterizzata da una notevole dinamicità, con il fine di indirizzarla verso una determinata direzione. Proprio a causa di tale dinamicità talvolta potrebbe rendersi necessario un intervento dei pubblici poteri anche con finalità disincentivante, qualora dovesse presentarsi un mutamento della situazione economica e giuridica.

Secondo Guarino, la legge successiva che dispone l'annullamento dei vantaggi previsti da una legge di incentivazione precedente è contraria alla Costituzione a causa

³⁴⁰ Per revoca si intende disposizione con efficacia retroattiva.

della “impegnatività” insita nella legge incentivante, che configura come una fonte atipica, resistente all’abrogazione da parte di una legge ordinaria successiva. Il potere legislativo ordinario incontrerebbe dunque un limite nell’impegno assunto con tale legge, con conseguente preclusione di ogni modifica o annullamento della parte della legge che stabilisce vantaggi. Il carattere di impegnatività e la sua salvaguardia inibiscono al legislatore ordinario “*sia l’abrogazione totale o parziale delle disposizioni di questa legge [...] sia l’adozione di nuovi precetti dettati in modo speciale per i soggetti privati che siano divenuti concreti destinatari*” di essa. La salvaguardia di tale impegnatività troverebbe il proprio fondamento costituzionale negli artt. 41, 42, 25 e 3 Cost.

Secondo l’Autore la responsabilità dell’iniziativa economica svoltasi dietro l’impulso statale va riferita alla legge stessa che l’ha provocata, tale tipo di attività economica va quindi ricondotta al terzo comma dell’art. 41 Cost., in quanto essa è già stata valutata conforme all’utilità sociale dalla legge di incentivazione e non può subire i limiti derivanti dall’esercizio dei poteri conferiti al legislatore dal secondo comma. In tal caso risulterebbe violata la libertà di iniziativa economica, perché il rapporto tra lo Stato e il privato instauratosi mediante la legge-incentivo risulterebbe inficiato da un vizio di presupposto: “*il soggetto privato si induce a volere, ed assume quindi l’iniziativa economica sollecitata dallo Stato, solo perché la legge gli ha assicurato determinate condizioni di vantaggio; ma quando l’iniziativa sia stata realizzata, ed il privato non abbia più la possibilità di tirarsi indietro, lo Stato, profittando della forza formale della legge, fa scomparire o modifica il presupposto senza il quale il privato non si sarebbe impegnato*”³⁴¹. Dunque secondo l’Autore, la legge che annulla il vantaggio predisposto da una precedente legge-incentivo farebbe venir meno il presupposto (vantaggio) predetto e perciò sarebbe contrastante con l’art. 41 Cost.

Guarino ritiene configurabile anche un contrasto con l’art. 42 Cost., in quanto la legge che dispone l’abrogazione di incentivi con efficacia retroattiva priva i beni su cui si fonda l’attività economica del loro valore senza il consenso del loro titolare.

³⁴¹ Cfr. G. Guarino, *op. cit.*, p. 156.

Inoltre l'Autore rinviene un contrasto con l'art. 25 Cost. poiché, ritenendo tale articolo riferirsi non solo alla materia penale, ma alla materia punitiva in genere, dunque idoneo a vietare la retroattività di una legge quando essa sia espressione di un sacrificio (inteso quale pena in senso lato per il cittadino), tale norma costituzionale sarebbe altresì idonea a vietare la legge recante l'abrogazione retroattiva di una legge-incentivo, sicuramente inquadrabile come una legge produttrice di svantaggi.

Con riferimento al principio di eguaglianza, la legge suddetta comporterebbe l'assoggettamento ad un medesimo trattamento di situazioni obiettivamente differenti, eliminando la diversità, riconosciuta dallo stesso legislatore, sussistente tra il soggetto che intende intraprendere una determinata attività economica sulla base dell'incentivazione riconosciuta e il soggetto che è in grado di svolgere la stessa attività indipendentemente dall'incentivo.

Guarino, tuttavia, mitiga la rigidità della propria posizione, precisando che lo Stato mediante l'adozione di una legge-incentivo non intende rinunciare in maniera definitiva ad esercitare i suoi poteri legislativi in un determinato ambito, ma piuttosto intende vincolare nel contenuto, limitatamente ai benefici riconosciuti dalla legge incentivante, il successivo esercizio di tali poteri³⁴².

A differenza della tesi di Guarino, che si è interrogato sulla sussistenza o meno di una particolare disciplina delle leggi di incentivazione, come fonti atipiche o super leggi, altri autori hanno spostato l'attenzione sulla tutela dei destinatari dei benefici previsti dalle leggi-incentivo, interrogandosi sulla legittimità costituzionale di un atto legislativo il cui contenuto è sostanzialmente analogo a quello di un provvedimento amministrativo di revoca.

Bachelet non ritiene configurabile una super legge di incentivazione, negando l'esistenza di una categoria di leggi-incentivo come fonte atipica non modificabile dalla

³⁴² Cfr. G. Guarino, *op. cit.*, p. 147.

legge ordinaria³⁴³. Egli osserva infatti che “*la legge di cui all’ultimo comma dell’art. 41 Cost. è una legge ordinaria, non una super legge e tale è, tanto nel caso di una organica legge che approvi il programma economico nazionale, quanto nel caso di singole leggi di programmazione o di intervento nella vita economica basate sulla stessa disposizione costituzionale. Il costituente avrebbe potuto, di certo, stabilire per tali leggi procedimenti speciali, o particolari contenuti, o una diversa efficacia; ma la verità è che non lo ha fatto neppure implicitamente. I limiti di contenuto posti dall’art. 41 al legislatore (garanzia della libertà di iniziativa, fini sociali dei programmi e controlli) non sembrano dare alle leggi che li abbiano osservati una speciale efficacia o – come anche è stato detto – una speciale «durezza»*”³⁴⁴.

Per quanto riguarda il tema della tutela delle situazioni soggettive, l’Autore ritiene che debba ancora essere risolto il problema di salvaguardare la posizione di chi, confidando nel legislatore, abbia intrapreso una attività economica per ottenere il beneficio correlativamente promesso. La Corte costituzionale, secondo l’Autore, dovrebbe intraprendere un accurato scrutinio sulla coerenza e ragionevolezza di quella legge che, intervenendo sui benefici derivanti da una legge-incentivo, ne preveda il loro sacrificio. Dunque Bachelet, pur non condividendo le conclusioni elaborate da Guarino, inizia a porre in rilievo il profilo della necessaria tutela delle “*situazioni soggettive del cittadino nei confronti dello Stato legislatore*”³⁴⁵ e le esigenze di giustizia che vi sono riconosciute.

Anche Benadusi si è dedicato alla confutazione della tesi di Guarino riguardo alla categoria delle leggi-incentivo³⁴⁶. Secondo questo Autore le leggi-incentivo non

³⁴³ Cfr. V. Bachelet, *Leggi o super leggi di incentivazione?*, in *Giur. Cost.*, 1965, p. 593. L’Autore articola il problema in due questioni: la prima, di carattere soggettivo, riguarda le necessarie garanzie da riconoscere al cittadino che sia parte di un rapporto convenzionale con lo Stato; la seconda, di carattere oggettivo, riguarda l’individuazione o meno di un particolare posizione ed efficacia delle leggi-incentivo nel sistema delle fonti.

³⁴⁴ Cfr. V. Bachelet, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, cit., p. 599.

³⁴⁵ Cfr. V. Bachelet, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, cit., p. 601.

³⁴⁶ Cfr. L. Benadusi, *Attività di finanziamento pubblico; aspetti costituzionali ed amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966, p. 890 e ss.

godrebbero di un particolare rilievo giuridico e la Costituzione non contemplerebbe alcuna speciale qualificazione normativa di tale tipologia di leggi. Al contrario, secondo l'impostazione di Benadusi, affermare l'esistenza di una speciale qualificazione giuridica delle leggi-incentivo implicherebbe la necessaria individuazione di disposizioni costituzionali da cui desumere *“una speciale disciplina volta a porre limiti al legislatore al fine di tutelare [...] le situazioni soggettive dei beneficiari degli incentivi”*³⁴⁷. L'Autore nega quindi una speciale forza passiva della legge-incentivo e non ritiene configurabili forme di tutela specifiche per i destinatari di tali leggi³⁴⁸.

Loiodice invece intende conferire rilievo preminente alle modalità di estinzione degli incentivi economici, in quanto *“se è vero che questi, al momento della concessione ed utilizzazione, rappresentano una ingerenza leggera (di indirizzo ed orientamento) nei confronti del diritto di iniziativa privata, è anche vero che, al momento della estinzione e della revoca, l'intervento estintivo riveste carattere di ingerenza più pesante (di ablazione o imposizione), si direbbe, aggressiva della libertà giuridica degli operatori privati, cui sottrae il sostegno incentivante”*³⁴⁹. Secondo l'impostazione dell'Autore, le leggi-incentivo instaurano un rapporto quantitativo di convenienza economica tra la sfera giuridica dei destinatari degli incentivi e l'attività economica che si intende stimolare. Tale rapporto economico, nel corso della realizzazione dell'attività economica incentivata, può essere alterato mediante una legge successiva dotata di efficacia retroattiva, rendendolo più gravoso per il soggetto destinatario dell'incentivo.

³⁴⁷ Cfr. L. Benadusi, *Attività di finanziamento pubblico; aspetti costituzionali ed amministrativi*, cit., p. 896. Secondo l'Autore la categoria delle leggi-incentivo non troverebbe neanche un fondamento nell'art. 41 Cost., né sarebbe ricollegabile ai principi di buona fede, di affidamento, di irretroattività della legge e di eguaglianza.

³⁴⁸ Cfr. criticamente sulla tesi di Benadusi cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, pag. 817 e ss. Secondo l'Autore vi è *“una sovrapposizione dell'ordine di argomentazioni relativo a questi aspetti che lascia perplessi ed invita a riflettere se, in definitiva, la mancanza di una speciale forza passiva della legge-incentivo possa significare nello stesso tempo carenza di tutela per i destinatari di tali leggi; come anche, se la possibilità di una tale revoca per motivi di sopravvenienza giustifichi una revoca senza tali motivi (la quale sia fondata, pur in presenza di un'immutata realtà, su di un diverso apprezzamento che il legislatore intende operare)”*.

³⁴⁹ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 820.

Loiodice distingue l'ipotesi in cui l'evento dal verificarsi del quale dipende l'estinzione dell'incentivo è noto al soggetto beneficiario, in quanto previsto sin dal principio dalla legge attributiva del vantaggio economico, da quella in cui tale evento risulta incerto, in quanto non previsto sin dalla legge-incentivo, ma si verifica in virtù di una legge sopravvenuta che reca l'abrogazione retroattiva delle misure di sostegno³⁵⁰.

Prendendo in considerazione il caso descritto dalla seconda ipotesi e presupponendo che la situazione di fatto e di diritto sussistente al tempo dell'entrata in vigore della legge-incentivo non sia mutata, l'Autore conclude ritenendo che *“la revoca legislativa degli incentivi economici, rebus sic stantibus, costituisce un arbitrio ai danni dei destinatari delle leggi-incentivo, che potrebbe sembrare giustificato dalla forza formale della legge e dai principi relativi alla successione delle leggi nel tempo”*³⁵¹.

Per quanto riguarda la revoca degli incentivi disposta nelle forme di un negozio di diritto privato e di un atto amministrativo, tale revoca risulterà illegittima se intervenuta in assenza dei relativi requisiti richiesti dall'ordinamento (e proprio tale carenza, in ultima analisi, si identificherà nell'arbitrarietà). Con riferimento alle revoche degli incentivi realizzate con lo strumento legislativo diventa invece più complicato individuarne il carattere arbitrario. Infatti osserva Loiodice che una qualsiasi legge, disponendo l'abrogazione retroattiva di una legge-incentivo con eliminazione delle misure di sostegno ivi previste, può realizzarne in sostanza una revoca. Ne consegue che, *“in tal caso, siffatta revoca legislativa potrebbe non essere valutata alla stregua di una eventuale arbitrarietà bensì solo alla luce dei problemi connessi alla successione delle leggi nel tempo”*³⁵².

³⁵⁰ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 821.

³⁵¹ L'Autore precisa che *“ampliando la visuale anche verso le forme di revoca ed estinzione non effettuate con legge ma con forme privatistiche o di diritto amministrativo, per le quali l'ordinamento si preoccupa di evitare ipotesi di arbitri, si avverte che esigenze di coerenza dell'ordinamento dovrebbero condurre a ritenere che la revoca di un incentivo (quale che sia lo strumento adottato, legislativo o non) debba soggiacere ad una disciplina unitaria, in modo che anche sul piano legislativo siano evitati gli arbitri”* Cfr. A. Loiodice *op. cit.*, p. 821.

³⁵² Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 824.

Il problema dunque della legittimità o meno di una revoca legislativa degli incentivi si sposta sul piano della successione delle leggi nel tempo e del principio della irretroattività. Come è da escludersi che gli atti amministrativi possano essere revocati senza alcun limite, parimenti è da escludersi che l'abrogazione retroattiva di una legge possa legittimare anche gli arbitri del legislatore. *“La disciplina degli incentivi economici, in riferimento alla loro revoca e abolizione, resta unitaria e non consente arbitrii altrimenti si aprirebbe la strada al sovvertimento del sistema economico ed al disconoscimento dell'iniziativa economica privata per mezzo di frodi legislative, di raggiri della Costituzione”*³⁵³.

Operando una distinzione tra i fenomeni dell'abrogazione e della retroattività, l'Autore giunge alla considerazione che la problematica delle revoche legislative di misure di sostegno già disposte, *“investendo gli incentivi e i rapporti ad essi connessi, riguarda più l'effetto retroattivo delle leggi, che quello abrogativo”*³⁵⁴. Loiodice precisa inoltre che, *“poiché deve riconoscersi che gli atti si individuano in relazione agli effetti cui danno luogo ed al potere giuridico di cui sono espressione, deve dirsi che l'atto di abrogazione dà luogo all'effetto abrogativo ed è espressione di un potere formale, del potere cioè di caducazione degli atti normativi; mentre l'atto di retroattività dà luogo all'effetto retroattivo ed è espressione di un potere sostanziale e cioè del potere di disciplinare i rapporti già sorti nel passato. Il potere di abrogare un atto normativo è pertanto distinto e diverso dal potere di fissare l'efficacia temporale di un atto, anche se i due poteri più volte si esplicano congiuntamente”*³⁵⁵.

Dunque, adottando tale ottica, con l'espressione abrogazione si indica sia l'atto di abrogazione, che l'effetto prodotto da tale atto; mentre con l'espressione retroattività si designa l'effetto di un atto che dispone per il passato³⁵⁶. Da questa impostazione si

³⁵³ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 825.

³⁵⁴ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 828.

³⁵⁵ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 826. Sulla distinzione tra abrogazione e retroattività cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1962, p. 297. e ss.

³⁵⁶ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 295.

desume che l'effetto abrogativo incide sulle norme e non sull'atto che le aveva prodotte, non investe dunque i rapporti già stabiliti dalle norme precedenti; invece la legge retroattiva altera i rapporti già regolati da norme precedenti, estendendo la sua efficacia ad un momento precedente la sua entrata in vigore e stabilendo una nuova disciplina, diversa da quella alla quale tali rapporti erano assoggettati³⁵⁷.

4. La retroattività come eccezione e le situazioni giuridiche tutelate dalla legge di incentivazione

Come noto, il principio di irretroattività è un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico ed è stabilito dall'art. 11 delle preleggi. Trovando però espressione in una legge ordinaria, tale principio non risulta idoneo a vincolare le leggi di pari grado.

L'art. 25 Cost. dispone il divieto di leggi retroattive penali, le ragioni che giustificano tale divieto sono state individuate nell'esigenza di "*evitare l'arbitrio legislativo in materia particolarmente grave*"³⁵⁸.

Per quanto riguarda le leggi non penali si ammette invece la presenza di leggi retroattive nell'ordinamento, ma l'adozione di tale tipologia di leggi presenta certamente un carattere di eccezionalità, in quanto si pone in contrasto con le esigenze di coerenza proprie dell'ordinamento³⁵⁹. In particolare, le leggi non penali potranno avere effetti retroattivi purché non contrastino, direttamente o indirettamente, con altre norme

³⁵⁷ Secondo la distinzione tra gli effetti legali e gli effetti materiali che l'ordinamento ricollega ad un tipo di atto in quanto tale, l'effetto abrogativo rientra tra gli effetti legali, mentre l'effetto retroattivo rientra tra quelli materiali, riguardando il contenuto dispositivo dell'atto. Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 296.

³⁵⁸ Cfr. C. Esposito, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Saggi, Padova, 1954, p. 89.

³⁵⁹ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 832.

costituzionali. Infatti, dato il suo carattere di eccezionalità, l'illegittimità di una disposizione di legge retroattiva può discendere non solo dal contrasto con qualche specifico precetto costituzionale, ma anche dalla mancanza di una giustificazione logica sufficiente³⁶⁰. *Questa impostazione consente di cogliere anche le ipotesi in cui una legge, pur nel rispetto formale di alcuni principi costituzionali, costituisce tuttavia un aggiramento di altri principi e pertanto un arbitrio del legislatore*³⁶¹.

Con riferimento alla legittimità costituzionale di una abrogazione legislativa degli incentivi disposti in base a una legge, il principale profilo che assume rilievo è quello della arbitrarietà. Le tensioni che si manifestano in tale contesto intervengono sia sul piano legislativo che sul piano soggettivo. Sul piano legislativo, alle esigenze di mutabilità dell'indirizzo politico si contrappone la necessità di arginare l'arbitrio del legislatore; sul piano soggettivo, si fronteggiano la prevalenza dell'interesse pubblico e la salvaguardia delle esigenze private, nei limiti della intangibilità delle situazioni soggettive garantite dalla Costituzione, che, a loro volta, costituiscono espressione ad un tempo del perseguimento dell'interesse pubblico e dell'interesse privato (configurabile come interesse a pretendere l'osservanza delle norme che tutelano tali situazioni). La composizione di tali contrasti è rimessa al prudente apprezzamento del legislatore; qualora il legislatore oltrepassasse i limiti stabiliti dalla Costituzione, si configurerebbe una ipotesi di arbitrio, come tale sindacabile dalla Corte costituzionale³⁶².

Per agevolare l'individuazione di una ipotesi di arbitrio, Loiodice tenta di identificarne alcuni indici rivelatori³⁶³. L'Autore connette la questione in esame alla

³⁶⁰ Cfr. G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli, 1957-1962, p. 221; Loiodice osserva che *“La dottrina che coglie questo aspetto, più generale e più interessante, della irretroattività parte dal rapporto di regola e di eccezione che sussiste tra irretroattività e retroattività. Se la retroattività è un'eccezione, ne discende di logica necessità che essa debba trovare una giustificazione. Si deve infatti riconoscere che l'irretroattività, pur non essendo un principio espressamente sancito dalla Costituzione nel campo extra-penale, è pur sempre un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico e come tale non può essere trascurato”*, cfr. *op. cit.*, p. 832.

³⁶¹ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 830;

³⁶² Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 834.

³⁶³ L'Autore segue un'impostazione analitica, elencando esempi concreti e riportandone gli aspetti giuridicamente rilevanti.

figura dell'eccesso di potere legislativo e rileva la necessità che il controllo di legittimità costituzionale sia operato tenendo ben presente la situazione di fatto, nella quale può rinvenirsi l'abuso che inficia l'atto legislativo. Infatti se quest'ultimo fosse considerato solo in astratto, potrebbe risultare conforme alla Costituzione, in quanto l'eccesso di potere legislativo, come definito da Abbamonte, si configura quale “*violazione di norme-principio il cui significato va stabilito alla luce del fatto che ha dato luogo alla controversia e delle disposizioni della norma impugnata*”³⁶⁴, dunque l'indagine richiede di spingersi oltre gli elementi costitutivi e contenutistici dalla legge, fino alla considerazione della situazione che è stata modificata dall'atto legislativo in esame, per apprezzare come questa si presentava anteriormente all'emanazione dello stesso.

L'accertamento della violazione si riconduce al livello dei principi, o più precisamente, al livello dello “*spirito informatore dell'ordinamento costituzionale*”³⁶⁵. Il complesso dei limiti che il legislatore verrebbe a violare con le disposizioni revocatorie degli incentivi viene designato dalla dottrina e dalla giurisprudenza come “*tutela costituzionale delle leggi di incentivazione*”. Tale tutela si può atteggiare in due diversi modi: (i) considerando le leggi-incentivo come sovraordinate gerarchicamente alle leggi ordinarie e quindi prevedendo che, data la loro superiorità gerarchica, le leggi successive non possano modificarle in alcun modo, oppure (ii) considerando le leggi-incentivo come pariordinate gerarchicamente alle leggi ordinarie, ma prevedendo che le leggi successive, pur potendo modificarle, non possano intervenire sulle situazioni soggettive già sorte in capo ai relativi destinatari. Dunque le alternative che si pongono riguardano l'ammissibilità di una posizione particolare nel sistema delle fonti assunta dalle leggi di incentivazione, o l'ammissibilità di una tutela diretta ricavabile dalle norme costituzionali per le situazioni soggettive derivanti dalla previsione degli incentivi³⁶⁶.

In accordo con Loiodice, si ritiene di non accogliere la prima alternativa. Le leggi

³⁶⁴ G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano*, cit., p. 195.

³⁶⁵ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 843.

³⁶⁶ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 846.

di incentivazione sono individuabili soltanto tramite gli elementi peculiari del fine e del contenuto, e non possono costituire alcun limite formale per le leggi atipiche, né escludere la sovranità del legislatore dal settore già disciplinato dalla legge-incentivo³⁶⁷.

Con riferimento alla seconda alternativa, l'Autore distingue l'ipotesi in cui una legge intervenuta successivamente nella sfera disciplinata da una legge-incentivo lascia immutati i vantaggi attribuiti dalla legge incentivante, non incidendo quindi sulle relative situazioni soggettive sorte (vi sarà quindi abrogazione senza retroattività); dall'ipotesi in cui una legge intervenuta successivamente modifica tali vantaggi (vi sarà allora abrogazione con retroattività)³⁶⁸. Ai fini della nostra indagine assumerà rilievo la seconda ipotesi, rispetto alla quale potrebbe verificarsi una compressione delle situazioni giuridiche derivanti da una legge di incentivazione, che possono unitariamente ricollegarsi al diritto alla libertà di iniziativa economica privata e al diritto all'eguaglianza.

Secondo Guarino, la legge successiva volta ad annullare i vantaggi economici predisposti da una legge-incentivo potrebbe configurarsi come un'imposizione fraudolenta dell'attività economica prevista dalla legge di incentivazione, trasformandosi in una legge trabocchetto³⁶⁹. Le due leggi sarebbero infatti entrambe conformi alla Costituzione, se considerate singolarmente, ma il risultato della loro azione congiunta si porrebbe in violazione dei principi costituzionali, imponendo fraudolentemente lo svolgimento di un'attività economica e contrastando così con il diritto alla libertà di iniziativa economica. I privati esercitano la libertà di iniziativa economica sulla base di calcoli di convenienza e predisponendo un programma economicamente vantaggioso, che poi decidono di realizzare. Tale programma può basarsi anche sullo sfruttamento dei benefici offerti da leggi di incentivazione sui quali dunque ripongono il loro affidamento. Conseguentemente, la legge successiva recante l'abrogazione retroattiva di tali benefici

³⁶⁷ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 849.

³⁶⁸ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 850.

³⁶⁹ Cfr. G. Guarino, *op. cit.*, p. 143.

è idonea a turbare il programma economico predisposto dai privati, incidendo sull'esercizio del diritto di libera iniziativa economica anche in modo grave, qualora essi, avendola già realizzata, non possano più porre nel nulla la loro iniziativa³⁷⁰.

Inoltre, entra in gioco anche la violazione dell'art. 3 Cost., in quanto se una legge imponesse arbitrariamente un'iniziativa economica solo ad alcuni soggetti e non ad altri, posti nella medesima situazione, si configurerebbe una disparità di trattamento. *“Al momento dell'entrata in vigore della legge revocatrice risulterà, infatti, imposta un'iniziativa economica solo agli imprenditori che abbiano volontariamente conformato la propria condotta alla legge-incentivo, in vista dei vantaggi offerti e fiduciosi nell'atto più impegnativo dello Stato (la legge). La stessa imposizione non graverà invece su quegli imprenditori che, forse privi di fiducia nel legislatore, non hanno accolto le sollecitazioni contenute nella legge”*.

Dunque, Loiodice pone la questione della tutela costituzionale della legge di incentivazione sul piano della garanzia costituzionale di alcune situazioni giuridiche soggettive concludendo che la legge successiva volta a revocare i vantaggi accordati dalla legge-incentivo può modificare tale legge purché non incida su tali situazioni soggettive, che costituiscono dei veri e propri limiti per il legislatore. Tali limiti vengono ricondotti ad un principio costituzionale che, anche se non presente espressamente nel testo della Costituzione, è idoneo a vincolare il potere legislativo e può esprimersi come *“diritto del soggetto privato a conservare le situazioni di vantaggio che non costituiscano privilegi e non contrastino con la Costituzione”*³⁷¹.

Analogamente, argomenta l'Autore, l'irretroattività della legge penale non configura un problema di gerarchia delle fonti, in quanto il legislatore penale non incontra un limite in leggi ordinarie precedenti, gerarchicamente sovraordinate, ma il divieto di

³⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 78 del 1958.

³⁷¹ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 857. L'Autore specifica che tale principio costituisce l'aspetto soggettivo del noto principio che vieta l'abuso e la frode del legislatore. *“Se si ritiene che il legislatore non possa commettere abusi e frodi, si deve anche ammettere che da ciò discende una tutela soggettiva per i privati e così viceversa”*.

irretroattività deriva dalla tutela delle situazioni soggettive di libertà garantite ai singoli dalla Costituzione.

Dunque la tutela costituzionale delle leggi di incentivazione si pone nell'ambito più generale della tutela accordata dalla Costituzione ad alcune situazioni soggettive. La lesione delle situazioni soggettive di vantaggio derivanti da leggi di incentivazione si qualifica allora come violazione sia dell'impegnatività delle leggi-incentivo, intesa come riflesso sul piano legislativo della tutela garantita dalla Costituzione a tali situazioni soggettive, sia come lesione del "*principio generale di conservazione degli aspetti vantaggiosi delle situazioni giuridiche soggettive costituzionali*"³⁷².

Gli indici individuati dall'Autore per rilevare l'illegittima incidenza che le leggi successive esercitano sugli effetti scaturiti dalla precedente legge-incentivo sono desumibili *dalla situazione normativa e di fatto su cui l'atto incide*³⁷³. Tali indici consistono nella presenza di una abrogazione, totale o parziale, espressa o implicita, delle disposizioni della legge-incentivo dalle quali scaturiscono i vantaggi che caratterizzano la legge stessa e nel riferimento agli stessi destinatari della legge-incentivo delle misure sfavorevoli adottate da una legge successiva che annullano i vantaggi prima concessi³⁷⁴.

In conclusione, secondo l'impostazione di Loiodice la revoca legislativa degli incentivi economici, nel caso in cui non sia mutata la situazione di fatto e di diritto (inteso come scenario economico e giuridico) esistente al momento dell'entrata in vigore della legge-incentivo, costituisce una ipotesi di eccesso di potere legislativo³⁷⁵. La retroattività della abrogazione degli incentivi economici contrasta infatti con la libertà di iniziativa economica e il diritto di eguaglianza, in quanto viola il principio di conservazione delle situazioni di vantaggio. Qualora invece il mutamento della situazione economica e

³⁷² Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 859.

³⁷³ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 860.

³⁷⁴ Cfr. A. Loiodice, *op. cit.*, p. 861.

³⁷⁵ Merusi critica la configurabilità dell'eccesso di potere legislativo. Cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001.

giuridica sia tale per cui l'incentivo non trovi più fondamento, trasformandosi anzi in un privilegio riservato solo ad alcuni operatori economici, la legge-incentivo che lo prevede sarà ritenuta affetta da incostituzionalità sopravvenuta.

Risulta dunque fondamentale il ruolo svolto dalla Corte costituzionale con riferimento alla sindacabilità costituzionale della ragionevolezza del legislatore nella revoca dei vantaggi in precedenza concessi, in quanto, *“se il controllo sulle leggi si limitasse ad un semplice confronto tra il tenore delle disposizioni impugnate e le relative norme costituzionali, senza occuparsi dell’assetto degli interessi e della struttura delle situazioni sulle quali incide l’atto legislativo impugnato, minima sarebbe l’efficienza delle garanzie costituzionali predisposte per il cittadino, specie contro gli arbitri del legislatore”*³⁷⁶.

5. Il controllo costituzionale sulla ragionevolezza e il principio del legittimo affidamento

Pace, alcuni anni dopo, ritorna sulla tematica affrontata dagli Autori sopracitati, chiedendosi se una legge possa validamente limitare l'efficacia abrogativa delle leggi successive, a prescindere da una diversità di grado o di competenza. L'Autore argomenta la propria tesi richiamando il principio di ragionevolezza, principio che è stato esteso ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale fino a comprendere il controllo della obiettiva razionalità, che avviene a prescindere da una disparità di trattamento tra soggetti privati. Secondo Pace, *“gli imperativi della «ragionevolezza» (e quelli, convergenti, della «non arbitrarietà» e «coerenza») del legislatore costituiscono l'esito di una tutt'altro che pacifica evoluzione giurisprudenziale, in presenza della quale è lecito prospettare*

³⁷⁶ Cfr. A. Loidice, *op. cit.*, p. 866. Hanno valorizzato il profilo della sindacabilità costituzionale della ragionevolezza del legislatore anche V. Bachelet, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, cit., p. 601; C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 61 ss. L. Benadusi, *Attività di finanziamento*, cit., p. 947 ss.; A. Barbera, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968, p. 58 ss.

che il richiamo all'art. 3 Cost. abbia sin dall'inizio costituito un espediente –nobilissimo quanto si vuole, ma pur sempre un “espediente” – per imbrigliare l'arbitrio del legislatore (e quindi per impedirgli appunto di dire e disdire), al di là dei propositi dello stesso Costituente”³⁷⁷.

L'Autore, analogamente a Loiodice, pone l'attenzione sul contenuto delle norme che si susseguono, piuttosto che sulla forma e sul grado della fonte normativa, ragionando sulla tutela delle situazioni soggettive riconosciute da una legge incentivante e disconosciute anzitempo da un'altra legge intervenuta successivamente. Per garantire la tutela di tali situazioni soggettive, secondo l'Autore, non occorre far ricorso ad una super-legge che limiti la legge successiva nei contenuti. Il sindacato sulla legge posteriore sarà invece reso possibile grazie al rapporto instauratosi tra le due leggi, inquadrabile come fissazione di un principio e attuazione del medesimo³⁷⁸. Dunque, secondo tale impostazione, sarebbe *“il «contenuto» delle norme in contrasto, non la «forma» con la quale la fonte anteriore si manifesta, ciò che ha rilevanza, nella specie, ai fini del sindacato sulla legge posteriore”³⁷⁹.*

Questa considerazione inoltre non contrasterebbe con l'impostazione adottata da Crisafulli, secondo la quale, in sistemi caratterizzati da una Costituzione rigida si dubita che particolari leggi possano impedire in futuro di essere modificate, limitando così l'efficacia abrogativa delle leggi successive, dato che *“la potenzialità normativa dei diversi tipi di fonti è preventivamente regolata in generale e con norme che devono considerarsi cogenti, almeno per quanto riguarda le fonti primarie”³⁸⁰.*

L'impostazione suddetta discende da due fondamentali premesse. In primo luogo, le leggi ordinarie non possono prevedere la propria immodificabilità, in quanto se ciò

³⁷⁷ Cfr. A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1983, I, p. 2347.

³⁷⁸ Cfr. C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 65 e C. Esposito, *Gli articoli 3, 41, 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, *Giur. Cost.*, 1962, p. 53.

³⁷⁹ Cfr. A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, cit., p. 2348.

³⁸⁰ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1976, p. 171.

accadesse comporterebbe la preclusione per il legislatore di esercitare in futuro le funzioni conferitegli dalla Costituzione, alle quali invece non può abdicare. In secondo luogo, il fenomeno dell'abrogazione costituisce l'espressione "*di un potere giuridico permanente e potenzialmente inesauribile*" che non può essere indebolito³⁸¹.

Con riferimento alla prima di tali premesse, secondo Pace occorre distinguere tra la preclusione all'esercizio delle funzioni legislative proprie del Parlamento e la sottoposizione a limiti o condizioni dell'esercizio futuro della suddetta attività, "*allorché ciò costituisca una manifestazione del proprio potere normativo o, in altre parole, una conseguenza diretta della peculiare disciplina «materiale» da esso posta in essere*"³⁸². Dunque la Costituzione consentirebbe al legislatore di porre dei limiti all'esercizio del proprio potere normativo, purché siano funzionali a una data disciplina "materiale".

Per quanto riguarda la seconda premessa, se si intendesse l'abrogazione come manifestazione dell'inesauribilità e della permanenza del potere normativo, riconoscendo un *favor* incondizionato per la legge più recente e permettendo al legislatore ordinario di abrogare liberamente qualsiasi disciplina precedente adottata, dovrebbero allora ritenersi costituzionalmente illegittime tutte quelle leggi che, in maniera esplicita o implicita, presuppongono la stabilità della disciplina "materiale" per un certo periodo di tempo, come, in genere, le leggi di incentivazione³⁸³.

Pace, ponendo in dubbio la prevalenza della legge posteriore sulla legge anteriore, imposta la questione in un'altra prospettiva. Secondo l'Autore il vincolo posto dalla legge precedente che dispone la propria temporanea immodificabilità è da ritenersi valido, purché tale vincolo sia limitato nel tempo e non costituisca una limitazione della funzione

³⁸¹ Cfr. S. Pugliatti, voce *Abrogazione*, in *Encicl. dir.*, vol. I, 1958, p. 142.

³⁸² Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, osserva Pace, "*le attribuzioni costituzionali, mentre consentono al legislatore ordinario italiano di sottoporre il puntuale esercizio della propria attività a limiti – sempre che questi conseguano dalla disciplina «materiale» posta in essere (e non costituiscano, invece, una disciplina del potere legislativo in sé e per sé considerato) - non gli consentono, invece, «di fare e disfare» le leggi a proprio piacimento*" cfr. A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, cit., p. 2350.

³⁸³ Cfr. A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, cit., p. 2351.

normativa fine a se stessa. Andrebbe invece posta in discussione “*la validità della legge successiva che, superando il vincolo legittimamente posto, pretende di dare retroattivamente una nuova qualificazione alle situazioni già disciplinate dalla precedente legge temporalmente inabrogabile*”³⁸⁴.

In conclusione, i vincoli temporanei imposti dalle leggi di incentivazione al futuro legislatore non costituiscono una limitazione del permanente e inesauribile potere normativo. Anzi, proprio la temporaneità dei vincoli costituisce la garanzia con la quale scongiurare l’arbitrio del legislatore, in quanto “*più limitata è l’efficacia della legge d’incentivazione, maggiore è, infatti, la difficoltà di dimostrare la sussistenza di particolari motivi di pubblico interesse che «ragionevolmente» giustifichino l’abrogazione-revoqa di un particolare beneficio*”³⁸⁵.

Anche Luciani, come Pace, si è approcciato criticamente alla nozione giuridica di retroattività con riferimento alle leggi di incentivazione, proponendone un ripensamento.

In particolare, l’Autore si esprime in merito alla problematica dell’affidamento ingenerato dal legislatore mediante l’adozione di leggi di incentivazione in termini piuttosto netti, ritenendo che “*le leggi che retrovalutano fatti e comportamenti già valutati da leggi di incentivazione, dunque, specie quando l’incentivazione sia accompagnata dalla fissazione di termini pel suo godimento, sono fortemente sospette di illegittimità costituzionale proprio perché l’affidamento è stato ingenerato dallo stesso legislatore: si potrebbe addirittura dire che su di esse gravi una presunzione di incostituzionalità, se il paradigma della presunzione fosse applicabile nella valutazione dei rapporti tra legge e*

³⁸⁴ Cfr. A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, cit., p. 2352.

³⁸⁵ Cfr. A. Pace, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, cit., p. 2356. L’Autore precisa che il carattere della temporaneità del vincolo va considerato alla luce della intera disciplina “materiale” predisposta dal legislatore e non in modo autonomo. Anche nel caso di vincoli perpetui occorre dunque valutare la disciplina “materiale” per accertarne la loro invalidità, verificando se questi si pongano come limiti al potere normativo in quanto tale.

*Costituzione (ed è assai dubbio che lo sia)*³⁸⁶.

Già Guarino prospettava che il carattere sostanzialmente contrattuale della legge di incentivazione, derivante dall'impegno assunto dal legislatore nei confronti del privato fruitore degli incentivi, rendesse doveroso mantenere stabile il rapporto instauratosi tra il beneficiario del vantaggio economico e il potere pubblico. Secondo l'Autore i principi dell'affidamento e della buona fede avrebbero una portata generale e sarebbero applicabili a qualsiasi rapporto paritario e non solo ai rapporti tra privati³⁸⁷.

La nozione giuridica di "affidamento legittimo", come noto, è stata elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea³⁸⁸ e, in tempi più recenti è stata qualificata dalla Corte costituzionale come un principio generale dell'ordinamento "*connesso alla libertà dell'iniziativa economica privata, da garantire, come è ormai ius receptum, non solo nel momento iniziale, ma anche durante il suo dinamico sviluppo*"³⁸⁹.

La posizione giuridica di legittimo affidamento che assume rilievo nei rapporti tra il cittadino e i pubblici poteri può essere definita come "*l'interesse alla tutela di una certa situazione giuridica ingenerata da un precedente comportamento della pubblica amministrazione che abbia indotto il cittadino a confidare nel conseguimento di un dato risultato*"³⁹⁰. La nozione di legittimo affidamento fa dunque riferimento a due differenti aspetti necessariamente interdipendenti: l'attività dell'amministrazione e la posizione del cittadino, l'una deve influire sull'altra.

³⁸⁶ Cfr. M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 8, 2007, p. 2090.

³⁸⁷ Cfr. G. Guarino, *op. cit.*, p. 144.

³⁸⁸ Tale principio infatti non risulta esplicitamente dai Trattati europei, ma la giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado ha avviato la sua elaborazione ponendosi sul solco già tracciato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca. La tutela dell'affidamento legittimo opera non solo con riferimento agli atti amministrativi, ma anche con riguardo agli atti legislativi. Non presentando un carattere assoluto, la sua tutela deve contemperarsi con altri interessi eventualmente rilevanti e confliggenti.

³⁸⁹ Cfr. Corte cost. sent. n. 155 del 1990.

³⁹⁰ Cfr. G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in *www.sspa.it*, p. 21.

La dottrina tedesca aveva già inquadrato il principio del legittimo affidamento come un corollario del principio della certezza del diritto, elemento fondamentale dello Stato di diritto (*Rechtssicherheit*), dal quale trae fondamento e che per il cittadino rilevarebbe in quanto tutela dell'affidamento. Tale tutela “*non costituisce un principio diffuso e trasversale dell'ordinamento giuridico, ma un valore interno allo Stato*”³⁹¹. Secondo questa ricostruzione spetta quindi alla giurisprudenza il compito di individuare le situazioni di legittimo affidamento meritevoli di tutela³⁹².

Secondo una diversa impostazione, fatta propria dalla dottrina italiana e sostenuta da Merusi, il principio del legittimo affidamento deriverebbe invece dalla ampia nozione di buona fede, avente portata generale e nota sin dai tempi del diritto romano. La buona fede, intesa in senso oggettivo, rilevarebbe in ogni ramo dell'ordinamento giuridico e svolgerebbe una funzione integrativa delle norme positive, imponendo ad ogni soggetto giuridico di comportarsi lealmente nel compimento di atti giuridicamente rilevanti invasivi della sfera giuridica altrui. Dunque l'obbligo di comportarsi secondo buona fede riguarderebbe anche il legislatore che, osservando tale prescrizione, “*non potrebbe contraddire al proprio precedente comportamento*”³⁹³. Nel caso in cui sopraggiungesse un diverso interesse tale da indurre all'emanazione di un nuovo atto, al legislatore sarebbe imposta l'osservanza di un obbligo di correttezza, implicante la “*necessaria ponderazione di due interessi fra di loro, l'interesse alla soddisfazione dell'affidamento creato dal comportamento precedente e l'interesse che suggerirebbe l'emanazione del nuovo atto*”³⁹⁴. In tale caso il perseguimento del bene comune si porrebbe come limite alla tutela dell'affidamento. Occorrerà dunque valutare la correttezza del bilanciamento degli

³⁹¹ Cfr. G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 17.

³⁹² Questa concezione di matrice tedesca, recepita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla giurisprudenza francese, è stata ritenuta “restrittiva”, perché “*legata al rispetto di determinati presupposti che spetta al giudice accertare*”. Cfr. G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 18.

³⁹³ Cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 44.

³⁹⁴ *Ibidem*.

interessi in gioco operato dal legislatore, per stabilire la legittimità del sacrificio dell'interesse connesso all'affidamento.

L'impostazione di Merusi risulta ostacolata dal “*problema della parametricità nello scrutinio di costituzionalità di principi generali non scritti o non agganciati (o seriamente agganciabili) a esplicite disposizioni costituzionali*”³⁹⁵. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, per superare tale *impasse*, ha ricondotto il principio del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica al rispetto del canone della ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., ritenuto applicabile a tutti i rapporti di diritto pubblico³⁹⁶.

³⁹⁵ Cfr. P. Carnevale, G. Pistorio, “*Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*”, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2014, p. 2. La formulazione dell'art. 23 della legge n. 87 del 1957, nonché il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato previsto dall'art. 27 della medesima legge richiederebbero, secondo gli autori citati, l'indicazione di termini costituzionali di riferimento (parametri) ancorati a specifici enunciati testuali (disposizioni).

³⁹⁶ Secondo una diversa impostazione dottrina, la buona fede sarebbe invece riconducibile al principio di imparzialità, sancito dall'art. 97 Cost. e al ruolo rivestito dalla pubblica amministrazione, che deve svolgere le proprie funzioni in un'ottica collaborativa con i privati con cui entra in contatto, tenendo in debita considerazione le loro posizioni soggettive e osservando una condotta leale, orientata al rispetto delle regole di buona fede. Un'altra teoria invece inquadra la buona fede nell'ambito del dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., ritenendo applicabile il principio del *neminem laedere* anche al legislatore e alla pubblica amministrazione, in quanto soggetti dell'ordinamento. Cfr. G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, cit., p. 18.

6. Il principio del legittimo affidamento nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale

A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso la giurisprudenza costituzionale si è mostrata più sensibile al riconoscimento del principio del legittimo affidamento del cittadino nei confronti del legislatore³⁹⁷. In un primo momento il Giudice delle Leggi ancorava la tutela del legittimo affidamento alla lesione di altri specifici diritti sanciti dalla Costituzione, tra i quali l'adeguatezza del trattamento previdenziale o la garanzia della libertà di iniziativa economica, non riconoscendone dunque la rilevanza in via autonoma³⁹⁸.

Con la sentenza n. 416 del 1999 il principio in esame inizia ad assumere autonoma rilevanza. In tale pronuncia la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione in quanto ritenuta contrastante con l'art. 3 Cost., in particolare con il principio di ragionevolezza³⁹⁹, che implica l'esigenza di tutelare l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, vietando al legislatore l'adozione di norme retroattive lesive di valori costituzionalmente garantiti, tra i quali è annoverabile appunto quello dell'affidamento del privato nella sicurezza giuridica. Secondo l'impostazione seguita dalla Corte “è pertanto necessario qualificare come irragionevole

³⁹⁷ Con la sentenza Corte cost. n. 389 del 1985 infatti la Corte costituzionale individua “l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica” come “un elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto tale da limitare la facoltà del legislatore di adottare disposizioni con efficacia retroattiva che, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irragionevole e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti”.

³⁹⁸ Cfr. F. Sorrentino, *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 3, 2004, p. 897.

³⁹⁹ Il principio di ragionevolezza, come noto, è nato nell'ambito dei giudizi sul principio di eguaglianza, ma da questi si è progressivamente emancipato, essendo ormai effettuato dalla Corte costituzionale anche a prescindere da ogni riferimento all'eguaglianza. Tale principio pervade la giurisprudenza costituzionale e risulta “utilizzato come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte”, assumendo “un connotato conformativo rispetto ad ogni parametro costituzionale”. Cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, pag. 2. Cfr. L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 899 e ss.

lo ius superveniens per poterlo ritenere lesivo dell'affidamento medesimo"⁴⁰⁰. Nella sentenza n. 446 del 2002 la Corte costituzionale riconosce la tutela costituzionale dell'affidamento sulla stabilità della normativa previgente esclusivamente in presenza di una legge che, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 25, comma 2, Cost., produca effetti retroattivi. Dunque la questione riguardante il riconoscimento costituzionale della tutela dell'affidamento legittimo viene affrontata dalla Corte costituzionale in termini astratti, riconducendola nell'ambito dei limiti sull'ammissibilità di norme retroattive⁴⁰¹. Un passo avanti verso la configurazione di un autonomo principio viene compiuto nelle sentenze n. 24 del 2009 e n. 124 del 2010, nelle quali la Corte costituzionale identifica espressamente i "*principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche*" come limiti posti al legislatore nell'adozione di norme retroattive, che si aggiungono dunque al rispetto del canone della ragionevolezza. "*Il legittimo affidamento diviene pertanto un principio generale, al pari della certezza del diritto, privo di quella connotazione ristretta e settoriale riconosciutagli in precedenza, capace di permeare l'intero ordinamento fino a prevalere su altri interessi costituzionalmente garantiti*"⁴⁰², seppure sia ancora tutelato solo con riferimento a situazioni soggettive consolidate.

A partire dal nuovo corso giurisprudenziale inaugurato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, la violazione del principio del legittimo affidamento del cittadino è stata ricondotta all'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo per il tramite del rinvio operato dall'art. 117, primo comma, della Cost. Dunque tale principio ha trovato un nuovo aggancio costituzionale prospettabile nelle questioni di

⁴⁰⁰ Cfr. P. Mauriello, *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur.it.*, 2003, p. 5. A. Celotto, *Nota redazionale alla sent. n. 416 del 1999*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 3641 ss. P. Carnevale, "*Al fuggir di giovinezza ...nel doman s'ha più certezza*" (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. Cost.*, 1999, p. 3643 ss.

⁴⁰¹ Cfr. D. U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 6, p. 1901.

⁴⁰² Cfr. G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, cit., p. 12.

costituzionalità, comportando l'onere per la Corte costituzionale di confrontarsi con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, conseguentemente, di includere nelle motivazioni delle decisioni le argomentazioni riguardanti la verifica dell'armonia fra i rispettivi indirizzi giurisprudenziali⁴⁰³.

Anche nel caso delle leggi di incentivazione, la tutela di un valore costituzionale concorrente con quelli dell'affidamento del cittadino e della certezza del diritto può giustificare una lesione di questi ultimi e legittimare l'adozione di una normativa retroattiva, ma solo dopo che si sia operato un bilanciamento tra i valori costituzionali coinvolti. Nell'ipotesi in cui intervenga una revoca legislativa degli incentivi già concessi da parte del legislatore, l'intervento legislativo retroattivo sarà ritenuto legittimo qualora siano stati rispettati il canone di ragionevolezza, il principio generale di tutela del legittimo affidamento e quello di certezza delle situazioni giuridiche. Occorrerà inoltre valutare se la posizione giuridica dei destinatari dei vantaggi economici sia consolidata, carattere da riconoscersi qualora essi abbiano già percepito gli incentivi e abbiano già orientato la loro iniziativa economica verso lo svolgimento delle attività economiche incentivate.

Dunque sia nelle elaborazioni della dottrina che in quelle della giurisprudenza costituzionale, in presenza di una norma retroattiva che comporti una modificazione nella fruizione degli incentivi precedentemente concessi risulta centrale lo scrutinio sulla ragionevolezza, che, come dichiarato dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, deve assumere un valore particolarmente stringente, in quanto riferito alla

⁴⁰³ Cfr. P. Carnevale, G. Pistorio, *“Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale”*, cit., p. 6. In particolare, la Corte EDU ha elaborato, a partire dagli artt. 6 e 13 CEDU, che tutelano il diritto ad un equo processo e ad un ricorso effettivo come rimedio per la violazione dei diritti e degli interessi legittimi, i principi che limitano il potere degli Stati di legiferare retroattivamente. Secondo la giurisprudenza convenzionale, infatti, in linea di principio il legislatore può adottare disposizioni dalla portata retroattiva con riferimento a diritti disciplinati da leggi in vigore, tuttavia il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dagli artt. 6 e 13 della Convenzione impongono che la regolamentazione retroattiva sia giustificata da *“imperative ragioni di interesse generale”*. Cfr. Corte EDU, Sez. II, sent. 7 giugno 2011, *Agrati ed altri contro Italia*; sent. 31 maggio 2011, *Maggio contro Italia*; Sez. V, sent. 11 febbraio 2010, *Javaugue contro Francia*.

certezza dei rapporti preteriti, nonché al legittimo affidamento dei soggetti interessati⁴⁰⁴. Il principio generale del legittimo affidamento, con riferimento alle leggi di incentivazione *“si erge, così a baluardo contro gli interventi legislativi irragionevolmente incidenti nel passato. Un baluardo efficace, ma certo non insormontabile”*⁴⁰⁵.

7. Il regime temporale degli incentivi al fotovoltaico e la sentenza n. 16/2017 della Corte costituzionale

Tornando alla questione riguardante la modifica retroattiva degli incentivi erogati per la produzione di energia da fonte solare operata dall'art. 26 del d.l. 91/2014, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di tale norma e ad affrontare quindi la relativa problematica del regime giuridico delle leggi di incentivazione, dovendo stabilire se fosse configurabile una violazione del principio del legittimo affidamento con riferimento alle posizioni giuridiche dei fruitori degli incentivi e del principio di irretroattività della legge.

In particolare, nelle ordinanze di rimessione la norma impugnata era stata ritenuta contrastante, tra l'altro, con gli artt. 3 e 41 Cost., in quanto, incidendo ingiustificatamente ed imprevedibilmente sulle posizioni di vantaggio consolidate e riconosciute contrattualmente ai fruitori degli incentivi, aveva comportato una lesione del principio del legittimo affidamento, ripercuotendosi negativamente sulle scelte (ispirate al canone di “prudenza ed accortezza”) di libera iniziativa economica imprenditoriale adottate dai titolari degli impianti di produzione di energia proveniente da fonte solare di potenza

⁴⁰⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 432 del 1997.

⁴⁰⁵ Cfr. M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., p. 2090.

superiore a 200 kW senza predisporre, al contempo, un adeguato meccanismo statale di compensazione, volto a coprire le prevedibili perdite finanziarie future⁴⁰⁶.

Dunque, la Corte è stata adita per chiarire se i fruitori degli incentivi in questione avessero riposto un legittimo affidamento nella conservazione delle posizioni di vantaggio consolidate, che erano state loro riconosciute nelle convenzioni stipulate con il GSE.

In proposito, la Corte costituzionale, in linea con la precedente giurisprudenza in materia, ha dichiarato che *“l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»”,* per poi precisare che *“la tutela dell’affidamento non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, e ciò «anche se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.)», fermo restando tuttavia che dette disposizioni, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l’affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica[recte: giuridica]»”*⁴⁰⁷.

La Corte costituzionale ha ritenuto che la norma impugnata non ha violato il principio del legittimo affidamento, in quanto non ha inciso all’interno dei rapporti di durata, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi per la produzione di energia da fonte solare con il GSE, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile. La Consulta ha motivato la sua decisione facendo riferimento al *“contesto congiunturale nel quale – a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per l’energia solare*

⁴⁰⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 16 del 2017.

⁴⁰⁷ Cfr. Corte cost. sent. n. 16 del 2017, par. 8.1. La sentenza richiama anche le sentenze n. 822 del 1988 e n. 349 del 1985.

Cfr. anche le sentenze n. 203 del 2016; n. 1 del 2011; n. 236, n. 206 e n. 24 del 2009; n. 409 e n. 264 del 2005; n. 446 del 2002; n. 416 del 1999.

prodotta da fonte fotovoltaica, rivelatasi progressivamente più accentuata, sia rispetto anche ai costi di produzione (in ragione del repentino sviluppo tecnologico del settore), sia rispetto al quadro complessivo europeo – era venuto specularmente in rilievo il crescente peso economico di tali incentivi sui consumatori finali di energia elettrica (in particolare sulle piccole e medie imprese costituenti il tessuto produttivo nazionale)”.

La Corte, valorizzando le finalità avute di mira dal legislatore del 2014, orientate alla realizzazione di una politica di sostegno all’energia da fonti rinnovabili più sostenibile⁴⁰⁸, nonché al conseguimento di «una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici»⁴⁰⁹, ha ritenuto che l’intervento normativo in esame ha operato con logica perequativa, in quanto ha previsto “che i minori oneri per l’utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano, appunto, «destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica in media tensione e di quelli in bassa tensione [...]»”⁴¹⁰.

La norma sulla rimodulazione degli incentivi, secondo la Consulta, persegue un interesse pubblico, in quanto è volta a coniugare la politica di sostegno alla produzione di energia da fonte solare con la maggiore sostenibilità dei costi del sistema di incentivazione gravanti sugli utenti finali dell’energia elettrica. Con riferimento alle situazioni giuridiche dei beneficiari degli incentivi per l’installazione di impianti fotovoltaici, la Corte non ha riscontrato alcuna posizione di affidamento giuridicamente tutelabile in quanto, “la garanzia di costanza dell’incentivo per tutto il periodo di diritto non implica però, come necessaria conseguenza, che la correlativa misura debba rimanere, per venti anni, immutata e del tutto impermeabile alle variazioni proprie dei rapporti di durata”. La Corte qualifica le convenzioni stipulate con il GSE come “strumenti di regolazione, volti a raggiungere l’obiettivo dell’incentivazione di certe fonti energetiche nell’equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo

⁴⁰⁸ Cfr. art. 26, comma 1, d.l. n. 91 del 2014.

⁴⁰⁹ Cfr. art. 23 d.l. n. 91 del 2014.

⁴¹⁰ Cfr. Corte cost. sent. n. 16 del 2017.

sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico". Dunque l'intervento di rimodulazione degli incentivi già riconosciuti non è avvenuto con modalità improvvise e imprevedibili, necessarie per ritenere illegittima una mutazione *ex lege* dei rapporti di durata⁴¹¹, in quanto l'esigenza del contenimento dei costi per gli utenti finali dell'energia elettrica era già stata ripetutamente preannunciata⁴¹². Inoltre, secondo la Corte, tale rimodulazione, nel contesto di un mercato regolato di settore, può essere considerata come un elemento fisiologicamente riconducibile al rischio di impresa e, data la varietà delle opzioni predisposte, appare graduale e idonea a garantire l'equa remunerazione per gli investitori.

In conclusione, secondo la Consulta, l'intervento del legislatore non è stato imprevedibile né improvviso, *per cui "l'operatore economico prudente e accorto"*⁴¹³ avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione normativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno. Non vi è lesione della libertà di iniziativa economica, in quanto il suo esercizio può essere limitato in corrispondenza dell'utilità sociale, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost. purché

⁴¹¹ La Corte richiama la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo la quale una modificazione dei rapporti di durata deve ritenersi illegittima quando incide su tali rapporti in modo "improvviso e imprevedibile". Cfr. sent. del 29 aprile 2004, in cause C-487/01 e C-7/02. Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 302 del 2010 e n. 64 del 2014, che richiamano anch'esse tale giurisprudenza comunitaria.

⁴¹² Già il d.lgs. 28 del 2011 evidenziava, all'art. 23, comma 1, l'esigenza di coniugare la stabilità nel tempo dei regimi di incentivazione con la riduzione degli oneri di sostegno specifici gravanti sugli utenti finali di energia elettrica. Inoltre d.m. 6 agosto 2010 (terzo Conto Energia) conteneva un riferimento alla necessità di intervenire sulle tariffe incentivanti coerentemente con la decrescita dei costi della tecnologia fotovoltaica, nel rispetto del principio di equa remunerazione degli investimenti, così come anche il d.m. 5 maggio 2011 (quarto Conto Energia). Nella Convenzione-tipo approvata con delibera dell'Autorità di regolazione del settore, allora AEEG, del 6 dicembre 2012 era prevista una clausola di riserva (all'art. 17, punto 17.3) per il GSE di "*modificare unilateralmente le clausole della presente Convenzione che, per effetto di eventuali evoluzioni normative e regolamentari, siano in contrasto con il vigente quadro di riferimento*". Infine il decreto-legge n. 145 del 2013, (cd. Destinazione Italia), convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2014, rimarcava in premessa la necessità di emanare misure per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, ritenute "*fattori essenziali di rilancio della competitività delle imprese e di attrazione di investimenti nel nostro Paese*".

⁴¹³ La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea *Plantanol GmbH & Co KG c. Hauptzollamt Darmstadt* (C-201/08 del 10 settembre 2009) ha riconosciuto come ostacolo all'abolizione anticipata di un regime di favore, rientrante nel potere discrezionale degli Stati, l'affidamento che nel mantenimento dello stesso potrebbe porre "l'operatore economico prudente ed accorto".

l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue.

Gli interessi costituzionalmente pregevoli di una maggior sostenibilità della politica di sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili e di una più equa distribuzione degli oneri tariffari sui consumatori di energia elettrica hanno dunque giustificato l'intervento normativo di cui all'art. 26 del d.l. n. 91 del 2014.

La verifica riguardo alla legittimità costituzionale degli scopi avuti di mira dal legislatore, la valutazione sulla congruenza e adeguatezza del mezzo adottato dal legislatore rispetto al fine che ha inteso perseguire, il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti effettuati dalla Corte costituzionale nella sentenza in esame sembrano ripercorrere le fasi dello schema di giudizio sulla proporzionalità, fatto proprio dalla giurisprudenza comunitaria⁴¹⁴. Nella giurisprudenza costituzionale italiana il principio di proporzionalità è spesso richiamato unitamente al principio di ragionevolezza, o impiegato come sinonimo di questo⁴¹⁵, ma risulta ancora assente l'elaborazione e la formalizzazione di un paradigma di giudizio articolato in fasi progressive, che potrebbe agevolare e conferire maggior coerenza al lavoro della Corte e rendere le motivazioni più ordinate e persuasive, rafforzando la legittimazione e

⁴¹⁴ Tale schema di giudizio, originatosi nell'ambito del diritto amministrativo prussiano, è stato diffusamente utilizzato nei giudizi di legittimità costituzionale relativi alla tutela dei diritti fondamentali e al loro bilanciamento. Il giudizio di proporzionalità si traduce in una verifica articolata in quattro fasi e si è diffuso sulla scena globale, a partire dall'adozione dello stesso da parte delle Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo, tanto da costituire "*una costante del costituzionalismo globale*". La prima fase del giudizio di proporzionalità riguarda la verifica della legittimità costituzionale degli scopi avuti di mira dal legislatore; la seconda fase ha ad oggetto la valutazione sulla connessione razionale del rapporto tra mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi ha inteso perseguire, la terza fase riguarda invece la necessità del mezzo utilizzato dal legislatore, ed è volta ad accertare che questi abbia adottato il *least-restrictive means* (ossia il mezzo che consente il conseguimento degli obiettivi avuti di mira comportando il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti); infine la quarta fase è detta "*della proporzionalità in senso stretto*" e ha ad oggetto l'impatto effettivo dell'atto legislativo impugnato, andando al di là del dato giuridico positivo, tale fase implica un confronto e un bilanciamento tra i benefici e i costi derivanti dal perseguimento dei fini perseguiti dal legislatore. Cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 5.

⁴¹⁵ Cfr. Corte cost. sent. n. 220 del 1995, in cui si afferma che il principio di proporzionalità "*rappresenta una diretta espressione del generale canone di ragionevolezza*".

l'autorevolezza dell'istituzione⁴¹⁶.

In ogni caso risulta auspicabile una maggiore responsabilizzazione del legislatore, che, nella predisposizione di normative destinate a dispiegare i propri effetti nel medio o lungo periodo, come quelle riguardanti la predisposizione di sistemi di incentivazione per la produzione di energia rinnovabile, operi una adeguata ponderazione dei vari interessi in gioco per scongiurare in futuro la frustrazione degli interessi dei soggetti coinvolti ed evitare l'adozione di norme con efficacia retroattiva. Un ruolo importante in questo senso potrebbe essere svolto dal principio dello sviluppo sostenibile, che, se adoperato come criterio procedurale nell'adozione di norme strategiche produttive di effetti anche sulle future generazioni, impone di tenere in debita considerazione tutte le dimensioni nelle quali si svolge tale forma di sviluppo, per giungere a un bilanciamento degli interessi in gioco che individui un punto di equilibrio soddisfacente per la dimensione ambientale, per la dimensione economica e per quella sociale.

⁴¹⁶ Cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 7.

Capitolo 5 – La tutela della concorrenza nella regolamentazione della produzione di energia idroelettrica

1. Alcune considerazioni preliminari

Tra le fonti di energia rinnovabili quella idroelettrica è la fonte utilizzata da più tempo e anche la più importante.

Nel 2017 il 32,8% della domanda energetica italiana è stato soddisfatto con la produzione di energia proveniente da fonti rinnovabili e l'apporto maggiore è stato fornito dall'idroelettrico, che ha coperto da solo il 12% del fabbisogno energetico italiano⁴¹⁷.

Questa forma di energia si ottiene a partire dallo sfruttamento dell'energia potenziale gravitazionale posseduta da una massa d'acqua posizionata ad una determinata quota altimetrica che, al superamento di un certo dislivello, viene trasformata in energia cinetica. Un sistema di alternatori e turbine trasforma, a sua volta, l'energia cinetica in elettricità⁴¹⁸.

Gli impianti idroelettrici possono essere di due tipologie: impianti ad acqua fluente o impianti a bacino. Gli impianti ad acqua fluente sono situati lungo il corso dei fiumi e l'energia prodotta dal loro funzionamento non è programmabile. Gli impianti a bacino invece, se associati a meccanismi di pompaggio, possono immagazzinare l'energia prodotta nei bacini idroelettrici durante il periodo di scarsa domanda, per renderla immediatamente disponibile quando occorre⁴¹⁹. Tali impianti possono essere avviati e

⁴¹⁷ Secondo i dati forniti da Terna, l'energia prodotta dal settore fotovoltaico soddisfa l'8,2% del fabbisogno nazionale, mentre l'eolico contribuisce per il 5,2%, la geotermia per l'1,8% e le bioenergie per il 5,6%.

⁴¹⁸ L'energia idroelettrica attualmente prodotta in Italia è pari a circa 54.000 GWh/anno. Le centrali in esercizio sono oltre 2700, la maggior parte delle quali è situata nelle regioni dell'arco alpino. Cfr. G. Ruggeri e S. Adami, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, p. 69.

⁴¹⁹ Tra le varie fonti di energia rinnovabili la fonte idroelettrica è l'unica programmabile. Infatti l'acqua viene accumulata in un bacino e durante la notte, quando il costo dell'energia elettrica è minore, viene pompata a monte. In tal modo viene resa disponibile una maggiore quantità di acqua da impiegare in caso

fermati molto rapidamente e, grazie a questa flessibilità, la produzione di energia idroelettrica svolge un ruolo fondamentale per il bilanciamento tra domanda e offerta, garantendo il corretto funzionamento del servizio elettrico⁴²⁰.

Un altro notevole punto di forza del settore riguarda il profilo della sicurezza dell'approvvigionamento energetico. I grandi impianti idroelettrici infatti rappresentano un asset strategico per il Paese, in quanto l'energia idroelettrica costituisce la più importante forma di energia prodotta mediante l'impiego di risorse interne⁴²¹.

Dal punto di vista della regolamentazione giuridica, l'attività di produzione di energia idroelettrica è sottoposta al rilascio di una concessione di derivazione d'acqua per uso idroelettrico e di una autorizzazione⁴²². Il procedimento concessorio si innesta dunque in un procedimento autorizzatorio, dando luogo a un sistema misto, in cui la concessione, avente ad oggetto la disponibilità del bene strumentale, cioè l'acqua, rappresenta il presupposto per ottenere l'autorizzazione, che attiene all'esercizio dell'attività produttiva⁴²³.

Numerose centrali idroelettriche, situate soprattutto lungo l'arco alpino, risalgono ai primi decenni del Novecento⁴²⁴. Il settore idroelettrico, come si vedrà nel corso del Capitolo, ha svolto un ruolo centrale nell'industrializzazione dell'Italia, contribuendo in

di aumento della domanda, guadagnando sulla differenza rispetto al costo dell'energia elettrica sostenuto per il pompaggio. Cfr. M. Falcione, *Diritto dell'energia*, Barbera, Trento, 2008, p. 40.

⁴²⁰ Gli impianti idroelettrici infatti costituiscono gli strumenti ideali per bilanciare domanda e offerta, potendo fronteggiare repentine fluttuazioni per picchi di domanda di energia grazie alla loro flessibilità nell'esecuzione di continui avviamenti e interruzioni, e alla loro elevata velocità nella variazione di carico a cui corrisponde un carico minimo basso (spesso inferiore al 10% della potenza installata). Cfr. G. Ruggeri e S. Adami, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, cit., n. 6, p. 69.

⁴²¹ M. A. Sandulli, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi*, 2013, p. 9.

⁴²² Come precedentemente rilevato nel Capitolo 3, l'esercizio dell'attività di produzione di energia elettrica è sottoposto al rilascio della relativa autorizzazione.

⁴²³ Cfr. l'art. 13.1, lett. e), delle Linee Guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, adottate con il d.m. del Ministero dello sviluppo economico del 10 settembre 2010.

⁴²⁴ La prima centrale idroelettrica fu costruita nel 1890. Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, in F. Cortese, F. Guella, G. Postal (a cura di) *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, p. 230.

modo determinante al *boom* economico degli anni '60⁴²⁵. Dato l'impiego da lungo tempo di tale tipologia di fonte rinnovabile per la produzione di energia, le prospettive di ulteriore sviluppo, a differenza delle altre fonti alternative, non sono così ampie, poiché i grandi salti risultano già sfruttati⁴²⁶. Maggiori possibilità di espansione interesserebbero invece gli impianti di dimensioni e di potenza inferiori, i c.d. *mini e micro idroelettrico*⁴²⁷.

2. La regolamentazione degli usi di una risorsa strategica

La produzione di energia idroelettrica è resa possibile grazie allo sfruttamento dell'acqua, una risorsa oggi considerata scarsa⁴²⁸ e caratterizzata da una disponibilità non immediata⁴²⁹. Il progresso tecnologico ha reso possibile la scoperta di utilizzi industriali della risorsa idrica non compatibili con gli usi pubblici tradizionali (identificabili nella

⁴²⁵ Nel 1960 circa l'80% della produzione totale di energia elettrica proveniva dall'idroelettrico. Cfr. G. Ruggeri e S. Adami, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, cit., p. 69.

⁴²⁶ La tecnologia che ha permesso la produzione di energia idroelettrica è ormai matura (le principali tipologie di turbine sono note da oltre un secolo) e non è possibile incrementare la quantità di energia prodotta, che dagli anni '60 del secolo scorso è rimasta pressoché la medesima, poiché i maggiori salti d'acqua sono già stati sfruttati. Cfr. in tal senso S. Carrà (a cura di), *Le fonti di energia*, 2008, p. 139.

⁴²⁷ Per *mini* o *micro idroelettrico* si intendono rispettivamente gli impianti sotto i 10 megawatt e fino ai 100 kilowatt. Si ritiene che tali impianti possano incrementare la capacità produttiva attuale di 15 miliardi di kilowattora (quasi un terzo della potenza attuale). Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 231. Nuove tecnologie infatti renderebbero economicamente conveniente utilizzare micro-derivazioni idroelettriche, cfr. in questo senso, anche M. Falcione, *Diritto dell'energia*, Barbera, 2008, p. 40.

⁴²⁸ Sulla Terra sono presenti 1,3 miliardi di km³ di acqua, dei quali però solo 8 milioni sono di acqua dolce. Soltanto una piccola quota di questa quantità, pari a circa 55.000 km³ entra nel ciclo dell'acqua, alimentando le precipitazioni e il deflusso superficiale. Cfr. A. Massarutto, *L'acqua*, Bologna, 2008, p. 14.

⁴²⁹ Più precisamente, ad essere scarsa non è l'acqua generalmente considerata, ma l'acqua che può essere utilizzata localmente a costi ragionevolmente bassi, in quanto la penuria è determinata dalla difficoltà nel trasportare la risorsa dal luogo in cui si trova al luogo in cui serve. Cfr. A. Massarutto, *op. cit.*, p. 24. L'Autore osserva che, grazie al progresso tecnologico, risulta possibile procurarsi illimitatamente acqua in quantità sufficiente, ma a volte i costi ingenti, non solo economici, ma anche ambientali e sociali, rendono antieconomico l'utilizzo di risorse diverse da quelle che sono disponibili localmente.

navigazione e nell'approvvigionamento idropotabile), conseguentemente ha iniziato ad emergere l'esigenza di una adeguata regolamentazione degli usi dell'acqua⁴³⁰.

La risorsa idrica, in quanto bene pubblico demaniale, richiede per il suo sfruttamento esclusivo il rilascio di un provvedimento amministrativo: la concessione di derivazione di acque pubbliche⁴³¹. La derivazione consiste “*nella sottrazione di una quantità determinata di acqua da un corso o da un lago da impiegarsi per una utilità particolare del soggetto*”⁴³². L'utilità può essere tratta dal consumo della risorsa (come avviene per l'uso potabile, di irrigazione e di bonifica) oppure dall'impiego della sua forza, che dipende dalla sua massa e dalla sua posizione (come per quanto riguarda la produzione di energia idroelettrica)⁴³³.

Mediante il rilascio della concessione di derivazione viene concesso un diritto d'uso esclusivo dell'acqua derivata, limitato da prescrizioni di vario genere poste a tutela della risorsa, mentre la titolarità di quest'ultima permane in mano pubblica⁴³⁴.

⁴³⁰ Cfr. A. Massarutto, *op. cit.*, p. 106.

⁴³¹ Il sistema concessorio secondo la dottrina “*si afferma come principio generale fondato innanzitutto sulla natura giuridica del bene concesso*”. Cfr. D. Casalini, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino, 2014, p. 194.

⁴³² Cfr. R. Albano, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in A. M. Sandulli (a cura di), *Lavori pubblici*, 1967, p. 157.

⁴³³ Cfr. R. Albano, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, *cit.*, p. 157. La maggior parte degli usi non implica un vero e proprio consumo di acqua, ma il prelievo di una certa quantità di risorsa, che viene in seguito restituita, più o meno direttamente, con alcune qualità alterate. In particolare, la centrale idroelettrica da acqua fluente preleva l'acqua solo per un certo tratto dell'alveo e la restituisce a valle, mentre l'impianto a bacino sottrae la risorsa idrica per accumularla nel bacino e poi utilizzarla, riportandola a monte. L'impatto generato dal settore idroelettrico quindi si concretizza in una riduzione delle portate naturali nei tratti sottesi dell'alveo, con conseguente modificazione dei profili temporali del deflusso per il trasferimento dell'acqua da un sottobacino all'altro. Allo stesso modo, con riferimento alle altre principali modalità di sfruttamento della risorsa idrica, gli agricoltori, irrigando, prelevano l'acqua dal corpo idrico, una parte della quale ritorna poi in falda, al netto dell'evaporazione e dell'accrescimento delle piante. Il settore civile e quello industriale invece utilizzano tale risorsa per poi restituirla con un livello qualitativo inferiore, consumandone una quota della capacità di autodepurazione. Sul punto, cfr. A. Massarutto, *op. cit.*, p. 16.

⁴³⁴ Cfr. P. Brambilla, *Aspetti legali del rinnovo delle concessioni idroelettriche in Italia*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, 2014, 5, p. 475. L'Autrice osserva come tale strumento giuridico, definito come concessione-contratto, presenti un contenuto discrezionale avente una duplice natura. Alla discrezionalità di natura costitutiva, unilaterale e autoritativa riguardante il suo oggetto, che consiste nella sovrana messa a disposizione del bene pubblico dall'ente pubblico al privato, si aggiunge una ulteriore natura negoziale bilaterale, che si concretizza nella assunzione tra le parti di diritti ed obblighi reciproci. Gli usi generali

All'Amministrazione è quindi riservato il potere di definire quantità, modalità e destinazione dell'acqua derivata. Tale riserva è finalizzata a garantire la conservazione, la tutela e la protezione della risorsa e, allo stesso tempo, ad assicurare la sua efficiente allocazione produttiva, tenendo anche conto della migliore tecnologia disponibile⁴³⁵.

La concessione di derivazione, ritenuta come il prototipo della concessione amministrativa sui beni pubblici nelle elaborazioni dogmatiche dell'inizio del Novecento e fondata sull'idea che lo sfruttamento delle acque da parte dei concessionari contribuisse a perseguire, seppur indirettamente, il pubblico interesse, a partire dall'unificazione dell'Italia, ha rappresentato *“la figura riassuntiva della struttura di fondo e dei limiti intrinseci delle politiche idriche”*⁴³⁶.

Come si vedrà nel corso del presente lavoro, il potere concessorio si è progressivamente trasformato *“da funzione di regolazione speciale dei rapporti di vicinato a strumento di governo delle acque, aprendo la via a scelte allocative contrastanti con gli usi tradizionali (navigazione, fluitazione, irrigazione) e talvolta con le radicate e diffuse consuetudini locali sull'uso delle acque al fine di stimolare lo sviluppo industriale del Paese”*⁴³⁷. Tale istituto ha rappresentato il cardine del sistema di regolamentazione degli usi delle acque fino all'ingresso in scena della normativa europea,

della risorsa idrica soddisfano gli interessi collettivi e le esigenze essenziali individuali e non presentano le caratteristiche dell'esclusività e della rivalità nel consumo a differenza degli usi produttivi che non soddisfano interessi collettivi, né esigenze essenziali individuali, ma si servono della risorsa idrica come mezzo di produzione dell'impresa, comportando un maggior consumo di acqua e sono pertanto tra loro rivali. Dunque il potere pubblico deve accertare la compatibilità di tali usi con l'uso generale e il legislatore deve elaborare opportuni criteri di selezione da impiegare in caso di concorrenza tra più utilizzazioni possibili, per individuare quella che corrisponda maggiormente all'interesse pubblico della collettività interessata. Cfr. M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005, p. 115 e ss.

⁴³⁵ Cfr. D. Casalini, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., p. 190. Tale strumento giuridico è stato ritenuto il più adatto a regolamentare lo sfruttamento della risorsa idrica, consentendo di internalizzare le esternalità negative. Infatti il meccanismo della concessione, subordinando la facoltà di utilizzo della risorsa idrica al rilascio di un provvedimento amministrativo, permette una più razionale programmazione delle singole derivazioni idriche con riferimento alle modalità, alle quantità e alle destinazioni per lo sfruttamento di ognuna di esse, garantendone la sostenibilità all'interno sistema idrografico complessivo.

⁴³⁶ Cfr. E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, Milano, 2012, p. 441.

⁴³⁷ Cfr. D. Casalini, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., p. 180.

che ha rivoluzionato il modo di concepire la risorsa idrica, considerandola non più come un bene da sfruttare economicamente, ma come un elemento da preservare⁴³⁸. La flessibilità di questo antico istituto giuridico ha consentito il suo adattamento all'evoluzione avvenuta nel modo di intendere la risorsa idrica, includendo nelle scelte di allocazione degli usi idrici anche le considerazioni ecologiche e ambientali che si sono progressivamente imposte⁴³⁹.

Come tutte le concessioni aventi ad oggetto l'uso esclusivo del demanio, le concessioni di derivazione sono temporanee e prevedono un corrispettivo.

La temporaneità delle concessioni è una regola posta a garanzia dell'effettività della programmazione pubblica degli usi e consente di conferire flessibilità al sistema di allocazione degli usi idrici, imponendo al contempo una nuova considerazione degli interessi coinvolti necessaria per adeguarsi al mutare delle condizioni ambientali. Inoltre il carattere temporaneo della concessione tutela l'inalienabilità dell'acqua, qualificata come un bene demaniale, e la sua destinazione pubblica.

La previsione di un canone consente invece di attribuire un valore economico al bene pubblico e di internalizzare le esternalità negative derivanti dall'uso particolare ed esclusivo della risorsa riservato al concessionario della derivazione idrica.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Cfr. E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, cit., p. 443; S. R. Masera, *La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell'interesse del cliente finale*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it, fasc. 2, 2015, 4.

⁴³⁹ Il processo di graduale affermazione dei valori ambientali nella gestione dell'acqua è iniziato con la legge n. 183 del 1989, che ha introdotto l'obbligo del mantenimento di un minimo deflusso di acqua nel corpo idrico dopo il prelievo. La sottrazione di risorsa idrica necessaria per azionare le turbine non deve compromettere l'esistenza stessa del corso d'acqua sul quale è costruita la centrale idroelettrica e dell'ecosistema circostante. Cfr. A. Maestroni, *Il deflusso minimo vitale*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 145. Un altro mezzo volto ad assicurare la compatibilità degli usi idrici con la capacità di rigenerazione della risorsa a livello di bacino idrografico (inteso come la porzione di territorio che fa convergere le acque verso una unica foce) è rappresentato dalla garanzia dell'equilibrio del bilancio idrico (cfr. art. 56 e 95 del d. lgs. n. 152/2006 e l'art. 12-bis, lett. b) r.d. n. 1775/1933), uno strumento di analisi che tiene conto delle interrelazioni tra monte e valle, deflussi superficiali e sotterranei, nonché della dinamica temporale. Cfr. A. Massarutto, *op. cit.*

⁴⁴⁰ Il canone, andando a compensare le esternalità negative che altrimenti ricadrebbero sulla collettività, costituisce dunque un corrispettivo e non un tributo dovuto per l'uso particolare della risorsa. Cfr. D.

3 L'evoluzione della disciplina delle concessioni di derivazione d'acqua a scopo idroelettrico

3.1 La legislazione in tema di derivazione di acqua pubblica precedente al r.d. n. 1775 del 1933

Il progresso della tecnica fin dall'antichità ha moltiplicato le possibilità di utilizzare la risorsa idrica per fini di interesse generale, cosicché l'acqua nel corso del tempo è stata impiegata per diverse finalità, da quelle igieniche e alimentari, a quelle di navigazione ed è stata anche utilizzata nell'agricoltura, per irrigare e bonificare⁴⁴¹.

La prima disciplina in materia di acque del Regno d'Italia fu adottata con l'Allegato F della legge n. 2248 del 1865, relativo alle opere pubbliche, che prevedeva disposizioni principalmente incentrate sulla protezione dagli effetti dannosi delle acque.

Come osservato dalla dottrina, *“il legislatore nazionale [...] ha cominciato ad occuparsi del settore attraverso norme riguardanti non tanto le acque, quanto le opere intorno alle acque”*⁴⁴².

Casalini, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., p. 193. L'autore osserva che le esternalità negative possono essere rappresentate da una riduzione dell'uso diretto da parte dell'ente pubblico avente la titolarità della risorsa, dalla limitazione al godimento del paesaggio causata dalla realizzazione degli impianti di captazione o anche dall'esclusione di terzi dallo sfruttamento economico della risorsa.

⁴⁴¹ Cfr. R. Albano, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, cit., p. 153.

⁴⁴² Cfr. U. Pototsching, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 19, 1969, p. 1012.

Nella prospettiva dell'epoca i corsi d'acqua dovevano servire principalmente all'uso pubblico, in particolare alla navigazione⁴⁴³, primo fine a cui erano subordinati tutti gli altri vantaggi ottenibili dalle acque, e i poteri dello Stato dovevano vigilare affinché l'uso pubblico fosse effettivamente garantito e potesse svolgersi con libertà, sicurezza e senza danno per i proprietari frontisti. Le utilizzazioni diverse da quelle pubbliche erano possibili e venivano consentite se ritenute di nessun pregiudizio agli usi pubblici⁴⁴⁴.

La legge del 1865 vietava la derivazione di acque pubbliche in assenza di un titolo legittimo o di una concessione⁴⁴⁵ e prevedeva per le nuove concessioni, sia in proprietà assoluta che per un uso temporaneo, un canone annuo o un prezzo di vendita⁴⁴⁶.

Il coevo codice civile, emanato a distanza di pochi mesi, nel disciplinare la condizione giuridica dei corsi d'acqua si pose in antinomia con la legge n. 2248, generando considerevole incertezza tra gli interpreti riguardo alla distinzione tra acque pubbliche e acque private⁴⁴⁷.

Infatti, la legge n. 2248 del 1865, allegato F, considerava uniformemente le concessioni di acque pubbliche (prima regolate dai singoli Stati preunitari) e affidava al Governo la suprema tutela sulle acque pubbliche, ricomprendendo in tale categoria i fiumi, i torrenti e, secondo l'interpretazione prevalente, anche i corsi minori, purché di una certa rilevanza per l'interesse generale e sociale⁴⁴⁸. Il Codice civile invece, all'art.

⁴⁴³ Cfr. l'art. 140 Allegato F legge n. 2248 del 1865, in GU n. 101 del 27 aprile 1865.

⁴⁴⁴ Cfr. l'art. 143 Allegato F legge n. 2248 del 1865, in GU n. 101 del 27 aprile 1865.

⁴⁴⁵ Cfr. l'art. 132 Allegato F legge n. 2248 del 1865, in GU n. 101 del 27 aprile 1865.

⁴⁴⁶ Cfr. l'art. 133 Allegato F legge n. 2248 del 1865, in GU n. 101 del 27 aprile 1865. Nella normativa dell'epoca ancora risulta una commistione tra gli istituti privatistici della vendita e della locazione e quello di natura pubblicistica della concessione per quanto riguarda la regolamentazione della derivazione delle acque. Cfr. in questo senso quanto osservato da L. Moscati, *Un modello per l'Europa: le concessioni d'acqua tra Settecento e Ottocento*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 18.

⁴⁴⁷ Diffusamente sul dibattito dell'epoca cfr. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, III edizione, vol. IV, Milano, 1948, p. 50.

⁴⁴⁸ Cfr. l'art. 91 Allegato F legge n. 2248 del 1865, in GU n. 101 del 27 aprile 1865. Sul punto diffusamente cfr. R. Albano, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, cit., p. 153.

427, individuava come facenti parte del demanio pubblico solo i fiumi e i torrenti, escludendone i corsi minori, che potevano essere usati liberamente dai proprietari dei relativi fondi⁴⁴⁹.

Il contrasto fu risolto dalla dottrina, che attribuì il medesimo significato alle espressioni “acque pubbliche” e “acque demaniali” e considerò come appartenenti al demanio dello Stato anche i corsi d’acqua minori di una certa importanza per l’interesse generale e sociale⁴⁵⁰.

A partire dal 1883 la scoperta della possibilità di trasformare l’energia idraulica in energia idroelettrica comportò una vera e propria rivoluzione con riferimento all’uso della risorsa idrica, che poteva dunque anche essere impiegata a fini industriali⁴⁵¹.

Dalla fine dell’Ottocento, proprio a causa della rapida industrializzazione del Paese in atto, la domanda di energia iniziò a subire un notevole incremento, rendendo necessaria la costruzione di centrali idroelettriche. Preliminarmente occorre un intervento dello Stato per sottrarre le acque di una certa consistenza all’economia privata

⁴⁴⁹ Cfr. l’art. n. 543 del Codice civile del 1865. Diffusamente sul punto cfr. U. Pototsching, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, cit.. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, III edizione, vol. IV, Milano, 1948, p. 49 e ss.; F. Cammeo, *Demanio*, in D. I., IX, I, Torino, 1887-1898.

⁴⁵⁰ L’antinomia scaturì dalla sovrapposizione dei concetti di demanialità e di pubblicità delle acque, il primo usato ancora nel significato di patrimoniale, mentre il secondo impiegato sia per indicare l’acqua destinata all’uso pubblico, sia per designare l’acqua appartenente al patrimonio dello Stato. Cfr. L. Moscati, *Un modello per l’Europa: le concessioni d’acqua tra Settecento e Ottocento*, p. 18. La nozione di acqua pubblica costituisce oggi una categoria aperta, nella quale possono essere ricondotte tutte le acque purché risultino in concreto di pubblico interesse. Dunque il legislatore non ha inteso attuare una riserva generalizzata a tutte le risorse idriche esistenti, ma ha limitato tale riserva alle acque che concretamente risultano di pubblico interesse, lasciando le altre all’utilizzazione privata. “L’attitudine ad usi di pubblico generale interesse viene configurata dalla legge come un dato obiettivo che l’amministrazione accerta in qualsiasi momento e che dal giudice speciale può essere a sua volta accertato in caso di contestazione: un dato tuttavia composto di un elemento naturalistico, fisico, e di un elemento sostanziale costituito dalla valutazione degli interessi in gioco”. Cfr. V. Cerulli Irelli, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 2.

⁴⁵¹ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit, p. 51.

e costituire un monopolio statale, che avrebbe consentito di perseguire una migliore regolazione della utilizzazione della risorsa idrica da parte dell'industria privata⁴⁵².

Dunque, alla fine del XIX secolo, si iniziò ad estendere progressivamente la categoria delle acque demaniali e a regolamentare lo sfruttamento della risorsa idrica alla luce della consapevolezza della sua valenza strategica per conseguire la piena industrializzazione dell'Italia, un Paese che si trovava a dover fronteggiare le rilevanti problematiche relative alla scarsità di carbone.

La legge n. 2644 del 1884 fu la prima normativa organica in materia di derivazioni di acque pubbliche, volta a snellire le procedure per l'ottenimento delle concessioni, pur mantenendosi nel solco dei principi e dei caratteri fondamentali stabiliti dalla disciplina del 1865⁴⁵³. La collocazione della regolamentazione delle concessioni idriche in una legge autonoma segnò un primo passo verso la considerazione dell'utilizzazione economica di tale risorsa⁴⁵⁴, utilizzazione che, nel sistema delineato dalla legge del 1884, avrebbe dovuto svolgersi secondo gli obiettivi fissati dalla politica economica nazionale. Operando in tal senso, infatti, la legge del 1884 rese necessario per poter derivare acque pubbliche il conseguimento di un titolo legittimo o di una concessione⁴⁵⁵.

La legge del 1884 inoltre disciplinò la durata delle concessioni, a differenza della normativa del 1865, che non prevedeva una disposizione specifica su tale aspetto. In particolare, il legislatore del 1884 stabilì che le concessioni perpetue potevano essere

⁴⁵² Cfr. R. Albano, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, cit., p. 154.

⁴⁵³ Cfr. G. Coletti, *Il procedimento per ottenere la concessione sulle acque pubbliche nel più recente ordinamento giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, V, 1955. (?); C. Petrocchi, voce *Acque (diritto pubblico)*, in *Nov. ssmo Dig. It.*, I, p. 211; F. Pacelli, *Le acque pubbliche*, Padova, 1934, p. 58.

⁴⁵⁴ Cfr. F. Caporale, *Sulla legge del 1884 in materia di derivazioni di acque pubbliche*, in M. De Focatiis e A. Mastroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 22. Cfr. anche U. Pototsching, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, cit., p. 1009 e ss. e N. Lugaresi, *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela e di gestione*, Milano, 1955, p. 21 e ss. L. Moscati, *In materia di acque. Tra diritto comune e codificazione albertina*, Roma, 1993. G. Astuti, *Acque (introduzione storica generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 338.

⁴⁵⁵ Cfr. R. Albano, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, cit., 1967, p. 154.

disposte solo per legge⁴⁵⁶ (e non più tramite Decreto Reale, come avveniva precedentemente) e fissò a trenta anni la durata delle concessioni temporanee⁴⁵⁷. Tuttavia, per consentire l'ammortamento degli investimenti sostenuti dai concessionari per la realizzazione degli impianti idroelettrici fu riconosciuto loro il diritto di insistenza, in base al quale, una volta scaduta la concessione, i concessionari originari, facendone richiesta, avrebbero potuto pretenderne il rinnovo⁴⁵⁸.

In seguito alle innovazioni normative adottate con la legge n. 2644 del 1884, le concessioni idriche si trasformarono in uno strumento di politica economica, idoneo ad accordare lo sfruttamento della risorsa in via preferenziale all'uso che si ponesse in linea con le esigenze dell'economia nazionale.

La legge del 1884, inoltre, dispose per ciascuna provincia la compilazione di elenchi di acque pubbliche e di utenze⁴⁵⁹, senza però contribuire a delimitare il concetto di acque pubbliche, che verrà chiarito solo dalla disciplina prevista dal r.d. n. 1775 del 1933, che individua, come si vedrà, una demanialità idrografica globale. Per quanto riguarda l'attribuzione del carattere demaniale alla risorsa idrica, occorrerà invece

⁴⁵⁶ Cfr. art. 2 legge 10 agosto 1884, n. 2644.

⁴⁵⁷ Cfr. art. 5 legge 10 agosto 1884, n. 2644.

⁴⁵⁸ La pubblica amministrazione poteva apportare modifiche solo se fossero cambiate le condizioni dei luoghi e del corso d'acqua. Inoltre il rinnovamento della concessione poteva essere negato solo qualora il comportamento del beneficiario si fosse posto in contrasto con il fine pubblico per cui era stato disposto il provvedimento concessorio, impedendo di fatto l'effettuazione di una nuova valutazione dell'interesse pubblico al rilascio della concessione di derivazione. Il diritto di insistenza però trovava un limite in presenza di domande concorrenti. In tal caso, l'amministrazione avrebbe dovuto valutare quale uso soddisfacesse meglio l'interesse economico generale, tra quelli oggetto delle domande presentate e quello oggetto della concessione precedentemente rilasciata, in quanto il provvedimento concessorio avrebbe comunque dovuto rispondere al perseguimento dell'interesse pubblico. Cfr. F. Caporale, *Sulla legge del 1884 in materia di derivazioni di acque pubbliche*, cit., p. 25. Il diritto di insistenza tuttavia non venne incluso nel codice civile del 1865. Si tratta di un istituto sorto nella prassi consuetudinaria, che fu applicato dalla giurisprudenza a partire dalla seconda metà del XVIII secolo. Questo particolare diritto fu inizialmente riconosciuto per le locazioni d'immobili e si estese progressivamente anche alle acque. Il diritto di insistenza infatti riconosceva a coloro i quali godevano da lungo tempo di un bene in virtù di un titolo di locazione o di altro titolo, la pretesa di insistere nella concessione, potendo trasformarla in perpetua, dietro pagamento di un compenso. Ampiamente sul tema cfr. L. Moscati, *Sul diritto d' "insistenza"*, in *Scintillae Iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 2317 e ss.

⁴⁵⁹ Cfr. art. 25 e 26 legge 10 agosto 1884, n. 2644.

attendere il 1942⁴⁶⁰, anno dell'emanazione del codice civile vigente, che ha identificato le acque pubbliche con il demanio idrico⁴⁶¹.

Nel 1885, Galileo Ferraris, studiando la possibilità di impiegare la forza meccanica dei corsi d'acqua per alimentare macchine alternative al carbone, realizzò il primo modello di motore a campo magnetico rotante. Tale scoperta, avvenuta in un momento immediatamente successivo all'entrata in vigore della legge n. 2644 del 1884, rese possibile il trasferimento di energia elettrica a lunghe distanze, conferendo alle concessioni idroelettriche una rilevanza strategica ancora maggiore⁴⁶².

Durante la prima guerra mondiale fu emanato il d.l. n. 1664 del 1916, che estese la demanialità delle acque e introdusse l'obbligo della concessione governativa per qualsiasi impiego della risorsa idrica. Al termine della guerra, rendendosi necessario l'apporto di miglioramenti ed aggiunte al decreto – legge adottato pochi anni prima, fu emanato il d.l. n. 2161 del 1919, che rimase in vigore per molto tempo e fu convertito con la legge n. 2595 del 1927, contenente la delega al Governo per l'emanazione di un testo unico che raccogliesse le norme legislative sulle acque, sulle derivazioni e sulla produzione e distribuzione di energia elettrica già in vigore, inserendo le opportune modifiche e integrazioni per disciplinare la materia in modo organico⁴⁶³.

La delega fu attuata mediante l'emanazione del r.d. n. 1775 del 1933, c.d. testo unico in materia di acque pubbliche e impianti elettrici. Il testo unico rappresenta il compimento della tendenza evolutiva storico - giuridica sviluppatasi in materia di acque, la quale negli anni ha condotto ad estendere il carattere della demanialità, attribuendolo ad un numero crescente di acque minori che, in virtù dell'aumento delle possibilità del

⁴⁶⁰ Cfr. l'art. 822 c.c. vigente, che indica “...i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia” come acque che fanno parte del demanio pubblico, rendendo equivalenti le espressioni “acque pubbliche” e “acque demaniali”.

⁴⁶¹ Cfr. L. Moscati, *Un modello per l'Europa: le concessioni d'acqua tra Settecento e Ottocento*, cit., p. 20.

⁴⁶² Cfr. F. Caporale, *Sulla legge del 1884 in materia di derivazioni di acque pubbliche*, cit., p. 22.

⁴⁶³ G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 51.

loro sfruttamento per usi di interesse generale, da private sono divenute pubbliche *ope legis*⁴⁶⁴.

Il valore della risorsa idrica dunque tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento è aumentato vertiginosamente e l'acqua si è trasformata da bene in mezzo di produzione. Il legislatore, consapevole di tale evoluzione, ha iniziato dunque a disciplinare l'impiego della risorsa in funzione dello specifico interesse pubblico sotteso alle diverse forme di utilizzazione, dando luogo a un "*capovolgimento dell'originario rapporto tra le norme poste per la regolazione delle acque e le norme concernenti invece la loro utilizzazione. Da principio era l'opera idraulica che vincolava e limitava l'utilizzazione; ora sono le norme sulla utilizzazione che comandano l'opera idraulica*"⁴⁶⁵.

3.2 La disciplina prevista dal r.d. n. 1775 del 1933

Con l'evoluzione delle politiche idriche alla base dello sfruttamento dell'acqua si è posto l'istituto della concessione di derivazione, strumento organicamente disciplinato dal r.d. n. 1775/1933 (cd. testo unico delle acque pubbliche) e che ha svolto un ruolo centrale nel sistema di regolamentazione dell'uso delle acque. La disciplina adottata nel

⁴⁶⁴ In questo senso cfr. R. Albano, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, cit., p. 155.

⁴⁶⁵ Cfr. U. Pototsching, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, cit., p. 1017. L'Autore osserva che il ricorso allo strumento della concessione indica il permanere nello schema tradizione della disciplina del bene. L'attività di produzione che l'uso razionale dell'acqua permetteva di intraprendere ormai massicciamente è stata disciplinata con disposizioni concernenti soltanto il bene e poste essenzialmente a tutela della sua conservazione e della sua buona amministrazione. Le nuove attività produttive realizzate mediante l'uso delle acque, compresa la produzione di energia elettrica, venivano inquadrare sotto il profilo giuridico degli usi eccezionali del bene demaniale, secondo cui si intendevano per tali tutti quegli usi dei beni pubblici che erano possibili solo sulla base di un provvedimento di concessione, anche se in linea di fatto tali usi non avessero nulla di eccezionale e rappresentassero anzi il modo consueto e normale di utilizzazione del bene.

1933 conferma la necessità di un titolo per derivare l'acqua pubblica, che individua appunto nella concessione di derivazione.

Il testo unico delle acque pubbliche del 1933 trova ancora oggi applicazione e ha sancito la prevalenza della destinazione produttiva dell'acqua rispetto all'uso privato. Inoltre la previsione del riconoscimento in capo al concessionario originario dello speciale diritto d'insistenza in caso di rinnovo della concessione, già introdotto, come visto, nella legislazione di fine Ottocento, ha confermato il *favor* del legislatore del 1933 per le concessioni di lunga durata⁴⁶⁶. Infatti le concessioni di derivazione non potevano eccedere i sessanta anni (con possibilità di rinnovo per ulteriori trenta anni a favore del gestore uscente) e non era prevista alcuna disposizione sulla riassegnazione delle concessioni scadute ad un operatore diverso dal concessionario originario⁴⁶⁷.

In particolare, il sistema delle concessioni per lo sfruttamento della risorsa idrica a scopo idroelettrico prevede due regimi concessori differenti, a seconda che si tratti di grandi o piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico. Le piccole derivazioni idroelettriche sono quelle aventi potenza nominale installata inferiore o uguale a 3000 kW, le grandi quelle aventi potenza nominale superiore⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ Cfr. M. A. Sandulli, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, cit., p. 3. Cfr. anche L. R. Perfetti, "Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Il foro amministrativo, Consiglio di Stato*, 2003, p. 621 e ss.

⁴⁶⁷ Cfr. N. Bassi *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 32 e ss.

⁴⁶⁸ Cfr. l'art. 6 del r.d. n. 1775/1933. La sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 2013 ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale superiore delle acque pubbliche con riferimento alle norme contenute in due leggi della Provincia autonoma di Bolzano (in particolare agli artt. 10, comma 1 e 11 della legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 2 del 2010 e all'art. 24, comma 1, della legge della stessa Provincia n. 15 del 2011) che richiedevano un titolo comprovante la disponibilità delle aree interessate per le domande di derivazione a scopo idroelettrico con potenza nominale media fino a 3 MW, mentre consideravano di pubblica utilità le opere per impianti con potenza nominale superiore a 3 MW, assoggettando quindi ad una diversa disciplina gli impianti di grandi e piccole derivazioni. Secondo la Corte la previsione di tale regime differenziato è ragionevole e coerente con l'intera disciplina delle derivazioni, che risulta caratterizzata da tale distinzione anche nella legislazione statale.

Con riferimento alle grandi derivazioni a scopo idroelettrico, l'art. 25 del r.d. 1775/1933 ha delineato un innovativo meccanismo⁴⁶⁹ secondo il quale la costruzione delle centrali idroelettriche sarebbe avvenuta ad opera dei privati, i quali tramite lo sfruttamento economico dell'impianto avrebbero conseguito la remunerazione dell'investimento. Una volta scaduta la concessione e nei casi di decadenza o rinuncia, i beni strumentali realizzati per la produzione di energia idroelettrica, quali le opere di raccolta, di regolazione e di condotte forzate e i canali di scarico (c.d. "opere bagnate") sarebbero passati gratuitamente dalla proprietà degli imprenditori privati concessionari della derivazione idrica alla proprietà dello Stato⁴⁷⁰, che avrebbe potuto dotarsi delle infrastrutture necessarie per la produzione di energia idroelettrica⁴⁷¹. Per quanto riguarda invece ogni altro edificio, macchinario, impianto di utilizzazione, di trasformazione e di distribuzione inerente alla concessione (c.d. "opere asciutte") lo Stato avrebbe avuto la facoltà di immettersi nell'immediato possesso dietro pagamento di un corrispettivo, costituito dal valore di stima del materiale in opera, calcolato al momento dell'immissione in possesso, astraendo da qualsiasi valutazione del reddito da esso ricavabile⁴⁷².

Tale contesto normativo, improntato ad una rapida industrializzazione del Paese, secondo la dottrina, già preluderebbe all'attuazione di una futura nazionalizzazione della

⁴⁶⁹ La dottrina, riguardo al sistema delineato nel r.d. n. 1775 del 1933, ne ha sottolineato la modernità, cogliendo degli elementi in comune con il meccanismo del *project financing*. Cfr. M. A. Sandulli, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, cit., p. 3.

⁴⁷⁰ Cfr. art. 25, comma 1, r.d. n. 1775/1933.

⁴⁷¹ Cfr. P. Brambilla, *op. cit.*, p. 476 L'Autrice osserva che "sottesa a questa previsione traslativa v'è un'ispirazione ben chiara, legata alla volontà del nascente Stato industriale di costituire in capo a sé un vero e proprio demanio idroelettrico, fondato sul principio dell'accessione, per cui alla scadenza della concessione tutto ciò che era toccato dall'acqua, bene pubblico, accedeva ad essa e al relativo regime proprietario, analogamente a quanto accadeva ed accade per il demanio marittimo, per quello lacuale, e per le concessioni demaniali in genere, in cui quanto viene edificato o realizzato sul demanio, al termine della concessione passa nella proprietà dell'ente concedente, che però mantiene salva la possibilità di ordinare la rimessione in pristino del bene".

⁴⁷² Cfr. art. 25, comma 2, r.d. n. 1775/1933.

produzione dell'energia idroelettrica, che si sarebbe realizzata compiutamente una volta scadute le prime concessioni per le grandi derivazioni idroelettriche⁴⁷³.

Per quanto riguarda invece le concessioni di piccole derivazioni, l'art. 30 del r.d. 1775/1933, attualmente vigente, dispone che, se al termine della concessione persistono i fini della derivazione e non si riscontrano superiori ragioni di pubblico interesse, queste, dato il loro scarso valore strategico, possono permanere in capo ai privati. Dunque il concessionario potrebbe ottenere il rinnovo della concessione, con quelle modificazioni rese necessarie in considerazione delle variate condizioni dei luoghi e del corso d'acqua, trasformando le concessioni in affidamenti sostanzialmente perpetui⁴⁷⁴.

Il regio decreto disciplina anche il procedimento per il rilascio delle nuove concessioni di derivazione a scopo idroelettrico, che viene avviato con la presentazione della domanda di derivazione, accompagnata dai progetti relativi alle opere da eseguire, al Ministero dei Lavori Pubblici (oggi alle Regioni). L'istanza viene pubblicata nelle forme previste dall'art. 7 e viene trasmessa all'Autorità di bacino territorialmente competente, che esprime un parere vincolante in ordine alla compatibilità della utilizzazione con le previsioni del Piano di tutela. Nei trenta giorni seguenti qualunque soggetto interessato può presentare una domanda concorrente. Le domande pervenute entro tale termine vengono a loro volta pubblicate e sottoposte a un'istruttoria congiunta.

L'art. 9 individua quale criterio di scelta tra le domande concorrenti quello della più razionale utilizzazione delle risorse idriche in relazione ai seguenti criteri: “a) *l'attuale*

⁴⁷³ In tal senso cfr. P. Brambilla, *op. cit.*, p. 477.

⁴⁷⁴ Cfr. M. A. Sandulli, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *cit.*, p. 3. Le funzioni amministrative riguardanti le piccole derivazioni di acque sono state attribuite alla competenza delle Regioni dall'art. 90 del dpr. n. 616/1977. Successivamente, l'art. 89, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 112/1998 ha disposto il trasferimento delle funzioni relative alla gestione del demanio idrico, comprese tutte le funzioni amministrative relative alle derivazioni di acqua pubblica. Pertanto la competenza per il rilascio della concessione di derivazione è attribuita alle Regioni, le quali possono anche decidere di demandarla alle Province. Per quanto riguarda il procedimento per il rilascio delle concessioni di piccole derivazioni ad uso idroelettrico cfr. F. Todarello, F. Novelli, *Le concessioni di (piccole) derivazioni ad uso idroelettrico*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 95 e ss.

livello di soddisfacimento delle esigenze essenziali dei concorrenti anche da parte dei servizi pubblici di acquedotto o di irrigazione e la prioritaria destinazione delle risorse qualificate all'uso potabile; b) le effettive possibilità di migliore utilizzo delle fonti in relazione all'uso; c) le caratteristiche quantitative e qualitative del corpo idrico oggetto di prelievo; d) la quantità e la qualità dell'acqua restituita rispetto a quella prelevata. È preferita la domanda che, per lo stesso tipo di uso, garantisce la maggior restituzione d'acqua in rapporto agli obiettivi di qualità dei corpi idrici”⁴⁷⁵. A parità di condizioni è preferita quella che offra maggiori ed accertate garanzie tecnico-finanziarie ed economiche d'immediata esecuzione ed utilizzazione. In mancanza di altre condizioni di preferenza si adotta il criterio della priorità di presentazione, se non ostano motivi prevalenti di interesse pubblico e il primo richiedente si obbliga ad attuare la più vasta utilizzazione.

⁴⁷⁵ Cfr. art. 9 del r.d. n. 1775 del 1933. I criteri di preferenza originariamente previsti lasciavano ampia discrezionalità all'Amministrazione. Tali criteri sono stati successivamente integrati con l'introduzione di considerazioni ambientali, secondo quanto disposto dal d.lgs. n. 152 del 2006.

3.3 La nazionalizzazione del mercato elettrico e l'istituzione dell'Enel

Il modello delineato veniva modificato in seguito alla promulgazione della legge n. 1643 del 1962, che provvedeva ad attuare la politica di nazionalizzazione delle imprese esercenti servizi pubblici. Tale intervento normativo traeva fondamento dall'art. 43 della Cost., che, come noto, prevede la facoltà di *“riservare originariamente e trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”*⁴⁷⁶.

La legge del 1962, più volte sottoposta al vaglio della Corte costituzionale e sempre ritenuta legittima, dunque attuava per la prima volta la suddetta disposizione della Costituzione⁴⁷⁷, istituendo l'Ente nazionale per l'energia elettrica (di seguito Enel), al quale veniva riservato il compito di esercitare nel territorio nazionale le attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica⁴⁷⁸. Conseguentemente, veniva disposto il trasferimento a tale ente di oltre il 90% delle imprese esercenti le predette attività, ormai riservate allo

⁴⁷⁶ Per un commento all'articolo, cfr. A. Predieri, *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; F. Galgano, *Commento all'art. 43*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, Bologna, 1982.

⁴⁷⁷ Cfr. tra le altre, la sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 1964. La sentenza utilizza il termine *“riserva”* riguardo alle attività elettriche e non alle concessioni di acqua, ma, come evidenziato dalla dottrina, *“sotto le vesti della concessione perpetua, si nasconde una vera e propria riserva in favore dell'Enel”* della risorsa idrica che costituiva l'oggetto di derivazione di forza motrice a sfavore delle imprese assoggettate al trasferimento. Cfr. U. Pototsching, *Vecchi e nuovi strumenti della disciplina pubblica delle acque*, cit., p. 1031. Sul tema cfr. anche M. De Focatiis, *Il sindacato della Corte costituzionale sulle decisioni di politica energetica italiana: nuovi spazi per il mercato e per la libertà di impresa?*, in M. De Focatiis, A. Maestroni (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, 2012, p. 49.

⁴⁷⁸ Cfr. art. 1, legge n. 1643 del 1962.

Stato, e l'annullamento delle scadenze già previste per le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche.

Soltanto le imprese produttrici di energia per consumo proprio e i piccoli distributori autosufficienti restavano esclusi dall'obbligo di trasferimento all'ENEL⁴⁷⁹. Tuttavia era previsto che le utenze idroelettriche rimaste in capo a soggetti diversi dall'Enel e le relative aziende alla scadenza della concessione sarebbero passate in proprietà dell'Enel, in quanto ente strumentale dello Stato riservatario dell'attività di produzione di energia⁴⁸⁰.

La riserva statale riguardante il settore energetico trovava un temperamento venti anni dopo con la legge n. 529 del 1982, che trasformava il sistema di subentro automatico dell'Enel in facoltativo, consentendo agli operatori economici rimasti estranei alla nazionalizzazione delle industrie elettriche di ottenere il rinnovo delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico⁴⁸¹.

Negli anni Novanta del secolo scorso l'evoluzione della disciplina in materia di produzione di energia da fonti rinnovabili⁴⁸² e il moltiplicarsi delle norme di tutela

⁴⁷⁹ Cfr. art. 4, legge n. 1643 del 1962. In particolare, le imprese assoggettate alla riserva statale erano trasferite all'ente strumentale statale mediante il trasferimento di azienda o del ramo di azienda (art. 4, comma 1), le imprese non esercenti in via esclusiva o principale attività nel settore energetico dovevano trasferire all'Enel il solo complesso dei beni organizzati per l'esercizio delle attività stesse e dei relativi rapporti giuridici (art. 4, comma 2). Nel trasferimento erano compresi tutti gli obblighi e i diritti relativi, le concessioni e autorizzazioni amministrative in atto attinenti la produzione, il trasporto, la trasformazione e la distribuzione dell'energia elettrica, nonché le concessioni minerarie utilizzate per la produzione di energia elettrica. Veniva inoltre previsto che le concessioni di derivazioni per forza motrice trasferite all'Ente nazionale e quelle accordategli dopo la sua costituzione erano prive di scadenza. Diffusamente riguardo alle previsioni della legge n. 1643 del 1962 cfr. P. Brambilla, *op. cit.*, p. 477.

⁴⁸⁰ La riserva nei confronti dell'ENEL infatti non era assoluta. Con l'emanazione del successivo d.p.r. n. 342 del 1965 veniva disposto il subentro da parte di Enel "in tutti i diritti, poteri ed oneri conferiti allo Stato dall'art. 25" del t.u. Cfr. V. Cerulli Irelli, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 14.

⁴⁸¹ Cfr. V. Cerulli Irelli, voce *Acque pubbliche*, cit., p. 14. La normativa del 1982 prevedeva un meccanismo procedurale complesso, che, coerentemente con quanto disposto dal r.d. n. 1775 del 1933, riconosceva delle condizioni di preferenza al concessionario uscente che si fosse impegnato a realizzare interventi di potenziamento degli impianti. Cfr. sul punto N. Bassi, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, cit., p. 34.

⁴⁸² Ci si riferisce alla legge n. 9 del 1991, la cui disciplina è stata trattata nel Capitolo 3.

ambientale⁴⁸³ hanno contribuito ulteriormente a ridimensionare la riserva a favore dell'Enel. Conseguentemente all'introduzione di tali previsioni infatti è stata considerevolmente limitata la possibilità di rilasciare nuove concessioni di grande derivazione, concentrando il mercato della produzione idroelettrica sulla riassegnazione delle concessioni in corso⁴⁸⁴.

3.4 Il quadro normativo di riferimento dopo la liberalizzazione del mercato dell'energia

Alla fine del secolo scorso il sistema si evolve ulteriormente, per effetto delle istanze di liberalizzazione del mercato provenienti dalla Comunità europea che pongono fine al regime di monopolio statale nella produzione di energia elettrica⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Cfr. in particolare il d. lgs. n. 275 del 1993 e la legge n. 36 del 1994.

⁴⁸⁴ Cfr. sul punto N. Bassi, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, cit., p. 35.

⁴⁸⁵ In particolare, ad impattare significativamente sulla disciplina sopra delineata è la regola del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, regola già presente al livello dei Trattati, negli artt. 49 e 101 del TFUE (artt. 43 e 81 TCE) e ribadita dall'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Con riferimento all'attività di produzione di energia elettrica, l'art. 1, punto 1.3 del D.M. 10 settembre 2010, emanato in attuazione del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 di trasposizione della direttiva 2007/77/CE prevede che « *ai sensi dell'ordinamento comunitario e nazionale, non possono essere indette procedure pubblicitiche di natura concessoria aventi ad oggetto l'attività di produzione di energia elettrica, che è attività economica non riservata agli Enti pubblici e non soggetta a regime di privativa. Restano ferme le procedure concorrenziali per l'attribuzione delle concessioni di derivazione d'acqua, mentre le Regioni possono porre limitazioni e divieti in atto di tipo pianificatorio e programmatico* ». Dunque, secondo quanto previsto dalle Linee guida, l'oggetto della concessione di derivazione è costituito dalla risorsa idrica e non dall'attività economica, che non potrebbe essere sottoposta a concessione, in quanto attività liberalizzata. A tale proposito, Florenzano osserva che l'obbligo di gara previsto dalla legge si è tradotto in un obbligo di "esternalizzazione" dell'uso del bene demaniale. Secondo l'Autore, non si riscontra alcun principio di matrice europea che obblighi a concedere a terzi a fini produttivi la risorsa idrica, inoltre alla luce della normativa di settore non risulta che l'acqua debba essere necessariamente ceduta in concessione per la realizzazione di un mercato delle derivazioni idroelettriche. Conseguentemente, la liberalizzazione dell'attività economica di produzione di energia idroelettrica non comporterebbe necessariamente la liberalizzazione dell'acqua e la sua cessione in concessione, in quanto l'obbligo di gara avrebbe potuto essere introdotto solo nel caso in cui l'ente pubblico concedente avesse optato per il ricorso al mercato per

Nel contesto della politica di dismissioni del patrimonio pubblico, il d.l. n. 333 del 1992, convertito con l. n. 359 del 1992, dispone la trasformazione dell'Enel da ente pubblico economico in una società per azioni di cui è azionista unico il Governo. Con il decreto del Ministro dell'Industria del 28 dicembre 1995 tutte le attività svolte in precedenza dall'Enel per legge gli vengono attribuite a titolo di concessione “*per l'esercizio del pubblico servizio di produzione di energia elettrica nel territorio nazionale*” per un periodo di quaranta anni⁴⁸⁶.

Nel frattempo interviene la direttiva n. 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme comuni per il mercato interno per l'energia elettrica, che, come noto, prevede l'apertura alla concorrenza del mercato dell'energia elettrica⁴⁸⁷. Tale direttiva viene attuata con il d. lgs. n. 79 del 1999⁴⁸⁸, disciplinante anche il settore idroelettrico.

In seguito all'irrompere della normativa di matrice europea, mentre l'acqua è considerata ancora un bene di proprietà pubblica e dunque soggetto a concessione, il suo utilizzo a fini produttivi viene qualificato come un'attività imprenditoriale libera, che presuppone l'avvenuto rilascio della concessione della risorsa idrica e si inserisce

sfruttare la risorsa idrica a fini produttivi. Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 243 e ss.

⁴⁸⁶ Cfr. sul punto I. Conte, *Durata e proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche*, in *Gazzetta Ambiente*, 2009, pag. 43. C. Gallucci, *Energia elettrica*, in M. D'Alberti (a cura di), *Concessioni e concorrenza, Temi e problemi* - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, p. 76.

⁴⁸⁷ Cfr. in particolare l'art. 3 della direttiva 96/92/CE, secondo cui “*gli Stati membri, in base alla loro organizzazione istituzionale e nel dovuto rispetto del principio di sussidiarietà, fanno sì che le imprese elettriche [...] siano gestite secondo i principi della presente direttiva, nella prospettiva di conseguire un mercato dell'energia elettrica concorrenziale e non discriminatorio tra esse per quanto riguarda i loro diritti e obblighi*”; e l'art. 4, il quale prevede che, per la costruzione di nuovi impianti di generazione, gli Stati membri possano optare tra un sistema di autorizzazioni e/o una procedura di gara di appalto, entrambi da svolgersi nel rispetto di criteri obiettivi, trasparenti e non discriminatori.

⁴⁸⁸ C.d. “Decreto Bersani”, che ha attuato la delega disposta dall'art. 36 della legge comunitaria n. 128 del 1998 per la realizzazione e la liberalizzazione completa del sistema elettrico.

all'interno delle logiche di mercato, per quanto temperate dall'essere un servizio economico di interesse generale⁴⁸⁹.

Con riferimento alle concessioni di derivazione a scopo idroelettrico, l'art. 12 del d.lgs. n. 79/1999, ripetutamente modificato nel tempo, diventa la normativa di riferimento per le concessioni di grandi derivazioni, mentre, per quanto riguarda le concessioni per le piccole derivazioni, risulta ancora oggi applicabile la disciplina prevista dal Testo unico del 1933⁴⁹⁰.

Contemporaneamente alle istanze di liberalizzazione inizia ad affermarsi, sempre in ambito europeo, una politica di utilizzo della risorsa idrica che tiene in maggior considerazione gli aspetti di tutela ambientale. Così, a livello nazionale, iniziano a susseguirsi interventi normativi volti a limitare lo sfruttamento della risorsa a fini energetici e a elaborare nuovi criteri al rispetto dei quali subordinare l'affidamento delle relative concessioni.

In particolare, la legge n. 183 del 1989 introduce nell'ordinamento italiano il deflusso minimo vitale, uno strumento normativo per la tutela delle acque e degli ecosistemi connessi⁴⁹¹.

Il d.lgs. n. 275/1993 modifica le regole per il rilascio delle concessioni, prevedendo l'inserimento di criteri di preferenza inerenti alla tutela ambientale e il parere dell'Autorità di bacino nel procedimento concessorio.

⁴⁸⁹ Cfr. sul punto P. Brambilla, *Grandi derivazioni: ripristinata per mano giurisprudenziale la disciplina concorrenziale del vecchio T. U. acque pubbliche*, in *Riv. giur. Amb.*, 3, 2015, p. 446.

⁴⁹⁰ Cfr. in particolare gli artt. 7 -15 del r.d. n. 1775 del 1933.

⁴⁹¹ La legge n. 34 del 1996 e il d.lgs. n. 152 del 1999, all'art. 22, successivamente modificato dall'art. 6 del d.lgs. n. 285/2000, hanno introdotto la previsione della salvaguardia del deflusso minimo vitale del bacino derivato, prevedendo l'eventuale riduzione del flusso derivabile senza alcun indennizzo. La direttiva n. 2000/60/CE ha fissato l'obiettivo generale di raggiungere lo "*stato di buono*" per tutte le acque entro il 31 dicembre 2015, vincolando anche il concessionario di derivazione a scopo idroelettrico a "*mantenere nell'alveo fluviale un quantitativo sufficiente di acqua per garantirne la continuità biologica, stabilendo altresì che la restituzione dovesse avvenire, appunto, entro un minimo vitale per l'ecosistema d'origine*". Cfr. A. Maestroni, *Il deflusso minimo vitale*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 132.

La disciplina stabilita dal d. lgs. n. 152 del 2006 riforma nuovamente i criteri di preferenza per il rilascio della concessione nell'ottica di una più intensa valorizzazione dei profili di tutela del corso d'acqua interessato, rendendo vincolante il parere dell'Autorità di bacino ai fini del rilascio della concessione di derivazione e prevedendo un meccanismo di sostituzione in caso di inerzia⁴⁹².

Anche la necessaria temporaneità delle concessioni trova un ulteriore fondamento negli interessi ambientali ormai affermatasi e la previsione di un limite di durata delle concessioni senza alcuna proroga viene considerato dalla Corte costituzionale come “*livello adeguato e non riducibile*” di tutela ambientale⁴⁹³.

Ne risulta un quadro asistematico e poco coerente, nel quale ciascuna normativa rispecchia la diversa logica alla base della quale è stata adottata, lasciando all'interprete il compito di “*coordinare norme intrise della logica produttivistica, ispirata al principio dell'autarchia economica, che permea la disciplina del Testo unico del 1933, con norme che si ispirano ai principi di tutela propri della disciplina sulle acque (tutela del bene ambientale) o di tutela della concorrenza*”⁴⁹⁴.

Il quadro normativo di livello statale risulta ulteriormente implementato dalle discipline adottate dalle Regioni, le quali non si sono astenute dall'esercitare la potestà legislativa concorrente loro attribuita dall'art. 117, comma 3, Cost. con riferimento alla materia del “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*”. I legislatori regionali si sono rivelati attivi nella promozione della produzione di energia da fonte idroelettrica, prevedendo la regolamentazione del procedimento per il rilascio delle concessioni di derivazione d'acqua a scopo idroelettrico⁴⁹⁵ e, per quanto riguarda

⁴⁹² Cfr. art. 96 d. lgs. n. 152 del 2006, che ha modificato, tra gli altri, l'art. 7 e l'art. 9 e 12-*bis* del r.d. n. 1775/1933.

⁴⁹³ Cfr. art. 21 del r.d. n. 1775 del 1933, come modificato dall'art. 96, comma 8, d. lgs. n. 152 del 2006 e le sentenze della Corte cost. n. 180 del 2010 e n. 225 del 2009.

⁴⁹⁴ Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 235.

⁴⁹⁵ Cfr. legge regionale Abruzzo n. 17 del 2007, legge regionale Campania n. 8 del 2008, legge provinciale Bolzano n. 7 del 2006, legge provinciale Trento n. 4 del 1998 e ss. mm. Già in un momento antecedente alla riforma del Titolo V della Costituzione, l'art. 86 del d. lgs. 112 del 1998 aveva attribuito alle Regioni la gestione del demanio idrico. L'art. 88 del suddetto decreto precisava che la gestione ricomprendeva tutte

l'esercizio delle funzioni amministrative relative alle concessioni di grandi derivazioni che interessano i territori appartenenti a più Autonomie, predisponendo accordi tra Regioni ovvero tra Regioni o Province autonome ai sensi dell'art. 117, comma 8 Cost⁴⁹⁶.

4. La questione del rinnovo delle concessioni di grandi derivazioni

4.1. La disciplina originaria prevista dall'art. 12 del d. lgs. n. 79/1999

Il d.lgs. n. 79/1999 ha disciplinato le scadenze delle concessioni di derivazione per la produzione di energia idroelettrica e il sistema secondo il quale verranno aggiudicate, una volta scadute, le utenze idriche ancora appartenenti all'ente statale.

Nella sua prima formulazione, il decreto manteneva uno speciale regime di favore per il concessionario uscente. Infatti l'art. 12 del d.lgs. n. 79/1999 riconosceva a chiunque la possibilità di chiedere la nuova concessione, presentando, almeno cinque anni prima della scadenza delle concessioni, un progetto migliorativo con riferimento alla potenza o ai profili di risanamento ambientale, ma, allo stesso tempo, la norma accordava un diritto di prelazione al concessionario uscente, il quale poteva ottenere il rinnovo della concessione impegnandosi a realizzare il progetto migliore tra quelli presentati dai concorrenti⁴⁹⁷. Il concessionario uscente, inoltre, nel caso in cui non fosse stata presentata

le funzioni amministrative relative alle derivazioni di acqua pubblica, alla ricerca, estrazione e utilizzazione delle acque sotterranee, alla tutela del sistema idrico sotterraneo, nonché alla determinazione dei canoni di concessione e al relativo incameramento. Cfr. sul punto D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 237.

⁴⁹⁶ Cfr. legge regionale Veneto n. 26 del 2006, legge provinciale Trento n. 1 del 2007. Diffusamente sul punto cfr. C. Tosolini, *Regioni ordinarie ed energia elettrica: il ruolo della legislazione*, cit., p. 107 e ss.

⁴⁹⁷ Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 238; M. A. Sandulli, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, cit., p. 5.

alcuna domanda da parte di terzi operatori, avrebbe potuto chiedere il rinnovo della concessione.

Per quanto riguardava la scadenza delle concessioni, la norma in oggetto subordinava a una diversa disciplina le concessioni rilasciate all'Enel, rispetto alle concessioni affidate ad altri soggetti. Con riferimento alle prime, che non presentavano alcuna scadenza, veniva prevista una durata di trenta anni dall'entrata in vigore del decreto. Per quanto concerneva le seconde, si disponeva che, tra queste, le concessioni già scadute o che sarebbero scadute entro il 31 dicembre 2010 fossero prorogate sino a tale data, mentre quelle aventi una scadenza più lunga, avrebbero mantenuto la scadenza originaria.

Questa diversità di regime fu avvertita come un fattore di discriminazione, in quanto manifestava l'intento di assicurare una rendita di posizione all'*ex* monopolista Enel nella delicata fase di apertura del mercato alla concorrenza⁴⁹⁸. Come osservato dalla dottrina, sostanzialmente, la proclamata intenzione di voler procedere all'apertura del mercato si era concretizzata in senso opposto, dando luogo a una normativa a favore degli *incumbent* nel mercato⁴⁹⁹.

Il meccanismo introdotto, volto a privilegiare il concessionario uscente, veniva censurato dalla Commissione europea, che avviava una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia⁵⁰⁰. Secondo la Commissione la mancanza di una competizione aperta costituiva di per sé una violazione del principio della libertà di stabilimento.

⁴⁹⁸ In questo senso A. Travi, il quale ritiene che il decreto Bersani per quanto concerne le concessioni idroelettriche sia intervenuto in "*termini compromissori*". L'Autore non esclude una preordinazione delle previsioni contenute nel decreto Bersani in tema di concessioni idroelettriche a sostenere gli operatori nazionali già insediati contro il rischio del subentro di investitori esteri. Cfr. A. Travi, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi della concorrenza*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 51 e ss.

⁴⁹⁹ In questo senso cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 239.

⁵⁰⁰ Cfr. le Procedure d'infrazione n. 1999/4902 e n. 2002/2282 (IP/05/920). Contemporaneamente venivano aperte procedure di infrazione anche nei confronti della Spagna e della Francia sempre con riferimento alla disciplina prevista in tema di concessioni idroelettriche, ritenuta incompatibile con la garanzia della

4.2. La sentenza della Corte costituzione n. 1 del 2008

La procedura di infrazione avviata nei confronti dell'Italia relativamente alla disciplina prevista per il rinnovo delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico veniva archiviata dalla Commissione europea in seguito all'entrata in vigore della legge n. 266 del 2005. Il legislatore italiano infatti interveniva in tale ambito, introducendo *“la regola generale della gara ad evidenza pubblica per l'attribuzione della concessione non solo nei casi di decadenza, rinuncia e revoca, ma anche in caso di scadenza di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico”*⁵⁰¹, escludendo quindi la preferenza accordata al concessionario uscente.

In particolare, la legge n. 266 del 2005⁵⁰² sostituiva il meccanismo delineato dal d. lgs. n. 79/1999 e censurato in sede europea con la previsione di un meccanismo complesso, secondo il quale l'amministrazione competente (la Regione o la Provincia autonoma), cinque anni prima dello scadere di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico e nei casi di decadenza, o della rinuncia, o della revoca di tali concessioni, avrebbe dovuto indire una gara ad evidenza pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata trentennale, avendo particolare riguardo a un'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrogeografico di pertinenza e di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata.

Per quanto concerneva la procedura di gara, la formulazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi e dei parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata veniva demandata al Ministero delle attività produttive, di concerto con

concorrenza. Cfr. A. Travi, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi della concorrenza*, cit., p. 53.

⁵⁰¹ Cfr. S. Fanetti, *Una nuova decisione della Corte costituzionale in materia di energia. La sentenza 1/2008*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2008, 3-4, p. 585.

⁵⁰² Cfr. l'art. 1, commi da 483 a 492, della legge n. 266 del 2005.

il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, sentito il gestore della rete di trasmissione nazionale. Dunque le Regioni non venivano coinvolte in alcun modo nell'adozione di tale determinazione, che il legislatore riconduceva alla "materia" di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza (di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.).

Con la medesima legge n. 266 del 2005, il legislatore interveniva anche riguardo alla scadenza delle concessioni idroelettriche di grande derivazione in corso al 1 gennaio 2006, disponendone una proroga di dieci anni, accordata nel caso in cui gli operatori si fossero impegnati a realizzare un programma di ammodernamento e potenziamento degli impianti e a corrispondere allo Stato e agli enti locali canoni di concessione maggiorati⁵⁰³. Anche la previsione di tale proroga veniva ricondotta alla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, resasi necessaria per *"garantire i tempi di completamento del processo di liberalizzazione e integrazione europea del mercato interno dell'energia elettrica, anche per quanto riguarda la definizione dei principi comuni in materia di concorrenza e parità di trattamento nella produzione"*⁵⁰⁴.

La normativa suddetta, qualificata dallo stesso legislatore come volta a garantire la concorrenza, è stata impugnata dalle Regioni⁵⁰⁵, in quanto ritenuta una disciplina statale di dettaglio che non trovava fondamento nell'art. 117, comma 2, lett. e), ma che invece, essendo stata adottata unilateralmente dallo Stato in violazione del principio di leale collaborazione, si traduceva in una invasione della competenza concorrente attribuita dall'art. 117, comma 3, Cost. alle Regioni nelle materie riguardanti la *"produzione,*

⁵⁰³ Cfr. l'art. 1, comma 485, 486 e 487 della legge n. 266 del 2005. L'intervento normativo suddetto subordinava la proroga delle concessioni all'effettuazione di investimenti da parte dei concessionari sugli impianti ed è perciò stato configurato dalla dottrina come una legge di incentivazione. Cfr. A. Travi, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi della concorrenza*, cit., p. 57.

⁵⁰⁴ Cfr. l'art. 1, comma 491, della legge n. 266 del 2005.

⁵⁰⁵ Le questioni di legittimità costituzionale avverso la disciplina prevista all'art. 1, commi da 483 a 492, della legge n. 266 del 2005 furono promosse dalle Regioni Toscana, Piemonte, Campania, Emilia-Romagna e Friuli Venezia Giulia.

trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", il *"governo del territorio"* e la *"valorizzazione dei beni culturali ed ambientali"*.

La Corte costituzionale si è espressa sulla questione con la sentenza n. 1 del 2008, contribuendo a delineare il perimetro della "materia" di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza, già qualificata dalla giurisprudenza costituzionale come "materia trasversale"⁵⁰⁶.

Si premette che l'interpretazione della "materia" tutela della concorrenza ha assunto una particolare carica espansiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che va ben oltre i limiti della tradizionale disciplina antitrust, acquisendo un profilo dinamico e promozionale idoneo ad incidere su ogni intervento di politica economica di carattere unitario e potendo anche interferire, in quanto competenza trasversale, nei settori di competenza delle Regioni⁵⁰⁷.

In particolare, secondo la giurisprudenza costituzionale, rientrano nella nozione di "concorrenza" di cui all'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. sia gli interventi legislativi volti a tutelare in senso proprio assetti concorrenziali già consolidati, sia *"quelle misure legislative di promozione che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura,*

⁵⁰⁶ Cfr., tra le prime decisioni sul tema della tutela della concorrenza, la fondamentale sentenza della Corte cost. n. 14 del 2004. Per materie trasversali si intendono *"quei settori della legislazione in cui l'individuazione della fonte competente non dipende dalla ricerca di una materia in senso tecnico all'interno degli elenchi dell'art. 117 Cost., ma dal perseguimento di un interesse a rilevanza nazionale che viene a sovrapporsi agli interessi che la Costituzione affida al legislatore regionale"*. Cfr. F. Benelli, R. Bin, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, cit., p. 1189. Gli autori individuano nella configurazione delle materie trasversali una forma di "smaterializzazione" della materia, che non determina una *"perdita di consistenza fisica di talune delle etichette dell'art. 117, comma 2, Cost., ma rappresenta piuttosto un correttivo alla rigidità del riparto "per materie" fissato dalla Costituzione"*. Come riportato nel Capitolo I del presente lavoro, la "materia" relativa alla tutela dell'ambiente è stata la prima, insieme a quella relativa ai "livelli essenziali delle prestazioni", ad essere definita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale come una "materia trasversale", in quanto è idonea ad investire tutte le materie (cfr. la sentenza Corte cost. n. 407 del 2002).

⁵⁰⁷ Cfr. diffusamente riguardo alla giurisprudenza costituzionale sulla materia della tutela della concorrenza A. Anzon, *Le potestà legislative dello Stato e delle Regioni*, Torino, 2006, p. 72 e ss.; F. Pizzolato, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, p. 533 e ss.; C. Buzzacchi, F. Pizzolato, *Liberalizzazione e semplificazione: la giurisprudenza costituzionale 2012 in tema di concorrenza*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2012, p. 681 e ss.; Id., *L'oggettivizzazione della concorrenza nella giurisprudenza 2013 della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2013, p. 811 e ss.

eliminando le barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese"⁵⁰⁸.

Conseguentemente, dato il carattere esplicitamente finalistico della tutela della concorrenza, per attribuire o meno una determinata disposizione alla "materia" della tutela della concorrenza occorre guardare alla *ratio* della norma censurata e al fine che essa intende perseguire.

Con riferimento alla norma riguardante lo svolgimento della procedura ad evidenza pubblica per il rilascio delle concessioni di grandi derivazioni, la Corte costituzionale ha inteso lo strumento della gara pubblica come mezzo indispensabile per promuovere la concorrenza e, conseguentemente ha ricondotto tale previsione nell'ambito della competenza esclusiva statale in "materia" di tutela della concorrenza⁵⁰⁹, dichiarandola costituzionalmente legittima. Tuttavia, riguardo alla norma che prevede l'emanazione del decreto per la determinazione dei requisiti e parametri disciplinanti la procedura di gara senza il coinvolgimento delle Regioni, la Consulta ha ravvisato una interferenza "*su aspetti organizzativi, programmatori e gestori della materia di competenza concorrente della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*"⁵¹⁰. Secondo la Corte costituzionale, intervenendo in tale materia di competenza concorrente *ex art. 117, comma 3, Cost.*, il legislatore statale ha leso il principio di leale collaborazione non avendo previsto alcun meccanismo di coinvolgimento delle Regioni, dunque la norma in oggetto (art. 1, comma 483 seconda parte) deve ritenersi costituzionalmente illegittima.

Infine, per quanto riguarda l'introduzione della proroga decennale per le concessioni in corso, la Consulta ha ritenuto tale previsione irragionevole e non finalizzata a tutelare e a promuovere la concorrenza, ma anzi in aperta contraddizione con i principi comunitari che intende attuare. Il regime transitorio introdotto dalla norma

⁵⁰⁸ Cfr. la sentenza della Corte cost. n. 430 del 2007.

⁵⁰⁹ Cfr. la sentenza della Corte cost. n. 401 del 2007.

⁵¹⁰ Cfr. il punto 7.3 del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. n. 1 del 2008.

impugnata infatti non risulta funzionale a garantire un passaggio graduale da un regime di monopolio all'apertura alla concorrenza del settore idroelettrico. Quindi tale norma non può essere ricondotta alla "materia" della tutela della concorrenza, ma viene attribuita dal Giudice delle leggi alla materia di competenza concorrente della "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*". Trattandosi di una disposizione di dettaglio intervenuta nell'ambito di una materia di competenza concorrente, viene riconosciuta una lesione della potestà legislativa delle Regioni con la conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma⁵¹¹.

La sentenza si pone dunque nel solco di un indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale ormai consolidato, che interpreta la tutela della concorrenza non come una "*necessità imposta dal diritto comunitario, ma come una delle leve della politica economica del paese e quasi un fine tendenziale dell'ordinamento giuridico nazionale*"⁵¹². In tale ottica, per garantire che l'esercizio da parte del legislatore statale di una competenza trasversale posta in termini finalistici e così pervasiva non comporti una lesione delle competenze regionali, il controllo di costituzionalità deve vertere sulla ragionevolezza dei singoli atti adottati e sulla loro proporzionalità rispetto ai fini che il legislatore statale ha inteso perseguire⁵¹³.

⁵¹¹ Eventuali proroghe delle concessioni disposte dalle Regioni e riconducibili alla materia dell'energia potrebbero ritenersi costituzionalmente legittime se giustificate dalla presenza di specifiche condizioni locali che le richiedono e se adottate al fine di agevolare la piena liberalizzazione del mercato nel settore idroelettrico. Cfr. S. Manica, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in *www.federalismi.it*, 8, 2008. Tuttavia risulta di primaria importanza assicurare un regime unitario della massima forma di energia prodotta con risorsa interna, evitando disparità di trattamento tra gli operatori del settore a seconda del territorio in cui è situato l'impianto, che potrebbero invece sorgere qualora le Regioni disciplinassero in modo diverso il regime dell'affidamento delle concessioni. Cfr. in questo senso G. Conte, M.A. Sandulli, *Le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: uso di una risorsa strategica fra problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza*, in *Atti del XVII Congresso Italo-Spagnolo*, p. 95. Cfr. S. Fanetti, *Una nuova decisione della Corte costituzionale in materia di energia*, cit., p. 588.

⁵¹² Cfr. S. Cornella, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2011, p. 797.

⁵¹³ Cfr. in questo senso A. Anzon, *Le potestà legislative dello Stato e delle Regioni*, cit., p. 74.

4.3 La sentenza della Corte costituzionale n. 205 del 2011

Nel 2010⁵¹⁴, il legislatore è nuovamente intervenuto sul regime concessorio, introducendo all'art. 12 del d. lgs. n. 79/1999 una proroga generalizzata di cinque anni per le concessioni di grandi derivazioni in corso. Tale intervento era giustificato dall'esigenza di disporre dei tempi necessari per organizzare le procedure di evidenza pubblica e dalla volontà di compensare i concessionari degli oneri sostenuti per ottenere la proroga precedentemente prevista nel 2005 e successivamente dichiarata incostituzionale⁵¹⁵.

Inoltre veniva prevista la possibilità di un'ulteriore proroga pari a sette anni, che si aggiungeva a quella quinquennale, nel caso in cui i concessionari uscenti costituissero una società per azioni a composizione pubblico-privata, partecipata per una quota minima del 30% ed una massima del 40% del capitale sociale dalle Province e/o società da queste controllate. Tale ulteriore proroga, sommandosi a quella pari a cinque anni, avrebbe dato luogo ad una proroga complessiva pari a dodici anni a partire dalla scadenza delle concessioni. Questa previsione nelle intenzioni del legislatore era volta ad agevolare la sperimentazione di forme di "*compartecipazione territoriale nella gestione delle concessioni*", in attuazione dell'art. 44 Cost⁵¹⁶.

Le disposizioni suddette sono state prima criticate da parte dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato⁵¹⁷, in quanto volte a favorire esclusivamente i concessionari uscenti e le Province, e poi dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale

⁵¹⁴ Cfr. l'art. 15 del d.l. n. 78/2010, convertito con legge n. 122/2010.

⁵¹⁵ Questa nuova previsione era stata configurata come "norma cedevole", destinata a perdere efficacia in caso dell'adozione della normativa regionale.

⁵¹⁶ Cfr. S. Cornella, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, cit., p. 798.

⁵¹⁷ Cfr. il parere dell'Agcm del 23 luglio 2010.

con la sentenza n. 205 del 2011⁵¹⁸. Anche in tale pronuncia, coerentemente con la giurisprudenza precedente⁵¹⁹, la Corte costituzionale ha considerato l'introduzione della proroga come un ostacolo all'apertura del mercato nel settore idroelettrico. Dunque, non ritenendo l'intervento del legislatore statale giustificato da esigenze di tutela della concorrenza, ma anzi considerandolo restrittivo, il Giudice delle leggi ha riscontrato nuovamente una lesione dell'autonomia regionale nella materia "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*".

4.4 L'attuale disciplina prevista dall'art. 12 del d. lgs. n. 79/1999 e le questioni ancora aperte

L'art. 12 del d.lgs. n. 79/1999 è stato ulteriormente modificato dall'art. 37 del d.l. n. 83/2012, convertito nella l. n. 134/2012.

Nell'assetto attuale la scadenza delle concessioni rilasciate all'ENEL è prevista per il 2029⁵²⁰. Le concessioni rilasciate ad altri soggetti invece sono state prorogate fino al 31 dicembre 2010 e, anche se scadute, risultano ancora attive in forza del complesso meccanismo previsto per avviare le procedure di selezione dei nuovi concessionari

⁵¹⁸ Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 241. In seguito alle sentenze della Corte costituzionale n. 1 del 2008 e n. 205 del 2011, con la legge di stabilità 2016 (cfr. l'art. 1, comma 671, della legge n. 208 del 2015) è stata disposta la restituzione ai concessionari di grandi derivazioni delle somme versate allo Stato sulla base della vigenza delle norme poi dichiarate incostituzionali.

⁵¹⁹ Cfr. anche le sentenze Corte costituzionale n. 340 e 233 e 180 del 2010 e la riflessione sulla giurisprudenza costituzionale in materia di concessioni di derivazione a scopo idroelettrico di M. De Focatiis, *Le concessioni idroelettriche nella giurisprudenza della Corte costituzionale: le ragioni della concorrenza e i tentativi di ripubblicizzazione del settore*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 189 e ss.

⁵²⁰ Cfr. l'art. 12, comma 6, del d. lgs. n. 79 del 1999.

(purché i titolari ne abbiano dato comunicazione all'amministrazione concedente entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 79/1999)⁵²¹.

L'attuale formulazione dell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 79/1999, per quanto riguarda le concessioni in scadenza dopo il 31 dicembre 2017, prevede che *“le regioni e le province autonome, cinque anni prima dello scadere di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico e nei casi di decadenza, rinuncia e revoca, fermo restando quanto previsto dal comma 4 [che prescrive la compatibilità della nuova concessione con la presenza negli alvei sottesi del minimo deflusso costante vitale e con le priorità di messa in sicurezza idraulica del bacino stesso], ove non ritengano sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, incompatibile con il mantenimento dell'uso a fine idroelettrico, indicano una gara ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza, non discriminazione e assenza di conflitto di interessi, per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata da venti anni fino ad un massimo di trenta anni, rapportato all'entità degli investimenti ritenuti necessari, avendo riguardo all'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza, alle misure di compensazione territoriale, alla consistenza e qualità del piano di interventi per assicurare la conservazione della capacità utile di invaso e, prevalentemente, all'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica e all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata”*.

Dalla formulazione della norma emerge quindi che l'offerta economica per conseguire l'uso della risorsa e l'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata diventano criteri di preferenza prevalenti nella valutazione dell'offerta. La nuova prospettiva adottata dalla norma prende in considerazione la necessità per il concessionario uscente di conseguire una remunerazione per gli investimenti effettuati e regola la durata della concessione proprio in funzione di questi.

⁵²¹ Cfr. l'art. 12, comma 7, del d. lgs. n. 79 del 1999.

Con riferimento ai criteri di assegnazione, la nuova disciplina precisa l'ordine gerarchico secondo il quale questi devono essere presi in considerazione nella scelta del concessionario, rilevando al contempo la gerarchia delle finalità perseguite dalla procedura di gara⁵²². Oltre all'integrazione delle considerazioni ambientali tra i criteri di preferenza, viene riconosciuta importanza prevalente all'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa e all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata. Dunque, dalla lettura della disposizione può desumersi che il legislatore abbia inteso prioritariamente incrementare l'offerta di energia idroelettrica nel mercato liberalizzato, segnando un nuovo passo nel modo di concepire la risorsa idrica⁵²³, che, fino al 2012, era stata presa in considerazione soprattutto in quanto risorsa da proteggere, valorizzandone ora il profilo della sua produttività e la sua funzionalità rispetto al conseguimento di finalità di utilità sociale.

Per quanto riguarda invece le concessioni già scadute alla data di entrata in vigore della disposizione che modifica il comma 1 dell'art. 12 d.lgs. n. 79/1999 e quelle in scadenza successivamente a tale data ed entro il 31 dicembre 2017, per le quali non è tecnicamente applicabile il periodo di cinque anni di cui si è precedentemente detto, si prevede che: *“le regioni e le province autonome indicano la gara entro due anni dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2 e la nuova concessione decorre dal termine del quinto anno successivo alla scadenza originaria e comunque non oltre il 31 dicembre 2017”*. Tale decreto, da adottarsi entro il 30 aprile 2012, deve determinare i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti la procedura di gara, tenendo conto dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo. Il decreto deve inoltre fissare i criteri e i parametri per definire la durata della concessione in rapporto all'entità degli investimenti, nonché, con parere

⁵²² Cfr. S. R. Masera, *La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell'interesse del cliente finale*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, fasc. 2, 2015, p. 9.

⁵²³ In questo senso si sono espressi M. A. Sandulli, *op.ult. cit.* pag. 11. Cfr. A. Pioggia e G. D. Comporti, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008. Cfr. S. R. Masera, *La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell'interesse del cliente finale*, cit.

dell’Autorità di regolazione del settore energetico, i parametri tecnico-economici per la determinazione del corrispettivo e dell’importo spettanti al concessionario uscente e determinare la percentuale dell’offerta economica di cui al comma 1, presentata dal soggetto risultato aggiudicatario, da destinare alla riduzione dei costi dell’energia elettrica a beneficio della generalità dei clienti finali⁵²⁴.

La nuova prospettiva adottata dal legislatore nella gestione della risorsa idrica emerge ancora più chiaramente dalla formulazione della suddetta norma, che prende espressamente in considerazione anche l’esigenza sociale di riduzione del costo dell’energia, sottolineando lo stretto legame intercorrente tra la risorsa idrica, in quanto mezzo di produzione di energia idroelettrica, e il consumatore finale⁵²⁵.

Anche l’art. 37 del d.l. n. 83 del 2012 è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 28 del 2014, ha dichiarato infondate le questioni di legittimità promosse dalle Province autonome di Trento e Bolzano. La Consulta, mutando indirizzo giurisprudenziale, ha ritenuto ascrivibili alla potestà legislativa statale in “materia” della tutela della concorrenza le norme censurate⁵²⁶, in quanto *“mirano ad agevolare l’accesso degli operatori economici al mercato dell’energia secondo condizioni uniformi sul territorio nazionale, regolando le relative procedure di evidenza pubblica con riguardo alla tempistica delle gare e al contenuto dei relativi bandi (commi 4 5, 6 e 8), nonché all’onerosità delle concessioni messe a gara (comma 7)”*. La sentenza inoltre specifica che l’intera disciplina delle procedure di gara pubblica va ricondotta alla materia di competenza legislativa statale della tutela della concorrenza, in quanto

⁵²⁴ Cfr. art. 12, comma 2, d. lgs. n. 79/1999.

⁵²⁵ L’offerta economica deve rispecchiare non solo il valore della risorsa idrica in sé, ma anche la componente aggiuntiva legata alla sua produttività e redditività. In questo senso la quota dell’offerta economica destinata ai clienti finali *“attinge al valore della risorsa in quanto dinamicamente destinata alla produzione di energia idroelettrica”*. Cfr. S. R. Masera, *La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell’interesse del cliente finale*, cit., p. 11.

⁵²⁶ Nello specifico, ci si riferisce ai commi 4, 5, 6, 7 e 8 dell’art. 37 del d.l. 83 del 2012.

*“costituisce uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza in modo uniforme sull’intero territorio nazionale”*⁵²⁷.

Il termine per l’adozione del decreto disciplinante i parametri, i requisiti e i termini per la procedura di gara non è stato rispettato e non risulta ancora emanato il decreto legislativo per il conferimento delle competenze alle Regioni e province. Ne consegue l’impossibilità di indire le nuove gare. Conseguentemente il concessionario uscente, in forza del comma 8-*bis* del medesimo art. 12, continua a gestire l’impianto fino al subentro dell’aggiudicatario della gara, *“alle stesse condizioni stabilite dalle normative e dal disciplinare di concessione vigenti”*.

Secondo la dottrina, la giurisprudenza costituzionale che ha ricondotto la disciplina dell’affidamento della concessione di grande derivazione e la materia rimessa al decreto ministeriale alla competenza esclusiva statale in materia di *“tutela della concorrenza”*, ai sensi dell’art. 117, comma 2, lett. *e*), Cost. ha paradossalmente generato effetti distorsivi sulla concorrenza⁵²⁸. Infatti il ritardo nell’emanazione del decreto che dovrà disciplinare le gare ha determinato una proroga di fatto delle concessioni in essere, nonostante nelle more dell’attuazione del regime concorrenziale la Corte costituzionale abbia ritenuto illegittima ogni previsione legislativa volta a prorogare o a rinnovare automaticamente le concessioni di grande derivazione⁵²⁹.

⁵²⁷ Cfr. la sentenza della Corte cost. n. 28 del 2014 al punto 4.2 del Considerato in diritto, ma anche la precedente sentenza della Corte costituzionale 339 del 2011. La stessa normativa di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige indica espressamente come limite della legislazione provinciale sulle concessioni relative grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico l’art. 117, secondo comma, Cost., nonché i principi fondamentali delle leggi dello Stato e degli obblighi comunitari (cfr. l’art. 1 *bis*, comma 16, del d.p.r. n. 235 del 1977).

⁵²⁸ Come rileva D. Florenzano, il legislatore regionale *“è stato così relegato nella posizione di immobilità coatta, sebbene le Regioni fossero titolari sia della competenza concorrente in materia di produzione di energia, sia del potere concessorio, che sarebbe stato già esercitabile, nonostante le norme di stabilizzazione delle attuali concessioni; si pensi alle ipotesi di nuove concessioni, ovvero al rilascio di nuovi titoli a seguito di decadenza o di revoca di una concessione in essere”*. Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 243.

⁵²⁹ Come si vedrà nel successivo paragrafo, la Corte costituzionale ha invece giudicato costituzionalmente legittime le norme che hanno previsto l’adeguamento dei canoni di godimento della risorsa idrica. Cfr. sul punto P. Brambilla, *Grandi derivazioni: ripristinata per mano giurisprudenziale la disciplina concorrenziale del vecchio T. U. acque pubbliche*, cit., p. 448.

Il perdurare di tale situazione ha determinato la paralisi procedimentale di tutte le domande pendenti volte ad ottenere il rilascio di concessioni di grande derivazione. Alcune società operanti nel settore idroelettrico che avevano presentato domande per il rilascio di concessioni di grande derivazione hanno impugnato davanti al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche le relative deliberazioni di archiviazione, adottate dall'Amministrazione provinciale, la quale aveva ritenuto inapplicabili le procedure vigenti in attesa dell'adozione del decreto ministeriale riguardante i criteri delle gare. Le ricorrenti sostenevano invece che la disciplina vigente fosse pienamente operativa e idonea a garantire i principi comunitari di libera concorrenza e trasparenza. Nella sentenza n. 9 del 2015 il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche ha ritenuto applicabile la disciplina contenuta nel Testo unico sulle acque pubbliche, poiché *“le previsioni de iure condendo non possono incidere sulla disciplina ancora vigente, la quale, pur non essendo fondata su un bando pubblico, ha sufficienti requisiti di concorrenzialità secondo i parametri previsti dalla normativa comunitaria, atteso che tali requisiti trovano sviluppo nella possibilità di ammettere domande in concorrenza, la cui definizione trova svolgimento nella procedura della Conferenza di Servizi”*⁵³⁰.

Dunque, considerato il quadro giuridico attuale, emerge chiaramente la forte incertezza normativa che caratterizza il settore idroelettrico, connessa alla revisione della disciplina sulle gare ad evidenza pubblica per l'attribuzione delle concessioni, oggetto di una procedura in corso con la Commissione Europea⁵³¹. Tale situazione di incertezza costituisce il principale ostacolo per gli investimenti nel settore e, conseguentemente, limita la capacità di ulteriore sviluppo dell'idroelettrico e il perseguimento del connesso obiettivo di diminuzione del costo dell'energia.

⁵³⁰ Cfr. la sentenza del Tribunale Superiore per le Acque Pubbliche n. 9 del 2015 e il contributo di P. Brambilla, *Grandi derivazioni: ripristinata per mano giurisprudenziale la disciplina concorrenziale del vecchio T. U. acque pubbliche*, cit., p. 443.

⁵³¹ Secondo quanto riportato nella Strategia energetica nazionale (SEN), adottata il 10 novembre 2017, *“il Governo italiano ha sollevato in sede europea il tema di una revisione coordinata delle regole, in modo da offrire un level playing field agli operatori dei vari Paesi, ed ha avviato un tavolo di confronto con le Regioni sulle nuove regole di gara”*. Cfr. SEN 2017, p. 82.

5 La determinazione dei canoni per le concessioni di derivazione d'acqua a scopo idroelettrico

Come rilevato all'inizio del Capitolo, il procedimento volto ad ottenere l'autorizzazione unica per lo svolgimento dell'attività di produzione di energia idroelettrica è rappresentato da una fattispecie a formazione progressiva, composta da una fase concessoria e da una fase autorizzatoria.

Con riferimento alla componente economica, la dottrina ha evidenziato come le due fasi siano ispirate da una logica antitetica. Mentre la fase autorizzatoria risulta ispirata a una logica promozionale per quanto riguarda lo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili, che considera con sfavore le compensazioni territoriali⁵³², ritenute potenziali ostacoli agli investimenti, la fase concessoria risulta invece orientata a un *favor* per le prestazioni economiche volte a controbilanciare lo sfruttamento del territorio effettuato per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili⁵³³.

Le questioni inerenti i canoni per le concessioni di derivazione a scopo idroelettrico sono state oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale, in quanto rappresentano questioni riconducibili a più titoli di competenza tra quelli previsti dall'art. 117 Cost., potendo essere espressione della competenza esclusiva statale in tema di tutela dell'ambiente, ma anche ricondursi alla tutela della concorrenza o alla materia di competenza concorrente riguardante l'energia.

⁵³² La funzione delle compensazioni territoriali è quella di internalizzare le diseconomie esterne derivanti dall'installazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, che altrimenti graverebbero esclusivamente sulla collettività del territorio in cui è situato l'impianto.

⁵³³ A porre in rilievo tale contrasto è M. Bucello, *La regolazione dei canoni, sovracani e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, in M. De Focatiis e A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, p. 153.

L'art. 35 del r.d. n. 1775/1933 sancisce il principio di onerosità delle utenze di acqua pubblica, distinguendo tra derivazioni di acqua potabile o di irrigazione, per le quali prevede la corresponsione di un canone annuo per ogni modulo pari a cento litri al minuto secondo, e derivazioni per forza motrice, per le quali fissa il canone annuo per ogni cavallo dinamico nominale di forza motrice. Il Testo unico sulle acque per ogni tipologia di utilizzazione prevede quindi un canone proporzionale alla fruizione della risorsa, da calcolarsi sulla base di un determinato modulo.

Con successivi interventi legislativi⁵³⁴ sono stati adeguati i canoni annui relativi alle utenze di acqua pubblica, che risultano sempre differenziati a seconda delle diverse utilizzazioni (ad uso di irrigazione, ad uso potabile, igienico e simili, ad uso industriale e per piscicoltura, ad uso idroelettrico), come stabilito nel r.d. n. 1775 del 1933, confermando, per quanto riguarda le concessioni di derivazione ad uso idroelettrico, la previsione generale del canone per ogni kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta.

L'art. 18 della l. n. 36 del 1994⁵³⁵ prevede che i canoni *“costituiscono il corrispettivo per gli usi delle acque prelevate”* e svolgono la funzione di ripagare la collettività per la devoluzione utilitaristica di un bene comune. Tale norma ne ha rideterminato l'importo sempre in base al modulo a seconda dell'utilizzo e *“per ogni kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta, per le concessioni di derivazione ad uso idroelettrico”*. Tali prestazioni economiche non hanno natura fiscale, né solidaristica e costituiscono un'entrata patrimoniale della Regione che non è a destinazione vincolata.

La competenza normativa nella determinazione dei canoni di concessione, in seguito alla riforma costituzionale del 2001, è stata ricondotta dalla giurisprudenza della

⁵³⁴ Cfr. l'art. 10 del d.l. n. 546 del 1981, convertito con modificazioni dalla l. n. 692 del 1981.

⁵³⁵ La cd. “legge Galli”, recante disposizioni in materia di risorse idriche, costituisce una legge quadro sugli usi delle acque, finalizzata al risparmio e al rinnovo delle risorse del patrimonio idrico e dell'ambiente in generale. Tale legge e la legge n. 37 del 1994 hanno previsto una più intensa tutela dell'ambiente idrico nel suo complesso. Cfr. A. Montagna, voce *Acque (tutela delle)*, in *Enc. giuridica*, 2004, p. 11.

Corte costituzionale alla materia di competenza legislativa concorrente “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*”⁵³⁶. I principi fondamentali stabiliti dalla legislazione statale nell’ambito dei quali deve essere esercitata la competenza legislativa concorrente in materia di energia, di cui all’art. 117, terzo comma, Cost. sono stati individuati nella onerosità della concessione, e nella determinazione del canone in base all’effettiva entità dello sfruttamento della risorsa idrica⁵³⁷.

L’art. 37, comma 7, del d.l. n. 83 del 2012 ha demandato a un decreto ministeriale – non ancora emanato - la fissazione dei criteri generali per la determinazione da parte delle Regioni dei valori massimi dei canoni delle concessioni ad uso idroelettrico, al fine di predisporre una regolamentazione omogenea su scala nazionale dell’attività di produzione di energia idroelettrica⁵³⁸.

Nelle more dell’intervento normativo di livello statale, le Regioni e le Province autonome sono intervenute a più riprese con l’introduzione di norme riguardanti la disciplina dei criteri di calcolo dei canoni in questione, successivamente impugnate dal Governo, dando luogo a giudizi di legittimità costituzionale in via principale davanti alla Corte costituzionale⁵³⁹.

⁵³⁶ Cfr. Corte cost. sentenze n. 383 del 2005; n. 8 del 2004; n. 303 del 2003; n. 64 del 2014.

⁵³⁷ Cfr. sent. Cass. civile ss. uu. n. 15234 del 30 giugno 2009.

⁵³⁸ L’art. 37, comma 7, del d.l.n. 83 del 2012 dispone che “*al fine di assicurare un’omogenea disciplina sul territorio nazionale delle attività di generazione idroelettrica e parità di trattamento tra gli operatori economici, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, sono stabiliti i criteri generali per la determinazione, secondo principi di economicità e ragionevolezza, da parte delle regioni, di valori massimi dei canoni delle concessioni ad uso idroelettrico. Con lo stesso decreto sono fissate le modalità tramite le quali le regioni e le province autonome possono destinare una percentuale di valore non inferiore al 20 per cento del canone di concessione pattuito alla riduzione dei costi dell’energia elettrica a beneficio dei clienti finali, con riferimento ai punti di fornitura localizzati nel territorio della provincia o dell’unione dei comuni o dei bacini imbriferi montani insistenti nel medesimo territorio interessato dalle opere afferenti alle concessioni di cui al presente comma*”.

⁵³⁹ Ci si riferisce alle sentenze della Corte costituzionale n. 85 del 2014; n. 158 del 2016; n. 59 del 2017. Cfr. anche la sentenza della Corte costituzionale n. 64 del 2014 (pronunciata all’esito di un giudizio in via incidentale promosso dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche) nella quale la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittima la rideterminazione del canone sulla base di fasce di utenza commisurate alla potenza nominale degli impianti di derivazione idroelettrica operate dal legislatore della

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale la previsione di cui all'art. 37, comma 7, del d.l. n. 83 del 2012 è riconducibile alla materia di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza⁵⁴⁰. Infatti secondo il Giudice delle leggi, il legislatore statale, introducendo tale norma nell'ordinamento, ha inteso tutelare la concorrenza garantendo una disciplina uniforme riguardante la determinazione dei canoni per le concessioni idroelettriche al fine di consentire l'accesso degli operatori economici al mercato dell'energia a pari condizioni sul tutto il territorio nazionale⁵⁴¹.

In particolare, la Corte costituzionale opera una distinzione tra la fissazione dei criteri generali, da effettuarsi con il decreto ministeriale previsto dall'art. 37, comma 7, del d.l. 83 del 2012, che è ascrivibile alla materia riguardante la tutela della concorrenza, e la determinazione e la quantificazione della misura dei suddetti canoni, che devono avvenire entro i limiti dei valori massimi di cui ai criteri generali e possono essere determinate dalle Regioni, in quanto riconducibili alla competenza legislativa concorrente in materia di *“produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”*.

Pur non essendo ancora stato adottato il decreto ministeriale, le Regioni hanno dunque la competenza a determinare i canoni idroelettrici nel rispetto dei principi fondamentali della *“onerosità della concessione e della proporzionalità del canone alla entità dello sfruttamento della risorsa pubblica e all'utilità economica che il concessionario ne ricava, nonché dei principi di economicità e ragionevolezza, previsti espressamente dallo stesso art. 37, comma 7, del d.l. 83 del 2012 e condizionanti l'esercizio della competenza regionale già prima della definizione con decreto ministeriale dei criteri generali”*⁵⁴². Tuttavia resta ferma la previsione generale del canone per ogni kilowatt di potenza nominale concessa o riconosciuta per le concessioni

provincia autonoma di Bolzano, in quanto volte ad attuare un maggior prelievo al progredire della risorsa sottratta all'uso della collettività nell'ottica della più idonea preservazione delle risorse idriche.

⁵⁴⁰ Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 28 del 2014; n. 64 del 2014 e n. 59 del 2017.

⁵⁴¹ Cfr. in particolare la sentenza n. 64 del 2014, al punto 12.5 del Considerato in diritto.

⁵⁴² Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2017, al punto 4.1 del Considerato in diritto.

di derivazione ad uso idroelettrico prevista dal rd. n. 1775 del 1933, che non può essere derogata dalle Regioni⁵⁴³.

L'attuale sistema dei canoni ha generato alcune criticità. Le Regioni, in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale suddetto, hanno determinato i canoni demaniali in modo differenziato, da cui è derivata una frammentazione del mercato idroelettrico su base regionale, con conseguente pregiudizio anche per la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili.

Inoltre, la dottrina ha rilevato come *“il principio di onerosità e soprattutto la distribuzione diffusa di utilità economiche genera il curioso effetto di porre gli enti pubblici destinatari (dei suddetti canoni) in una posizione di (co)interesse allo sfruttamento della risorsa, non dissimile da quella degli operatori economici; tanto più che le risorse economiche acquisite dagli enti territoriali non sono [...] a destinazione vincolata alla tutela del territorio”*⁵⁴⁴. Le autorità concedenti, preposte anche alla tutela ambientale del territorio sul quale incide lo sfruttamento della risorsa idrica sono infatti le stesse che beneficiano di vantaggi economici derivanti dallo svolgimento dell'attività di sfruttamento.

⁵⁴³ Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2017. Tale sentenza ha dichiarato incostituzionali gli articoli di alcune leggi della Regione Abruzzo che avevano stabilito il costo unitario del canone per l'uso idroelettrico prevedendo che questo fosse dovuto per ogni kw di potenza efficiente, invece che per ogni kw di potenza nominale media, come previsto dagli articoli 6 e 35 del r.d. n. 1775 del 1933. Secondo la Corte costituzionale il criterio della potenza nominale media, fissato dal r.d. n. 1775 del 1933 per la determinazione del canone idroelettrico, non può essere derogato dalle Regioni, in quanto rappresenta una norma statale di tutela della concorrenza nel settore idroelettrico in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale di cui all'art. 37, comma 7, del d.l. n. 83 del 2012. Sul tema cfr. L. Corti, *La determinazione dei canoni dovuti per le concessioni di derivazione di acque pubbliche ad uso idroelettrico: limiti della potestà legislativa regionale in relazione alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di “tutela della concorrenza”*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2, 2017, p. 273 e ss.

⁵⁴⁴ Cfr. D. Florenzano, *La produzione idroelettrica in Italia*, cit., p. 248.

6 L'incerta natura giuridica dei sovracaroni

I sovracaroni costituiscono un'altra prestazione patrimoniale ricollegata alle concessioni di derivazione d'acqua per uso idroelettrico che presenta una interessante evoluzione normativa e giurisprudenziale.

L'art. 52 del r.d. 1775 del 1933 originariamente disponeva una riserva di energia a favore dei comuni rivieraschi di corsi d'acqua concessi per grandi derivazioni a scopo idroelettrico.

La legge n. 959 del 1953 ha innovato tale sistema, prevedendo l'istituzione dei Bacini Imbriferi Montani in quei territori che presentano le caratteristiche orografiche morfologiche proprie dell'ambiente montano⁵⁴⁵, nell'ambito dei quali si organizzano in consorzio i comuni rivieraschi⁵⁴⁶. In sostituzione della riserva di energia prevista dall'art. 52 del t.u., il legislatore del 1953 ha obbligato i concessionari delle grandi derivazioni per la produzione di energia idroelettrica al versamento di un sovracarone annuo nei confronti del consorzio⁵⁴⁷.

Secondo l'art. 1, comma 8, della legge n. 959 del 1953 tali oneri gravano sulle concessioni di derivazione d'acqua per produzione di forza motrice aventi potenza nominale media annua superiore a 220 kW con opere di presa localizzate in tutto o in parte all'interno del perimetro di un Bacino Imbrifero Montano.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 38 del 1965, ha ritenuto legittime le norme riguardanti la previsione dei sovracaroni, in quanto si concretizzano in un intervento a favore dei territori montani, scopo di pubblico generale interesse previsto dall'art. 44, comma 2, Cost. Secondo la Corte costituzionale, "*non appare criticabile*

⁵⁴⁵ individuati con decreto del Ministro dei Lavori Pubblici, sentito il Ministro dell'Agricoltura.

⁵⁴⁶ Cfr. art. 58 e ss. r.d. n. 1775 del 1933.

⁵⁴⁷ Tuttavia i consorzi o i singoli comuni non ancora costituiti in consorzio possono chiedere, in alternativa al sovracarone, la fornitura diretta di energia elettrica (ai sensi dell'art. 3 della l. n. 959 del 1953). Cfr. V. Cerulli Irelli, voce *Acque pubbliche*, cit., p. 13.

l'imposizione di una particolare prestazione pecuniaria ai concessionari dei bacini montani, commisurata alla stregua di criteri generali ed obiettivi, non riscontrandosi alcun eccesso nell'esercizio del potere discrezionale del legislatore, il quale ha ragionevolmente posto a carico dei concessionari dei bacini montani un concorso per l'approntamento degli aiuti da portare alle popolazioni di quei territori dalle cui risorse i concessionari traggono beneficio"⁵⁴⁸. Secondo la Consulta le prestazioni imposte a favore dei Comuni montani sono volte a perseguire scopi di carattere generale e non operano discriminazioni tra i concessionari, in quanto il pagamento dei sovracani ricade su quegli operatori che conseguono una utilità dalla montagna, trasformandola in ricchezza nelle zone di pianura, senza che alle popolazioni della montagna ritorni un apprezzabile beneficio.

Dunque le prestazioni patrimoniali in esame sono state previste al fine di compensare la sottrazione di risorse al territorio montano per la produzione di energia idroelettrica e svolgono la funzione di internalizzare gli effetti potenzialmente dannosi per la collettività. I proventi derivanti dalla riscossione dei sovracani sono infatti vincolati a favorire il progresso economico e sociale delle popolazioni e ad interventi di sistemazione montana che non siano di competenza dello Stato.

Con riferimento alla questione della loro natura giuridica, secondo una consolidata giurisprudenza costituzionale i sovracani non presentano la medesima natura di controprestazione assunta dai canoni⁵⁴⁹, ma configurano una prestazione patrimoniale non avente carattere indennitario e correlata *“solo all'esistenza attuale e non all'uso effettivo della concessione di derivazione, la quale costituisce così il presupposto materiale di un'imposizione finalizzata ad integrare le risorse degli enti territoriali interessati, nel quadro di un'esigenza di sostegno dell'autonomia locale”*⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Cfr. Corte cost. sentenza n. 38 del 1965 al punto 4 del Considerato in diritto.

⁵⁴⁹ Cfr. l'ordinanza della Corte costituzionale n. 21 del 2004. Già la sentenza della Corte costituzionale n. 38 del 1965 statuiva che il sovracane costituisce un nuovo e diverso onere a favore di enti distinti dallo Stato, cioè i Comuni montani.

⁵⁵⁰ Cfr. Corte costituzionale sent. n. 533 del 2002.

Un orientamento consolidato della Corte di Cassazione ha mitigato la rigidità di tale impostazione. Tale indirizzo giurisprudenziale, pur continuando a qualificare il pagamento del sovracanone come prestazione patrimoniale imposta dal legislatore, dovuta sulla base della sola titolarità della concessione di derivazione e non sul suo utilizzo effettivo, indipendentemente quindi dall'entrata in funzione degli impianti, *“postula tuttavia un nesso oggettivo con l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica tra la debenza del sovracanone e l'utilizzazione effettiva o potenziale della risorsa idrica, esso non è dovuto o è dovuto in misura ridotta qualora la derivazione risulti totalmente o parzialmente inutilizzabile per calamità naturali o comunque per cause non imputabili al concessionario”*⁵⁵¹.

Nel disporre l'istituzione dei Bacini Imbriferi Montani il legislatore del 1953 distingueva i Comuni montani dai Comuni aggregati, con riferimento alla configurazione dell'obbligo di corrispondere il sovracanone. Solo i concessionari di derivazione idrica per scopo idroelettrico le cui opere di presa fossero situate nei Comuni ricadenti all'interno del perimetro dei Bacini Imbriferi Montani, dunque localizzati in zone effettivamente montane erano tenuti a versare il sovracanone. I Comuni rivieraschi⁵⁵², esterni al perimetro dei Bacini Imbriferi Montani, ma facenti parte di diritto dei Bacini, erano stati qualificati come Comuni aggregati e sottoposti ad un diverso regime, potendo soltanto beneficiare della redistribuzione degli utili derivanti dall'obbligo di pagamento dei sovracanoni. In tal sistema il fondamento dell'obbligo di versare i sovracanoni restava individuabile in un effettivo trasferimento di risorse dai territori montani ai territori di pianura.

⁵⁵¹ Cfr. Corte Cass., Sezioni Unite civili, sent. n. 25341 del 2009 in, Foro it., 133, 6, giugno 2010, p. 1823 e ss.; cfr. anche le sentenze Corte Cass., Sezioni Unite civili, n. 16602 del 2005; n. 11989 del 2009; n. 16035 del 2010. Per un approfondimento delle implicazioni relative a tale orientamento giurisprudenziale cfr. M. Bucello, *La regolazione dei canoni, sovracanoni e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, cit., p. 158.

⁵⁵² Cfr. l'art. 1, comma 5, della l. n. 959 del 1953.

La modifica intervenuta con la legge di stabilità 2013 ha esteso l'ambito di applicazione dei sovracaroni in esame, comportando problemi applicativi⁵⁵³.

Infatti l'intervento legislativo suddetto ha disposto che l'obbligo di pagamento dei sovracaroni ricade su tutti gli impianti di produzione di energia idroelettrica superiori a 220 Kw di potenza nominale media, le cui opere di presa ricadono su territori esterni al Bacino Imbrifero Montano e dunque non appartenenti all'ambiente montano. Conseguentemente si introduce un'equiparazione degli impianti ubicati nelle aree che non presentano alcuna caratteristica montana, ma appartengono ad un Comune all'interno dei cui confini ricadono porzioni territoriali di un Bacino Imbrifero Montano e gli impianti compresi nel perimetro di Bacino Imbrifero Montano.

Il fondamento giuridico della previsione dei sovracaroni, individuabile, come visto, nella relazione tra l'esercizio dell'attiva di produzione di energia idroelettrica e il territorio montano nel quale tale attività esplicava i suoi effetti, sembra venire meno, in quanto *“i bacini imbriferi montani cessano di identificare l'ambito territoriale di applicazione del sovracarone, per identificare una categoria di soggetti legittimata ad esigere la prestazione da qualunque titolare di derivazione idrica che venga in contatto, sia pure indiretto, con una porzione qualsiasi (anche non montana) del territorio di un Comune appartenente ad un bacino imbrifero montano”*⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Cfr. l'art. 1, comma 137, della legge n. 228 del 2012, il quale prevede che *“al fine di consentire la prosecuzione degli interventi infrastrutturali da parte dei comuni e dei bacini imbriferi montani, i sovracaroni idroelettrici, previsti ai sensi dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1953, n. 959, sono estesi con decorrenza dal 1° gennaio 2013 a tutti gli impianti di produzione di energia idroelettrica superiori a 220 kw di potenza nominale media, le cui opere di presa ricadano in tutto o in parte nei territori dei comuni compresi in un bacino imbrifero montano già delimitato”*.

⁵⁵⁴ Cfr. M. Bucello, *La regolazione dei canoni, sovracaroni e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, cit., p. 159. L'Autore dubita della legittimità costituzionale della modifica legislativa volta ad estendere l'ambito di applicabilità dei sovracaroni, in particolare con riferimento ai profili del principio di uguaglianza e della libertà di iniziativa economica.

Conclusioni

Il presente lavoro ha inteso trattare la tematica della regolamentazione delle fonti di energia rinnovabili nella prospettiva del diritto costituzionale, indagandone i punti di contatto con i profili della tutela dell'ambiente e della tutela della concorrenza, che risultano fortemente intrecciati con essa.

Si è inteso intraprendere la trattazione prendendo in considerazione la nozione giuridica di ambiente e la sua elaborazione nella dottrina e nella giurisprudenza della Corte costituzionale, al fine di individuare le linee evolutive della disciplina relativa alla tutela dell'ambiente e porne in risalto l'incidenza sulla materia dell'energia da fonti rinnovabili.

La revisione costituzionale del Titolo V della Seconda Parte della Costituzione adottata nel 2001 ha introdotto all'art. 117, comma 2, lett. s) il riferimento alla "*tutela dell'ambiente e dell'ecosistema*", che viene qualificata come "materia" di competenza legislativa esclusiva statale. Tuttavia anche prima di tale riforma, che può essere letta come il punto di arrivo di un percorso consolidato, la dottrina e la giurisprudenza, erano riuscite a conferire rilevanza costituzionale al nascente interesse ambientale, valorizzando alcuni elementi testuali della Costituzione.

I molteplici tentativi di elaborazione di una nozione giuridica unitaria di ambiente, analizzati nel primo Capitolo, hanno manifestato le difficoltà nel delimitare la dimensione giuridica del fenomeno, ma, al contempo, hanno evidenziato lo spiccato carattere finalistico della disciplina ambientale, la quale è volta a perpetuare qualità ambientali che siano favorevoli alla vita umana. La nozione giuridica di ambiente infatti, qualunque sia la puntuale definizione che si intende attribuirle, è una nozione intrinsecamente relazionale e necessita di un termine di riferimento per essere qualificata, presupponendo

l'individuazione del suo referente secondo il diritto, che è l'uomo. Ne consegue la centralità del rapporto tra l'uomo e l'ambiente e la necessità dell'adozione di una prospettiva antropocentrica nella considerazione delle questioni giuridiche ambientali, che però non deve condurre a giustificare un'egemonia dell'uomo sulla natura. In tal senso, il rapporto tra l'uomo e l'ambiente non va configurato in termini antagonistici o predatori, ma occorre ricercare forme di equilibrio e bilanciamento nel dispiegarsi dei processi adattativi che caratterizzano l'evoluzione della società e dell'ambiente, nell'ambito dei quali si confrontano le istanze di sfruttamento delle risorse energetiche per il soddisfacimento di bisogni umani con la limitata capacità di assorbimento dell'ecosistema, che deve necessariamente essere tenuta in considerazione se si vogliono preservare le opportunità di sopravvivenza della specie umana⁵⁵⁵.

Con riferimento all'indagine riguardante la tipologia di situazione giuridica soggettiva da ricollegarsi alla nozione di giuridica di ambiente, ritengo che la ricostruzione del fenomeno ambientale in termini di doverosità sia la più coerente con il dettato costituzionale, che si riferisce all'ambiente in quanto oggetto di tutela. Appare infatti suggestiva la tesi avanzata dalla dottrina più recente⁵⁵⁶ che individua un dovere di solidarietà ambientale in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento, fondato sull'art. 2 Cost. e volto a garantire, tramite la protezione dell'ambiente, la sopravvivenza dell'umanità e che, in tal senso, si pone come presupposto per la realizzazione del programma costituzionale relativo allo sviluppo della persona umana, al quale fa riferimento l'art. 3, comma 2, Cost. Questa impostazione consente di valorizzare il profilo funzionale complessivo della disciplina ambientale, che è appunto quello di garantire la sopravvivenza della specie umana, adottando la prospettiva diacronica della protezione delle generazioni future.

⁵⁵⁵ Cfr. G. D. Comporti, *Energia e ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, IV edizione, Torino, 2017, p. 273.

⁵⁵⁶ T. Martines, *L'ambiente come oggetto di diritti e di doveri*, in V. Pepe, *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1996; F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il Diritto dell'economia*, 2, 2002, p. 215 ss.

Dunque non si ritiene necessario definire in modo più puntuale l'ambiente a livello costituzionale, in quanto, come dimostrato dalle teorie prese in considerazione nel presente lavoro, la Costituzione contiene già in sé elementi strutturali idonei a conferire pieno rilievo costituzionale alle questioni ambientali, ma risulta fondamentale agire su un piano diverso, quello della definizione dei principi secondo i quali elaborare e adottare le decisioni che toccano gli interessi ambientali, come quelle inerenti alla regolamentazione delle energie rinnovabili.

Nel caso di conflitto tra valori e diritti fondamentali, la tecnica del bilanciamento rappresenta uno strumento fondamentale, volto a garantire il raggiungimento di un punto di equilibrio che non è prefissato dalla Costituzione, ma deve essere di volta in volta ricercato dal legislatore e dalla Corte costituzionale nello svolgimento dei rispettivi ruoli, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza⁵⁵⁷.

Qualora tra i valori in gioco vi siano quello della tutela dell'ambiente e quello dello sviluppo economico, si ritiene che il principio dello sviluppo sostenibile, che non risulta estraneo a tale tecnica, possa costituire un valido criterio per la valutazione del punto di equilibrio tra i suddetti valori, prendendo in considerazione la dimensione diacronica della protezione degli interessi delle generazioni future, senza giungere al punto di riconoscere vere e proprie posizioni giuridiche in capo alle stesse, ma ponendo al centro la questione dell'impatto futuro degli interventi normativi posti in essere⁵⁵⁸. Il ricorso al principio dello sviluppo sostenibile garantirebbe la necessaria ponderazione dell'interesse ambientale, che nell'ambito della tecnica di bilanciamento non si pone in

⁵⁵⁷ Cfr. il punto 9 del Considerato in diritto della nota sentenza della Corte cost. n. 85 del 2013. *“La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”*.

⁵⁵⁸ Cfr. D. Porena, *Il principio di sostenibilità*, cit., p. 284 e ss.

una dimensione sovraordinata rispetto agli altri interessi, nella programmazione di tutti gli interventi pubblici e i programmi economici e sociali adottati dal legislatore, evitando che la considerazione di tale interesse risulti pretermessa e garantendo scelte coerenti coi i principi di ragionevolezza e proporzionalità e procedimenti trasparenti e partecipati.

Per garantire una piena valorizzazione del principio occorre tuttavia una sua chiara definizione a livello legislativo, che lo qualifichi come metodo idoneo a guidare effettivamente il legislatore nei processi decisionali che interessano le generazioni future, tra i quali certamente sono ricompresi quelli che si riferiscono alla promozione delle energie rinnovabili. Delle soluzioni potrebbero essere rappresentate dalla elaborazione a livello legislativo degli obiettivi di tutela e dalla predisposizione di linee guida per il perseguimento di tali obiettivi che prevedano il ricorso a tecniche e strumenti conoscitivi, come lo svolgimento di dibattiti trasparenti e democratici, per garantire l'adozione di decisioni partecipate, tecnicamente e scientificamente informate e frutto di una corretta operazione bilanciamento.

Queste considerazioni possono essere declinate con riferimento al settore delle energie rinnovabili, il cui sviluppo, malgrado la rapida crescita dell'ultimo decennio, risulta ostacolato dalla frammentazione di competenze statali e regionali dovuta al rigido riparto della potestà legislativa tra Stato e Regioni previsto dal Titolo V della Costituzione, che genera incertezza nell'individuazione del titolo di competenza legislativa più idoneo a disciplinare il settore.

La disciplina delle fonti di energia rinnovabili infatti, da un'analisi della giurisprudenza costituzionale, risulta caratterizzata da una *vivace concorrenza di competenze*⁵⁵⁹ di difficile delimitazione. Le competenze legislative potenzialmente coinvolte con riferimento alla tematica delle fonti di energia rinnovabili non sono soltanto quelle relative alla tutela dell'ambiente e all'energia, la prima attribuita dall'art. 117 Cost. alla potestà esclusiva statale e la seconda alla potestà concorrente dello Stato e delle Regioni, ma anche quelle relative ad altre materie, come il governo del territorio, la tutela

⁵⁵⁹ L'espressione è di G. De Vergottini, *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, cit., p. 17.

della salute, la tutela della concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

In tale complesso assetto ha svolto un ruolo fondamentale la Corte costituzionale che si è trovata a dover individuare di volta in volta il titolo di competenza da ricondurre alla normativa oggetto del suo sindacato, facendo ricorso principalmente a due criteri, quello della prevalenza di una competenza, considerata appunto dominante rispetto alle altre venute in rilievo, e quello della leale collaborazione. Nella maggior parte dei casi il Giudice costituzionale, al fine di offrire una lettura organica della materia delle energie rinnovabili e conferirle omogeneità, ha riconosciuto la competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente.

Si ritiene che una più precisa individuazione di criteri e metodi di bilanciamento con cui inserire la valutazione degli interessi ambientali, consentirebbe di fornire criteri di riparto di competenze e forme di coordinamento tra i diversi livelli istituzionali a integrazione e specificazione di quanto già stabilito nel Titolo V della Costituzione, superando la rigidità della separazione delle competenze tra Stato e Regioni che si è sviluppata a partire dalla riforma del 2001.

In tal senso la giurisprudenza costituzionale, per garantire flessibilità al sistema e assicurare una maggior trasparenza e partecipazione nell'assunzione delle decisioni, ha affermato la necessità, con riferimento a materie che implicano un necessario ed inestricabile intreccio fra le competenze statali e quelle regionali, di ricercare forme di collaborazione e di intesa che escludano la possibilità di effettuare scelte unilaterali da parte dello Stato⁵⁶⁰. Una più ampia applicazione del principio di sussidiarietà consentirebbe un miglior coordinamento tra i diversi livelli di governo e una più attenta ponderazione dei valori in gioco e, conseguentemente, potrebbe condurre a risultati in grado di rispondere in maniera più adeguata alle esigenze delle differenti realtà locali e sociali italiane.

⁵⁶⁰ La sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016 ha portato il livello necessario delle intese anche nell'ambito dell'attività legislativa.

Adottando una diversa prospettiva, la valorizzazione del principio dello sviluppo sostenibile può garantire che le regole della logica di mercato che governano determinati settori tengano in considerazione nel loro operare le condizioni ambientali necessarie ad assicurare la sopravvivenza della specie umana⁵⁶¹. È quanto accade con riferimento alle energie rinnovabili elettriche, le quali, pur operando nel mercato liberalizzato dell'energia elettrica, beneficiano dei meccanismi di sostegno, predisposti dagli Stati membri sulla base della normativa dell'Unione europea, in quanto strumenti per il perseguimento di politiche di tutela ambientale.

Come osservato nel terzo Capitolo, nella sua evoluzione il processo economico non risulta più indifferente rispetto alla preservazione del patrimonio comune e considera quali beneficiari dei suoi vantaggi anche quei soggetti estranei alle vicende produttive (*in primis* le generazioni future), allo scopo di realizzare una più equa distribuzione dei beni di natura e a garantire l'integrità dell'ecosistema, continuando però ad avvalersi delle regole concorrenziali, idonee a preservare la libera competizione.

In questo senso gli incentivi per la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili costituiscono strumenti di mercato finalizzati ad assicurare la compatibilità ambientale e la sicurezza dell'approvvigionamento, incorporando il costo delle esternalità ambientali negative derivanti dalla produzione di energia elettrica⁵⁶². Tuttavia risulta necessario che tali strumenti vengano adottati e definiti nell'ambito di una adeguata cornice normativa affinché il loro impatto sul funzionamento del mercato apporti i vantaggi avuti di mira.

Come emerso dall'approfondimento sul sistema di incentivazione del Conto energia⁵⁶³ riguardante il settore del fotovoltaico, svolto nel quarto Capitolo, con tale

⁵⁶¹ Cfr. F. Capriglione, *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, cit., p. 67.

⁵⁶² Tali meccanismi sono inoltre volti ad aumentare il livello di consapevolezza ambientale dei mercati anche da punto di vista dei consumatori. Cfr. L. Pardi e N. Cosentino, *Gli interventi del legislatore sul conto energia fotovoltaico: quale protezione per gli investitori in sede comunitaria e internazionale?*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di) *Annuario di diritto dell'energia 2013*, Bologna, 2013, p. 313.

⁵⁶³ Tali meccanismi di sostegno riconoscono una tariffa incentivante aggiuntiva per l'energia prodotta rispetto al prezzo dell'energia applicato all'energia venduta sul mercato.

tipologia di incentivi è stata promossa la produzione di energia rinnovabile in un momento in cui il mercato non era in grado di sostenerla, agevolando, tramite la previsione di sussidi a lungo termine, l'accesso al credito degli operatori del settore. Gli incentivi erogati dal Conto energia sono stati applicati senza la previsione di un limite di quantità massima incentivabile, dando luogo al c.d. fenomeno di corsa all'incentivo⁵⁶⁴ e hanno determinato, in ultima analisi, la ricaduta dei costi di tale scelta di politica ambientale sugli utenti dell'energia elettrica, che hanno visto aumentare notevolmente dal 2005 (anno di emanazione del primo Conto energia) la componente A3 della tariffa elettrica, mediante la quale sono finanziati gli oneri generali del sistema elettrico.

La Corte costituzionale, pronunciatisi con la sentenza n. 16/2017 sull'intervento normativo che ha previsto la rimodulazione in senso peggiorativo degli incentivi⁵⁶⁵ disposti per il settore fotovoltaico, non ha ravvisato una lesione della libertà di iniziativa economica, in quanto il suo esercizio può essere limitato in corrispondenza dell'utilità sociale, ai sensi dell'art. 41, comma 2, Cost., utilità sociale rappresentata in questo caso dagli interessi costituzionalmente pregevoli di una maggior sostenibilità della politica di promozione per la produzione di energia da fonti rinnovabili e di una più equa distribuzione degli oneri tariffari sui consumatori di energia elettrica.

Risulta quindi auspicabile una maggiore responsabilizzazione del legislatore, che, nella predisposizione di normative destinate a dispiegare i propri effetti nel medio o lungo periodo (come quelle riguardanti la predisposizione di sistemi di incentivazione per la produzione di energia rinnovabile), operi una adeguata ponderazione dei vari interessi in gioco per scongiurare in futuro la frustrazione degli interessi dei soggetti coinvolti ed evitare l'adozione di norme con efficacia retroattiva. Inoltre, come si riscontra anche dalla lettura della Strategia energetica nazionale adottata nel 2017, l'ingente debito maturato

⁵⁶⁴ Si sono espressi in questo senso L. Pardi e N. Cosentino, *Gli interventi del legislatore sul conto energia fotovoltaico*, cit., p. 313. Gli autori hanno anche evidenziato come tale fenomeno comporti effetti negativi per la stabilità del sistema di distribuzione, per la rete locale e per l'attività di dispacciamento, data la presenza di un rilevante numero di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili non programmabili.

⁵⁶⁵ Previsto dall'art. 26 del d.l. 91 del 2014.

per effetto delle politiche di incentivazione passate, soprattutto con riferimento al fotovoltaico, condiziona in misura rilevante la programmazione futura e le scelte da compiere⁵⁶⁶. Un ruolo importante in questo senso, come precedentemente osservato, potrebbe essere svolto dal principio dello sviluppo sostenibile, che, se adoperato come criterio procedurale nell'adozione di norme strategiche produttive di effetti anche sulle future generazioni, impone di tenere in debita considerazione tutte le dimensioni nelle quali si svolge tale forma di sviluppo, per giungere a un bilanciamento degli interessi in gioco che individui un punto di equilibrio soddisfacente per la dimensione ambientale, per la dimensione economica, ma anche per quella sociale.

L'impetuosa crescita delle rinnovabili infatti sta determinando un'evoluzione nel settore che vede la dimensione sociale assumere sempre più rilevanza accanto a quella ambientale. Il percorso verso un settore delle energie rinnovabili funzionale e autonomo deve coniugare il perseguimento della sicurezza energetica e dei benefici per l'ambiente con la stabilità dei prezzi dell'energia, soprattutto in considerazione dell'importanza ai fini sociale che riveste tale bene, in quanto idoneo al soddisfacimento dei bisogni primari dell'individuo⁵⁶⁷. In seguito all'avvenuta liberalizzazione del mercato elettrico si rende necessario tracciare nuovi modelli di tutela del fruitore, che garantiscano una diffusa ed equa distribuzione dell'energia. In tal senso può essere letta la nuova prospettiva adottata dal legislatore nella gestione della risorsa idrica, emergente dalla formulazione dell'art. 37 del d. lgs. 79/1999, come modificato dal d.l. 83 del 2012, che prende espressamente in considerazione anche l'esigenza sociale di riduzione del costo dell'energia, sottolineando lo stretto legame intercorrente tra la risorsa idrica, in quanto mezzo di produzione di energia idroelettrica, e il consumatore finale⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Cfr. la Strategia energetica nazionale (SEN) del 2017, p. 64.

⁵⁶⁷ La riserva statale dell'attività di produzione di energia elettrica rispondeva proprio all'esigenza di garantire una sua più diffusa ed equa distribuzione.

⁵⁶⁸ L'offerta economica deve rispecchiare non solo il valore della risorsa idrica in sé, ma anche la componente aggiuntiva legata alla sua produttività e redditività. In questo senso la quota dell'offerta economica destinata ai clienti finali "attinge al valore della risorsa in quanto dinamicamente destinata alla

In una prospettiva futura la tutela della concorrenza sarà determinante per il raggiungimento della crescita sostenibile e della stabilità dei prezzi nel settore, in quanto la sfida per una completa integrazione nel sistema elettrico delle fonti rinnovabili si sposterà dagli incentivi sulla produzione alla definizione di nuove regole di mercato e agli investimenti sulle infrastrutture di rete, che dovranno svilupparsi in tempi congrui a garantire adeguatezza e flessibilità al nuovo assetto.

Dunque risulta fondamentale il ruolo svolto dalla concorrenza e dalla predisposizione di regole di mercato idonee a garantire l'integrazione delle energie rinnovabili all'interno del sistema elettrico, al fine di consentire il superamento dell'esigenza di meccanismi incentivanti.

In questo senso, secondo quanto previsto dalla Strategia energetica nazionale del 2017, il sistema già conosciuto dagli investitori, basato sull'incentivo erogato sulla quantità di energia prodotta, sarà temperato con l'introduzione di elementi utili a promuovere la riduzione dei costi in un'ottica di progressivo superamento del sostegno tariffario, come l'introduzione di meccanismi di gara competitiva⁵⁶⁹.

Per quanto riguarda il settore fotovoltaico, che ha subito la crescita maggiore, la progressiva riduzione dei costi di generazione consentirà la piena integrazione nel mercato di tale forma di energia, con una conseguente riduzione dei costi amministrativi per i relativi impianti.

Per quanto riguarda invece il settore idroelettrico, come osservato nel quinto Capitolo, la forte incertezza normativa connessa alla revisione della disciplina sulle gare ad evidenza pubblica per l'attribuzione delle concessioni rappresenta la maggiore criticità e tale questione si è recentemente posta al centro dell'agenda politica italiana. Le procedure d'asta per le concessioni esistenti dovranno prevedere una fase preparatoria,

produzione di energia idroelettrica". Cfr. S. R. Masera, *La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell'interesse del cliente finale*, cit., p. 11.

⁵⁶⁹ Le procedure d'asta saranno riferite al triennio 2018-2020. Cfr. la Strategia energetica nazionale 2017 p. 80.

utile per avviare le procedure competitive in modo ordinato e integrato con la programmazione territoriale e con gli altri usi dell'acqua e basato su regole omogenee a livello nazionale, anche in tema di canoni, consentendo l'attuazione degli interventi di efficientamento degli impianti necessari; le procedure d'asta dovranno privilegiare in modo trasparente la riqualificazione degli impianti al fine di assicurare la capacità utile di invaso e aumentarne la producibilità, nel rispetto dei vincoli ambientali⁵⁷⁰.

Alla luce della recente evoluzione in materia di politica energetica, nel settore delle fonti di energia rinnovabili la concorrenza sta dunque assumendo sempre maggior rilevanza, in quanto ritenuta il mezzo idoneo a garantire una crescita sostenibile del sistema elettrico, tramite la riduzione del carico tariffario degli incentivi per tale forma di energia. Si auspica che le regole del mercato siano supportate dalla predisposizione di una cornice normativa adeguata che, all'esito della ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, conduca all'adozione di scelte politiche lungimiranti.

⁵⁷⁰ Ulteriore obiettivo, infine, è quello di definire un quadro il più possibile coordinato nell'approccio con gli altri Paesi europei e una regolamentazione chiara sul regime dei beni e sui criteri di valorizzazione e subentro, compresi i canoni, in modo da costituire un contesto di certezze e eque garanzie per gli investitori (sia entranti che uscenti) Cfr. la Strategia energetica nazionale 2017 p. 82.

Bibliografia:

ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano*, Napoli, 1957-1962.

ABRESCIA M., *Un diritto al futuro: analisi economica del diritto, Costituzione e responsabilità tra generazioni*, in www.forumcostituzionale.it.

AGOSTA S., *La Corte costituzionale dà finalmente la... "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (Brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)*, 2 febbraio 2004, in www.forumcostituzionale.it.

ALBANO R., *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in A. M. SANDULLI (a cura di), *Lavori pubblici*, Firenze, 1967, 153.

ALBERTON M., *Alla ricerca di un equilibrio tra economia, ambiente e benessere sociale: la nuova strategia comunitaria per lo sviluppo sostenibile e l'esperienza italiana alla luce della legge finanziaria per il 2007*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 399.

ALBINO L., *L'ambiente nell'ordinamento costituzionale italiano. Quadro normativo e risultanze giurisprudenziali*, in P. IAQUINTA, K. AQUILINA (a cura di), *Il sistema ambiente tra etica, diritto ed economia*, Padova, 2013, 3.

AMIRANTE D., *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, vol. I, 233.

AMMANATI C., *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2012, 2.

ANZON A., *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 5, 2003, 2782.

ANZON A., *Le potestà legislative dello Stato e delle Regioni*, Torino, 2005.

ASTUTI G., voce *Acque (introduzione storica generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 338.

BACHELET V., *Leggi o superleggi di incentivazione?*, in *Giur. Cost.*, I, 1965, 587.

- BAGLIANI M., DANSERO M., *Politiche per l'ambiente: dalla natura al territorio*, Torino, 2011.
- BARBERA A., *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968.
- BARBERA A., *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. Branca, *Commentario alla Costituzione*, Bologna, I, 1975, 84 ss.
- BARTENSTEIN K., *Les origines du concept de développement durable*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 3, 2005, 289.
- BARTOLE S., *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2, 2004, 578.
- BASSI N., *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, in M. DE FOCATIIS – A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 31.
- BATTINI S., *Gli aiuti pubblici alle imprese*, in A. Massera (a cura di), *Ordinamento comunitario e Pubblica Amministrazione*, 295.
- BAUMOL W. J., OATES W. E., *The theory of environmental policy*, Englewood Cliffs, 1975.
- BELLOCCI M., PASSAGLIA P. (a cura di), *La giurisprudenza costituzionale relativa al riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di «ambiente» e di «beni culturali»*, in *Studi e ricerche*, www.cortecostituzionale.it, 2009.
- BELLOTTI P., GUISCARDI M., MASTROMARINO G., PELUSO S., *Protezione dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, Brescia-Taranto, 2017.
- BENADUSI L., *Attività di finanziamento pubblico; aspetti costituzionali ed amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1966, 890.
- BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie*, Milano, 2006.

- BENELLI F., *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni*, 4-5, 2008, 905.
- BENELLI F., BIN R., *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6, 2009, 1185.
- BETZU M., *L'ambiente nella sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2005: le pressioni del caso e le torsioni del diritto*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 5, 2005, 875.
- BIANCARDI A., MINOZZI M., *L'utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili per la generazione elettrica: strategie comunitarie, politiche nazionali e ruolo delle Regioni*, in A. MACCHIATI – G. ROSSI (a cura di), *Le sfide dell'energia pulita*, Bologna, 2009, 115.
- BIANCO A., *L'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*, in B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, Milano, 2009, 101.
- BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2002.
- BIFULCO R., *La tutela della concorrenza tra Parte I e Parte II della Costituzione in margine alla sent. n. 14 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 4-5, 2008, 791.
- BIFULCO R., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008.
- BIFULCO R., CELOTTO A. (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015.
- BOLLINO C. A. e MICHELI S., *Coordinamento delle politiche energetiche e ambientali tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in P. TOGNI, *Spunti critici in tema di diritto e gestione dell'ambiente*, Milano, 2014, 43.
- BOSCOLO E., *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, Milano, 2012
- BRAMBILLA P., *Aspetti legali del rinnovo delle concessioni idroelettriche in Italia*, in *Riv. Giur. Amb.*, 5, 2014, 475.

BRAMBILLA P., *Grandi derivazioni: ripristinata per mano giurisprudenziale la disciplina concorrenziale del vecchio T. U. acque pubbliche*, in *Riv. Giur. Amb.*, 3, 2015, 446.

BRESSO M., *Per un'economia ecologica*, Roma, 1993.

BRUN B., LEMONNIER P., RAISON J.P., RONCAYOLO M., *Ambiente*, in *Enc. Einaudi*, Torino, 1977.

BRUTI LIBERATI E., DONATI F. (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007.

BRUTI LIBERATI E., *La regolazione delle infrastrutture energetiche tra direzione pubblica e mercato*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2012, 529.

BRUTI LIBERATI E., *Governo e Autorità per l'energia elettrica nella regolazione delle fonti rinnovabili*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 47.

BRYNER G. C., *Gaia's Wager: Environmental Movements and the Challenge of Sustainability*, Rowan & Littlefield, 2001.

BUCELLO M., *La regolazione dei canoni, sovracanonici e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, in M. DE FOCATIIS – A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 153.

BUOSO E., *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni*, 1, 2008, 61.

BUZZACCHI C., PIZZOLATO F., *Liberalizzazione e semplificazione: la giurisprudenza costituzionale 2012 in tema di concorrenza*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2012, 681.

BUZZACCHI C., PIZZOLATO F., *L'oggettivizzazione della concorrenza nella giurisprudenza 2013 della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2013, 811.

BUZZACCHI C., *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in BUZZACCHI C. (a cura di), *Il prisma energia*, Milano, 2010.

CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007.

- CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, Milano, 1984.
- CALEGARI A., *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riv. giur. urb.*, 2014, 208.
- CAMERLENGO Q., *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2-3, 2006, 422.
- CAMMELLI M. (a cura di), *Energia e Regioni. Politiche istituzionali e strumenti di governo*, Bologna, 1986.
- CAMMEO F., *Demanio*, in *Dig. Ital.*, IX, I, Torino, 1887-1898.
- CAMPOLO M., *Interessi ambientali e pianificazione del territorio*, Napoli, 1999.
- CANDIDO A., *Verso il mercato interno dell'energia: le reti energetiche europee*, in C. BUZZACCHI (a cura di) *L'Europa a rete*, Milano, 2011, 87.
- CANEPA A., *La strategia europea per l'energia: mercato integrato, status prioritario dei progetti per le infrastrutture energetiche ed efficienza energetica*, in C. BUZZACCHI (a cura di) *Il mercato dei servizi in Europa*, Milano, 2014, 141.
- CAPORALE F., *Sulla legge del 1884 in materia di derivazioni di acque pubbliche*, in M. DE FOCATIIS e A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 21.
- CAPRIGLIONE F., *Misure anticrisi tra regole di mercato e sviluppo sostenibile*, Torino, 2010.
- CARABBA M., voce *Nazionalizzazione nell'ordinamento italiano*, in *Digesto Pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 103.
- CARANTA R., *La tutela della concorrenza; le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 990.
- CARANTA R., *Prime correzioni di rotta della Corte costituzionale in materia di tutela della concorrenza?*, in *Le Regioni*, 2008, 683.

- CARAVITA B., *Costituzione, principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), *Ambiente e diritto*, vol. I, Firenze, 1999.
- CARAVITA B., *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005.
- CARAVITA B., *Fonti energetiche rinnovabili ed efficienza economica*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 227.
- CARAVITA B., *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economica-finanziaria*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 99.
- CARAVITA B., CASSETTI L., MORRONE A. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016.
- CARBONE L., NAPOLITANO G., ZOPPINI A., *Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna, 2016.
- CARNEVALE P., “*Al fuggir di giovinezza ... nel domani s'ha più certezza*” (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale), in *Giur. Cost.*, 1999, 3643.
- CARNEVALE P., PISTORIO G., “*Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*”, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2014,
- CARPENTIERI P., *Paesaggio contro ambiente*, in *Urb. App.*, 2005, 931.
- CARRÀ S. (a cura di), *Le fonti di energia*, 2008.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it
- CARTEI G. F., *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2013, 589.

- CARUSO G. M., *La complessità organizzativa nel settore delle fonti energetiche rinnovabili*, in A. MACCHIATI, G. ROSSI (a cura di), *La sfida dell'energia pulita*, Bologna, 2009, 237.
- CASALINI D., *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino, 2014, 194.
- CASSESE S., *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giur. Cost.*, 1960, 1332.
- CASSESE S. (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2012.
- CAVALLO B., *Profili amministrativi della tutela dell'ambiente: il bene ambientale tra tutela del paesaggio e gestione del territorio*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, 397.
- CECCHETTI M., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.
- CECCHETTI M., *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 1, 2003, 318.
- CECCHETTI M., *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in *www.federalismi.it*, 2006.
- CECCHETTI M., *La materia "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *www.federalismi.it*, 7, 2009.
- CELOTTO A., *Nota redazionale alla sent. n. 416 del 1999*, in *Giur. Cost.*, 1999, 364.
- CERULLI IRELLI V., voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- CHELI E., *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di "monopoli pubblici"*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, III, 303.
- CHIEPPA R., *L'ambiente nel nuovo ordinamento costituzionale*, in *Urbanistica e appalti*, 11, 2002, 1245.
- CIOFFI A., *L'ambiente come materia dello Stato e come interesse pubblico. Riflessioni sulla tutela costituzionale e amministrativa, a margine di Corte cost. n.225 del 2009*, in *Riv. giur. Amb.*, 6, 2009, 970.
- CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 219.

- COCCO G., *La legislazione in tema di ambiente è a una svolta?*, in *Riv. giur. Amb.*, 3-4, 2002, 419.
- COCCO G. (a cura di), *Profili giuridici ed economici delle fonti energetiche rinnovabili. Problemi aperti e prospettive per uno sviluppo sostenibile*, Napoli, 2013.
- COCCONI M., *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1-2, 2012, 29.
- COCCONI M., *La regolazione dell'energia rinnovabile*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 28 maggio 2013.
- COCCONI M., *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 18 maggio 2014.
- COCCONI M., *Poteri pubblici e mercato dell'energia*, Milano, 2014.
- COCCONI M., *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 30 marzo 2017.
- COLAVECCHIO A., *Il nuovo (?) riparto di competenze Stato-Regioni nella materia "energia"*, in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di) *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Trento, 2009, 3.
- COLAVECCHIO A., *La cooperazione internazionale tra i Regolatori dell'energia (ICER, ECRB, MEDREG, OCSE): verso uno statuto "globale" del consumatore energetico?*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2015, 71.
- COLETTI G., *Il procedimento per ottenere la concessione sulle acque pubbliche nel più recente ordinamento giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, V, 1955.
- COMPORTE M., *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 1990, 196.

COMPORTI G. D., *Energia e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, IV edizione, Torino, 2017, pag. 273.

CONTE G., SANDULLI M. A., *Le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: uso di una risorsa strategica fra problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza*, in *Atti del XVII Congresso Italo-Spagnolo*, 95.

CONTE I., *Durata e proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche*, in *Gazzetta Ambiente*, 2009, 43.

CORDINI G., *Diritto ambientale comparato*, Padova, 2002.

CORDINI G., FOIS P., MARCHISIO S., *Diritto ambientale. Profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008.

CORNELLA S., *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 7, 2011, 797.

CORSO G., *Servizi pubblici e Costituzione*, in G. MARONGIU, G. C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e Amministrazione*, Milano, 1992, 223.

CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (di Regioni e Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 981.

CORTI L., *La determinazione dei canoni dovuti per le concessioni di derivazione di acque pubbliche ad uso idroelettrico: limiti della potestà legislativa regionale in relazione alla potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza"*, in *Riv. giur. Amb.*, 2, 2017, 273.

COZZOLINO G., *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1, 2012.

COZZOLINO G., *Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117.3.)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Napoli, 2015, 363.

CRISAFULLI V., *Legge di nazionalizzazione, decreti delegati di trasferimento e ricorsi regionali*.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1962.

CROSETTI A., FERRARA R., FRACCHIA F., OLIVETTI RASON N., *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Roma – Bari, 2018.

CUOCOLO L., *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011.

D'ALBERTI M., *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004.

D'ATENA A., *La Consulta parla...e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. Cost.*, 3, 2002, 2027.

D'ATENA A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2003, 15.

D'ATENA A., *Diritto regionale*, Torino, 2010.

D'ATENA A., *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, *Giur. Cost.*, 5, 2003, 2776.

D'ORTA C., *Ambiente e danno ambientale: dalla giurisprudenza della Corte dei conti alla legge sul Ministero dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 60.

DE FOCATIIS M., *Il sindacato della Corte costituzionale sulle decisioni di politica energetica italiana: nuovi spazi per il mercato e per la libertà di impresa?*, in A. MAESTRONI - M. DE FOCATIIS (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, 2012, 43.

DE FOCATIIS M., MAESTRONI A. (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014.

DE LEONARDIS F., *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost.*, 2004, 145.

DE VERGOTTINI, *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013*, Bologna, 2013, 17.

DELL'ANNO P., *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in www.lexambiente.com

DELLA CANANEA G., *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. Dir. pubbl. Comunitario*, 1993, 399.

DI DIO F., *Giustizia costituzionale e concorrenza di competenze legislative in materia di "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema": dalla trasversalità alla "prevalenza" della competenza statale*, in *Riv. giur. Amb.*, 6, 2009, 953.

DI DIO F., *Eolico e Regioni: illegittime normative e procedure regionali in assenza di linee guida statali sulla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili, nota a Corte cost. n. 166/09*, in *Riv. giur. Amb.*, 2009, 926.

DI DIO F., *D. Lgs. 28/2011: il nuovo regime "speciale" delle autorizzazioni per impianti da fonti rinnovabili*, in *Ambiente e sviluppo*, 6, 2011, 564.

DI GIULIO E., *Europa: Energia – clima 2.0. La solitudine della decarbonizzazione*, in *Energia, Rivista trimestrale sui problemi dell'energia*, 1, 2014, 22.

DIACO D., *"Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale (2002-2015)*, in *Studi e ricerche*, www.cortecostituzionale.it, 2015.

DONATI F., *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, 35.

ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954, 89.

ESPOSITO C., *Gli articoli 3, 41, 43 della Costituzione e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *Giur. Cost.*, 1962, 53.

- FALCIONE M., *Diritto dell'energia: fonti rinnovabili e risparmio energetico*, Trento, 2008.
- FALCON G., *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1, 2001, 3.
- FALCON G., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 6, 2001, 1247.
- FANETTI S., *Una nuova decisione della Corte costituzionale in materia di energia. La sentenza 1/2008*, in *Riv. giur. Amb.*, 2008, 3-4, 585.
- FERRARA A., *Le politiche regionali dell'ambiente tra concorrenza e collaborazione*, in ID. (a cura di), *La tutela dell'ambiente nella legislazione regionale*, Milano, 1999.
- FERRARA A., *La materia ambientale nel testo di riforma del Titolo V*, in *www.federalismi.it*, 30 maggio 2001.
- FERRARA R., *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 3, 2005, 509.
- FERRARA R., *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, *Foro it.*, 2004, 1018;
- FERRARA R., FRACCHIA F., OLIVETTI RASON N., *Diritto dell'ambiente*, Bari, 1999.
- FLORENZANO D., BORGONOVO RE D., CORTESE F., *diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, 2012.
- FLORENZANO D., *La produzione idroelettrica in Italia*, in F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTAL (a cura di) *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, 230.
- FOIS S., *“Riserva originaria” e “riserva di legge” nei “principi economici” della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, 476.
- FONDERICO F., *Voce Ambiente (tutela dell') – Diritto Amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani, Aggiornamento*, XVI, Roma, 2008.
- FONDERICO F., *La Corte costituzionale e il codice dell'ambiente*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4, 2010, 368.

FRACCHIA F., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2002, 215.

FRACCHIA F., *Governo del territorio e ambiente*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, E. FERRARI, P. URBANI, *Il governo del territorio*, Milano, 2003, 225.

FRACCHIA F., *Dei problemi non (completamente) risolti dalla Corte costituzionale: funzioni amministrative statali nelle materie di competenza regionale residuale, norme statali cedevoli e metodo dell'intesa*, in *Foro it.*, 2004, 1014.

FRACCHIA F., *Governo del territorio e tutela dell'ambiente*, in B. POZZO, M. RENNA, *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004, 45.

FRACCHIA F., FERRARA R., OLIVETTI RASON N., GEROTTO S., in L. ANTONINI (a cura di) *L'imposizione ambientale nel quadro del nuovo federalismo fiscale*, Napoli, 2010.

FRACCHIA F., *Lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2010.

FRACCHIA F., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 0, 2010.

FRACCHIA F., *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Padova, 2012, 559.

FRACCHIA F., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi concetti e istituti*, Napoli, 2013.

FRACCHIA F., *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile: lo stato dell'arte*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, di G. F. CARTEI (a cura di), Torino, 2013.

FRACCHIA F., *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, 11.

FRUMENTO E., *Lo stato ambientale e le generazioni future: per una tutela del diritto fondamentale dell'ambiente*, in www.ambientediritto.it.

- GABRIELE F., *In tema di nazionalizzazione e di altre forme di intervento pubblico nell'economia. Esempi di nazionalizzazione nel settore petrolifero in alcuni ordinamenti stranieri*, in *Foro amm.*, 1972, 689.
- GALETTA D. U., *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2008, 1901.
- GALGANO F., *sub art. 43 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna, 1975.
- GALLUCCI C., *Energia elettrica*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Concessioni e concorrenza, Temi e problemi - Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 1998.
- GIAMPIETRO F., *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1980.
- GIANNINI M. S., *I beni pubblici*, Roma, 1963.
- GIANNINI M. S., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15.
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.
- GIGANTE M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008.
- GIOVANNINI E., *L'utopia sostenibile*, Bari-Roma, 2018.
- GORGOGNONE S., *La trasposizione delle politiche energetiche comunitarie in Italia*, in B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, Milano, 2009.
- GRASSI S., *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012.
- GRASSI S., "Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile" in *Un diritto per il futuro*, a cura di R. BIFULCO- A. D'ALOIA, Napoli, 2008.

GRASSO G., *La tutela dell'ambiente si "smaterializza" e le Regioni recuperano una competenza (apparentemente) perduta. Osservazioni a prima lettura a Corte costituzionale, 10-26 luglio 2002, n. 407*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it

GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in www.sspa.it.

GRASSO M. E., *Lineamenti di etica e diritto della sostenibilità*, Milano, 2015.

GRECO N., *La Costituzione dell'ambiente*, Bologna, 1996.

GRILLO M., *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in *Annario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 61.

GRIPPO E., MANCA F., *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008.

GROPPI T., *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *DPCE*, 1, 2016, 43.

GROSSI P., *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia civile*, 4, 2014, 921.

GUALANDI F., *La nuova disciplina delle fonti energetiche rinnovabili*, Rimini, 2011.

GUARINO G., *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (1961)*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 125.

GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, Milano, 1991.

GUSTAPANE A., *Tutela dell'ambiente*, voce dell'*Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992.

JACOMETTI V., *Incentivi economici a tutela dell'ambiente: le nuove "leve" verdi*, in B. POZZO (a cura di), *Green economy e leve normative*, Milano, 2013.

JONAS H., *Il principio di responsabilità*, Torino, 1990.

KRAMER L., *EC Environmental Law*, Sweet & Maxwell, 2000.

LA CAMERA F., *Sviluppo sostenibile*, Roma, 2003.

- LABRIOLA S., *Dal paesaggio all'ambiente: un caso di interpretazione evolutiva della norma costituzionale. Il concorso della Corte e il problema delle garanzie*, in *Dir. Soc.*, 1987, 113.
- LANDI G., SCARPA C., *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 79.
- LETTERA F., *Energie rinnovabili, procedimenti amministrativi e garanzie finanziarie*, in *Ambiente e sviluppo*, 5, 2011, 455.
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, dicembre 2015, 365.
- LOIODICE A., *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauo*, II, Milano, 1968.
- LOMBARDI P., *I profili giuridici della nozione di ambiente: aspetti problematici*, in *Foro amm.Tar*, 2002, 764.
- LOMBARDI R., *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *www.giustamm.it*, 4, 2005.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- LUCIANI M., *Voce Salute (diritto alla)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1992.
- LUCIANI M., *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. It*, 2007, 2089.
- LUCIANI M., *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008, 423.
- LUGARESIN., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela e di gestione*, Milano, 1955.

- LUTHER J., *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 4, 673.
- MACCHIATI A. - ROSSI G. (a cura di), *Le sfide dell'energia pulita*, Bologna, 2009.
- MADDALENA P., *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1980.
- MADDALENA P., *L'ambiente: riflessioni introduttive per una sua tutela giuridica*, in *Ambiente e sviluppo*, 2007, 477.
- MADDALENA P., *L'ambiente: prolegomeni per una sua tutela giuridica*, in *Riv. giur. Amb.*, 3-4, 2008, 523.
- MADDALENA P., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 3, 2010, 307.
- MADDALENA P., *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, in www.federalismi.it
- MADDALENA P., *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dell'ambiente*, in *Ambiente e sviluppo*, 1, 2012, 5.
- MADDALENA P., *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, 2014.
- MAESTRONI A., *La dimensione solidaristica dello sviluppo sostenibile*, Milano, 2012.
- MAESTRONI A., *Pronunce della Corte costituzionale e del giudice amministrativo in materia di energia da fonti rinnovabili tra tutela ambientale e concorrenza*, in A. MAESTRONI, M. DE FOCATIIS (a cura di), *Politica energetica, regolazione e mercato*, Milano, 2012, 63.
- MAESTRONI A., *Il deflusso minimo vitale*, in M. DE FOCATIIS E A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 131.
- MAJORANA G., *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Torino, 2012.

- MANCARELLA M., *Il principio dello sviluppo sostenibile: tra politiche mondiali, diritto internazionale e Costituzioni nazionali*, consultabile in www.giuristiambientali.it/documenti/20061114_AM.pdf, p. 7.
- MANGIAMELI S., *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 1, 2003, 337.
- MANICA S., *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in www.federalismi.it, 8, 2008
- MANSERVISI S., *Energie rinnovabili e pianificazione energetica sostenibile*, Napoli, 2016.
- MARIANI E., *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it
- MARINI F. S., *La Corte costituzionale nel labirinto delle "materie trasversali": dalla sentenza n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. Cost.*, 4, 2002, 2951.
- MAROCCO T., *Riforma del Titolo V della Costituzione e ambiente: ovvero come tutto deve cambiare, perché non cambi niente*, in *Riv. giur. Amb.*, 6, 2002, 937.
- MARTINES T., *L'ambiente come oggetto di diritti e doveri*, in PEPE V. (a cura di), *Politica e legislazione ambientale*, Napoli, 1996, 15.
- MASERA S. R., *La valorizzazione della risorsa idrica per la produzione di energia idroelettrica nell'interesse del cliente finale*, in www.rivistadellaregolazioneideimercati.it, 2, 2015, 4.
- MASSARUTTO A., *L'acqua*, Bologna, 2008.
- A. MASSERA A. (a cura di), *Diritto amministrativo e ambiente: materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra scienze istituzioni e diritto*, Napoli, 2011.
- MAURIELLO P., *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur.it.*, 2003, 5.

- MAZZAMUTO M., *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, 1571.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001.
- MERUSI F., Art. 9, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione, art. 1-12, Principi fondamentali*, Bologna, 1975, 434.
- MERUSI F., MESSERINI V., GIOMI V., *Profili giuridici e problematiche istituzionali dell'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili*, Napoli, 2013.
- MEZZETTI L., *Esigenze unitarie nel settore dell'energia: condizioni di equilibrio e proporzionalità nell'intervento del legislatore statale*, in *Le Regioni*, 5, 1992, 1409.
- MEZZETTI L., *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2002.
- MODUGNO F. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012.
- MOLASCHI V., *Paesaggio versus Ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, II, 171.
- MONTAGNA A., voce *Acque (tutela delle)*, in *Enc. giuridica*, 2004.
- MORBIDELLI G., *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, II, 1122.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976.
- MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968
- MOSCARINI A., *Sussidiarietà e Supremacy Clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, *Giur. Cost.* 5, 2003, 2791.
- MOSCATI L., *In materia di acque. Tra diritto comune e codificazione albertina*, Roma, 1993.
- MOSCATI L., *Sul diritto d'”insistenza”*, in *Scintillae Iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, 2317.

- MOSCATI L., *Un modello per l'Europa: le concessioni d'acqua tra Settecento e Ottocento*, in M. DE FOCATIIS E A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014.
- MOSCHETTA T. M., *I regimi nazionali di sostegno all'energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell'Unione europea*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2015, 94.
- MUSOLINO S., *I rapporti Stato – Regioni nel nuovo Titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale*, Milano, 2007.
- NANZIPIERI L., *Regioni ed energia rinnovabile: sono (ancora una volta) dichiarate incostituzionali norme regionali che pongono limitazioni alla localizzazione di impianti da fonti rinnovabili, dettate in assenza delle linee guida statali*, in *Rivista AIC*, 2010.
- NAPOLITANO G., *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *www.federalismi.it*, n. 4, 2012.
- NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013.
- NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. La tutela dei consumatori nei mercati energetici*, Bologna, 2015.
- NASCIMBENE B., GAROFALO L., *Studi su ambiente e diritto*, Bari, 2012.
- NESPOR S., *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2003, 962.
- NESPOR S., *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: le origini*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 2015, 17.
- NINATTI S., *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3142.
- OLIVI M., *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005.

OPPO G., *Principi*, Torino, 2001.

ORLANDO E., *Il sistema giuridico italiano in materia di energie rinnovabili*, in F. CORTESI, F. GUELLA E G. POSTAL (a cura di) *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013.

PACE A., *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1983, 2341.

PACELLI F., *Le acque pubbliche*, Padova, 1934.

PALADIN L., *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997.

PARDI L., COSENTINO N., *Gli interventi del legislatore sul conto energia fotovoltaico: quale protezione per gli investitori in sede comunitaria e internazionale?*, in G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di) *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 313.

PATTI S., *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980, p. 859.

PEPE V., *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, Milano, 2002, 2, 209.

PERFETTI L. R., *“Diritto di insistenza” e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Il foro amministrativo, Consiglio di Stato*, 2003, 621.

PERICU G., *L'attività di incentivazione: recenti problematiche giuridiche*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Milano, 1987, 247.

PETROCCHI C., *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957.

PINELLI C., TREU T. (a cura di), *La Costituzione economica: Italia europa*, Bologna, 2010.

PIOGGIA A., *Acqua e ambiente*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011.

PIZZANELLI G., *Gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: organizzazione e procedimenti alla luce del principio di integrazione*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia*, Milano, 2010, 116.

- PIZZIMENTI E., *Le politiche per lo sviluppo sostenibile in Italia*, Pisa, 2009.
- F. PIZZOLATO, *La concorrenza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 533.
- PORENA D., *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione globale"*, Torino, 2009.
- PORENA D., *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in *www.federalismi.it*, 2009.
- PORENA D., *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 27 luglio 2016.
- PORENA D., *Il principio di sostenibilità*, Torino, 2017.
- PORPORATO S., *Rinnovabili in Europa: strumenti e politiche nazionali a confronto*, in *Energia, Rivista trimestrale sui problemi dell'energia*, 2, 2013, 38.
- POSTIGLIONE A., *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 32.
- POTOTSCHING U., *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1012.
- POZZO B., RENNA M. (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004.
- POZZO B. (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie: un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009.
- POZZO B. (a cura di), *Green economy e leve normative*, Milano, 2013.
- PREDIERI A., voce *Paesaggio*, *Enc. Dir.*, XXX, 507.
- PREDIERI A., voce *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 418.

- PREDIERI A., *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, pag. 210.
- PREDIERI A., *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, II, 1969.
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Paris, 2004.
- PUGLIATTI S., voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, I, 1958.
- QUADRI S., *Energia sostenibile*, Torino, 2012.
- QUADRI S., *Le concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico e il diritto della concorrenza nell'UE*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2015, 257.
- RAGAZZO M., *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Torino, 2011.
- RAMAJOLI M., *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2012, 507.
- RANCI P., *Economia dell'energia*, Bologna, 2011.
- RANGONE N., *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. Cost*, 2, 2010, 1490.
- RENNA M., *Il sistema degli "standard ambientali" tra fonti europee e competenze nazionali*, in B. POZZO, M. RENNA (a cura di), *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004, 93.
- RENNA M., *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 1-2, p. 62.
- RIGANO F., *Le leggi promozionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. It.*, 1999, 10.
- ROBERTI G. M., *Le politiche dell'Ue in materia di energie rinnovabili*, in *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 31.

ROSELLI O., *Relazione introduttiva. “Fondamentali” economico-sociali e trasformazione della dimensione giuridica*, in R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, 2013.

ROSSI G., *Le energie rinnovabili fra complessità organizzative e procedimentali*, in A. MACCHIATI, G. ROSSI (a cura di), *La sfida dell’energia pulita*, Bologna, 2009, 185.

ROSSI G. (a cura di), *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2017.

RUGGERI G., ADAMI S., *Lo sviluppo dell’energia idroelettrica in Italia*, in *L’acqua*, 2011, 6, 69.

SAITTO F., *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il “principio generale della liberalizzazione” tra Stato e Regioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2012.

SALVIA F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, 2, 1998, p. 235.

SANDULLI A.M., *La tutela del paesaggio nella Cost.*, in *Riv. giur. edilizia*, 2, 1967.

SANDULLI M. A., *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull’uso di una risorsa strategica*, in www.federalismi.it, 24, 4 dicembre 2013.

SARTORETTI C., *La “materia” ambiente nel nuovo Titolo V, Parte II, della Costituzione: fra unità dell’ordinamento e separazione delle competenze*, in L. MEZZETTI (a cura di), *La Costituzione delle autonomie. Le riforme del Titolo V, Parte II della Costituzione*, Napoli, 2004, 405.

SCALIA F., *Il carattere di materia trasversale della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema e la potestà legislativa regionale in materia ambientale (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 12 aprile 2017, n. 77)*, in www.giustamm.it, 6, 2017.

SCOCA F. G., *Osservazioni sugli strumenti giuridici di tutela dell’ambiente*, in *Dir. e Società*, 1993, 399.

- SCOVAZZI T., *Le azioni delle generazioni future*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1995, 153.
- SERAFINI G., *Economia della sostenibilità*, in C. A. SIRIANNI (a cura di), *Gestire l'ambiente*, Milano, 1999.
- SILVESTRI M., *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione*, *Gentes*, II, 2, 2015, 21.
- SORRENTINO F., *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. Tar*, 3, 2004, 895.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., voce *Nazionalizzazione (disciplina interna)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1965.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, 87.
- SPANTIGATI F., *Valutazione giuridica dell'ambiente*, Padova, 2002.
- SPANTIGATI F., *Le categorie giuridiche necessarie per lo studio del diritto dell'ambiente*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2, 1999, 221.
- STIGLITZ J. E., *Economia del settore pubblico*, vol. I, Milano, 2003.
- STIPO M., voce *Nazionalizzazione*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990.
- TALLACCHINI M., *Diritto per la natura*, Torino, 1996.
- TIEZZI M., N. MARCHETTINI, *Che cos'è lo sviluppo sostenibile?*, Roma, 1999.
- TODARELLO F., NOVELLI F., *Le concessioni di (piccole) derivazioni ad uso idroelettrico*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 95.
- TORRETTA P., *Responsabilità intergenerazionale e procedimento legislativo soggetti, strumenti e procedure di positivizzazione degli interessi delle generazioni future*, in R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, Napoli, 2008.

- TOSOLINI C., *Regioni ordinarie ed energia elettrica: il ruolo della legislazione*, in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di) *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Trento, 2009, 107.
- TRAVI A., *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi della concorrenza*, in M. DE FOCATIS E A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 49.
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014.
- VALENTINI S., *L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Milano, 1987, 237.
- VALOTTI G., DONATI F., *Atti del convegno "Idroeuropa? il regime delle concessioni idroelettriche in Europa: lo stato dell'arte, problemi, quali gli insegnamenti da trarre?"* a cura di VILLELLA V., in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 27 Maggio 2014.
- VENTIMIGLIA C., *La "smaterializzazione" dell'ambiente: la "prevalenza" statale offusca la leale collaborazione*, in *Urbanistica e appalti*, 1, 2010, 61.
- VIOLINI L., *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e strict scrutiny*, *Le Regioni*, 2, 2004, 587.
- VIPIANA P. M., *La disciplina delle energie rinnovabili: modelli procedurali a confronto*, in *Quaderni regionali*, 2, 2011, 465.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., *Diritti per forza*, Torino, 2017.
- ZANINO R., *L'inserimento sul territorio degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili ed esempi di scelte regionali*, in www.giustamm.it, 11, 2011.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, III ed., vol. IV, Milano, 1948.