

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

ANNO 2013/NUMERO 1



G. Giappichelli editore

INDICE

ARTICOLI

PAOLO DURET, *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam* Pag. 2

MONICA COCCONI, *Pianificare e regolare l'energia elettrica da fonti rinnovabili* Pag. 67

NOTE A SENTENZA

BEATRICE ROSSI, *Gli accordi integrativi del provvedimento amministrativo in tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili: inerzia o ritardo della p.a. e conseguenti responsabilità (nota a sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 5000)* Pag. 103

OSSERVATORIO

STEFANO FANETTI, *Le fonti energetiche rinnovabili in Lombardia: tra programmazione regionale e semplificazione delle procedure amministrative* Pag. 139

INDEX

ARTICLES

PAOLO DURET, *Taking “commons” seriously: gleaning about the environment as a common good and legitimatio causam* Pag. 2

MONICA COCCONI, *Planning and regulating the renewable electric energy* Pag. 67

NOTE A SENTENZA

BEATRICE ROSSI, *Supplementary agreements on systems powered by renewable sources: p.a.'s inaction or delays and related liabilities (note to Council of State's judgement, Sec. V, 14 October 2013, no. 5000)* Pag. 103

OSSERVATORIO

STEFANO FANETTI, *Renewable energy sources in Lombardia: between regional planning and the simplification of the administrative process* Pag. 139

ARTICOLI

PAOLO DURET*

Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam

Sommario: 1. *Il riscatto della res*; 2. *I “beni comuni”: una nozione in cerca di autore*; 3. *Le realtà soggiacenti: res in usu publico, res communes omnium e ruolo del cittadino*; 4. *I segnali di un cammino (ovvero: dell’“ordine catallattico” e della sussidiarietà)*; 5. *Segue: oltre la dicotomia uti singulus/uti civis (ovvero: del Giano bifronte)*; 6. *Segue: dalla struttura al ruolo e alla funzione*; 7. *I recenti sviluppi della giurisprudenza europea: verso le “magnifiche sorti e progressive”?*

1. *Il riscatto della res*

Una recente significativa pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana¹, attribuisce *os ad loquendum* nel processo amministrativo alle *articolazioni periferiche* delle associazioni ambientaliste nazionali (quelle articolazioni sinora sovente arrestate sulla soglia di tale «sacro recinto»² nel quale, invero contraddittoriamente, sono state con più magnanimità accolte le mere *associazioni ambientaliste locali*)³ sulla

* Università degli studi di Verona.

¹ CGA per la Regione Siciliana, 16 ottobre 2012, n. 933.

² Mutuo l'espressione da M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 403.

³ Cfr., in proposito, le recenti considerazioni di F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2012, pp. 116-117, il quale, ricordando il «ripetuto insegnamento» (ad es. Cons. Stato, IV, 10 ottobre 2007, n. 5453) che nega l'accesso al giudizio alle articolazioni locali delle associazioni nazionali «in quanto, sembra di capire, per esse il criterio legale di legittimazione [di cui all'art. 13, co. 1, l. 349 del 1986] prevarrebbe, assorbendolo, sul criterio giurisprudenziale, con la conseguenza che solo gli organi nazionali sono legittimati a ricorrere», condivisibilmente chiosa che «[...] non appare certo sicura la coerenza dell'orientamento in questione con la ben più generosa posizione nei confronti delle associazioni locali (nella sostanza, la distanza tra l'articolazione locale di un'associazione nazionale ed invece un'associazione locale è assai labile, tanto che spesso, anche sul piano formale, le due nature possono coesistere) [...]». L'«incoerenza della soluzione del giudice amministrativo» è da ultimo stigmatizzata anche da M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo. Spunti dalla comparazione con lo standing a tutela di environmental interests nella judicial review statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2013, pp. 753-754, che richiama in tema TAR Lombardia, IV, 15 dicembre 2008, n. 5786, pubblicata con nota critica di

premessa di un'affermata autonomia tra legittimazione processuale *legale*, spettante solo alle strutture nazionali, e legittimazione *sostanziale*, viceversa riconoscibile *anche* alle articolazioni suddette.

La sentenza contiene argomentazioni che offrono lo spunto per una più ampia riflessione: a detta del CGA, infatti, accogliendo una soluzione negativa «*la fondamentale attività di tutela degli interessi relativi a beni collettivi e comuni – essenzialmente assicurata nel panorama istituzionale nazionale proprio dal sistema giurisdizionale amministrativo – risulterebbe gravemente menomata in conseguenza della preclusione dell'accesso ai suddetti rimedi giurisdizionali da parte delle associazioni ambientaliste le quali, in generale molto meglio delle singole persone fisiche, sono in grado di cogliere la dimensione superindividuale degli interessi tutelati e delle relative lesioni ascrivibili ad atti amministrativi (in ipotesi) illegittimi*».

Impregiudicata, per il momento, la fondatezza di quest'ultimo assunto - ossia l'asserita superiorità di una legittimazione "strutturata" su scala associativa piuttosto che individuale - e della riconduzione del "sistema giurisdizionale amministrativo" in un paradigma di essenziale "garanzia processuale" di tutela degli interessi ruotanti intorno ai beni collettivi e comuni, paradigma che ritroveremo presupposto in una significativa e quasi coeva pronuncia della Corte di Giustizia⁴, ciò che qui rileva maggiormente evidenziare è proprio la testuale emersione in materia ambientale del lemma e della categoria *beni comuni*⁵ - di cui si conferma così «l'irresistibile ascesa»⁶ - e più

A. MAESTRONI, *La legittimazione ad agire delle articolazioni territoriali di associazioni individuate ex art. 13 L. 349/1986. Un falso problema: il caso Legambiente Lombardia Onlus*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 3-4/2010, pp. 601 ss.

⁴ Si tratta dell'importante sentenza della Corte (Grande Sezione) 8 marzo 2011, in causa C-240/09 - sulla quale si ritornerà nella parte finale di queste riflessioni.

⁵ Per alcuni saggi classici sul tema dei beni comuni, o *commons*, o *common pool resources*, anche nella prospettiva della dottrina economico/scientifica, cfr.: G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, Vol. 162, No. 3859 (1968), pp. 1243-1248; C. M. ROSE, *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom and Inherently Public Property*, in *Univ. Chicago Law Review* (1986), pp. 711 ss.; M. A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 111, (1997), pp. 622 ss.; E. OLSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990; *Governare i beni collettivi*, ed. it., Marsilio, Venezia, 2006; C. HESS, *Mapping the New Commons*, 2008.

⁶ Cfr. S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *federalismi.it*, n. 7/2013. Non mancano, peraltro, voci dissonanti nei confronti della categoria in esame anche nella recente letteratura: cfr., ad es., E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-

specificamente la connessione della relativa problematica con quella della *legitimatio ad causam*, segnatamente in senso ampliativo della medesima⁷.

D'altra parte, anche con riguardo alla legittimazione dei privati ricorrenti, e dunque al di fuori della declinazione che il tema della legittimazione assume con riguardo al fenomeno associativo, tale *condizione dell'azione* viene tradizionalmente «ancorata alla “connessione con la *res*” sulla quale incide l'azione amministrativa [...]»⁸, ciò che viene sovente riassunto nel concetto-chiave di *vicinitas*, segnatamente intesa «*quale stabile e significativo collegamento di una persona fisica con la zona il cui ambiente si intende proteggere [...]*»⁹.

Anche qui ci si può dunque interrogare su quali contorni possa assumere tale legittimazione al *variare dei termini* di questa “connessione”, com'è sottinteso nella tematica dei “beni comuni”.

Ci si può domandare cioè quali ripercussioni possano determinarsi quando la *res*, meglio: il bene, sia riscattato dal ruolo di mero «pedistallo» del soggetto, «ombra dell'individuo proprietario a livello delle cose»¹⁰, «realtà

Bari, 2013 (su cui cfr., peraltro, gli ulteriori rilievi critici di A. DANI, *Beni comuni utopistici e reazionari?*, pubblicato il 6 maggio 2013 in www.diritticomparati.it).

⁷ Osserva P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *GiustAmm.it*, n. 5/2012, p. 5, nota 14, che «[a]i beni comuni fa talora riferimento anche la giurisprudenza amministrativa, non tuttavia al fine di ampliare le possibilità di tutela delle situazioni soggettive che ad esse si correlano», richiamandosi a TAR Toscana, II, sentenza n. 592/2010.

⁸ Così, di recente, TAR Umbria - Perugia, I, 2 ottobre 2012, n. 400.

⁹ Così ancora TAR Umbria, n. 400/2012, cit., con richiamo a Cons. Stato, V, 26 febbraio 2010, n. 1134. Si arriva così talora a postulare «l'identità tra il requisito della *vicinitas* e quello della *legitimatio ad causam*», come osserva, sia pure in riferimento alla materia urbanistica, e segnatamente a TAR Toscana, III, n. 360 del 2012, F. R. MAELLARO, *La legittimazione al ricorso in materia urbanistica*, in *Giur. merito*, n. 7-8/2012, p. 1499; secondo la stessa sentenza del TAR Umbria appena richiamata, d'altra parte, la *vicinitas*, nei termini dianzi precisati, «fonda la legittimazione al ricorso in quanto enuclea la titolarità di una posizione giuridica differenziata rispetto alla collettività indifferenziata [...]».

¹⁰ Così per riprendere le suggestive recenti parole di P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc.*, n. 4/2012, p. 1063. Anche A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano: “invenzione” di un modello?*, in *L'acqua e il diritto*. Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento (2 febbraio 2011), G. SANTUCCI - A. SIMONATI - F. CORTESE (a cura di), Università di Trento, 2011, p. 139, rileva l'esistenza di «una concezione soggettivistica del fenomeno giuridico» nella quale «[...] tutte le entità della realtà non suscettibili di appropriazione da parte di un soggetto pubblico o privato sfuggono per ciò stesso dall'ambito del giuridico» nella pandettistica ed anche nella romanistica degli inizi del Novecento, ed una conseguente precomprensione di quella categoria delle *res communes omnium* propria del diritto romano sulla quale si ritornerà nel prosieguo di queste considerazioni. È stato

esterna [...] neutra, amorfa», «realità senza qualità», per acquisire, come bene *comune* appunto, una qualità determinante, che sposta l'angolo di osservazione in direzione di una realtà che, viceversa, è «sempre necessariamente entità relazionale»¹¹.

Si tratta così *in apicibus* di situare la problematica nel contesto di un «rinnovato rapporto con la cosa»¹², con la concreta, fattuale realtà fenomenica, oltre quella *separazione fra soggetto ed oggetto* che caratterizza «la logica meccanicistica e riduzionistica tipica dell'Illuminismo»¹³ e, più in generale, oltre quel paradigma riduzionistico, talora ascritto alla cesura della modernità, che dall'*uomo*, globalmente concepito, approda al *soggetto* e ad una «metafisica non più dell'essere, ma della soggettività»¹⁴, per recuperarne la dimensione di entità, simmetricamente ai beni, «sempre necessariamente relazionale».

2. I «beni comuni»: una nozione in cerca di autore

La categoria dei beni comuni, della quale qui si cercherà anzitutto di tratteggiare i profili ricostruttivi, sforzandosi di depurarla dall'aura ideologica che tali tratti spesso tende ad offuscare¹⁵, non è al momento consacrata in

da ultimo sottolineato il rovesciamento del rapporto giuridico che lega il proprietario al bene nel passaggio dalla tradizione di diritto demaniale all'ambito degli usi civici, nel quale «è il soggetto che è individuato dal bene e che, di conseguenza, “appartiene” al bene» (cfr. A. PINCINI (a cura di), *I beni immateriali e il rischio ambientale*. Resoconto della relazione del Prof. Eugenio Picozza all'incontro del 5 giugno 2013 presso l'Università degli Studi “La Sapienza”, in *GiustAmm.it*, n. 7/2013).

¹¹ P. GROSSI, *I beni*, cit., p. 1063 e p. 1060. Che i beni comuni esprimano «[b]eni e utilità [...] caratterizzati da una intrinseca relazionalità [...]» è ricordato altresì da P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit., p. 4. Rimarca una «struttura relazionale» tra gli uomini e le cose anche P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *federalismi.it*, n. 25/2011, p. 10, il quale, richiamandosi a S. COTTA, voce *Soggetto di diritto*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 1213 ss., specie pp. 1221 ss., evoca una corrente di pensiero che da Leibniz si spinge a Husserl e a Wittgenstein.

¹² A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e diritto privato*, n. 2/2012, p. 652, ove si auspica «[...] una prospettiva che nega all'uomo la propria separazione dalla realtà fenomenica ma vi ristabilisce piuttosto un rapporto di immedesimazione, volto a ricomprendere soggetto e oggetto in un'unica e inscindibile dimensione vitale».

¹³ Così U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari, 2011, p. 52.

¹⁴ Ci si richiama qui alle considerazioni di E. CASTRUCCI, *L'ordine convenzionale. Premessa teoretica*, in *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, vol. I, Milano, 2003, pp. 13 ss.

¹⁵ Si pone così concretamente il rischio, conclusivamente paventato da T. BONETTI, *I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra “mito” e “realtà”*, in *Aedon*, n. 1/2013, pp. 4-5, che la

espressa definizione di diritto positivo¹⁶, ma uno sforzo in tale direzione, come noto, era stato effettuato dalla Commissione Rodotà, approvata nel 2008 ad uno schema di disegno di legge delega per la novellazione della disciplina codicistica dei beni “pubblici”.

Nel contesto di una rimeditata tassonomia di tali beni che muove, all'inverso del tradizionale percorso, «dai beni ai regimi» e dall'individuazione dei primi secondo i differenziati «fasci di utilità»¹⁷ e quindi la *funzione*¹⁸, che essi esprimono, così da radicarsi in criteri sostanziali, espressione del «primato dell'ordine fenomenico»¹⁹ e della “natura delle cose”, la proposta di articolato in questione, riscattando le cose dalla «neutralità del frammento muto del cosmo»²⁰, attribuisce la qualifica di “beni comuni” alle «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo

vicenda dei beni comuni abbia a «tradursi, per dirla con Shakespeare, nell'ennesima “(...) favola piena di rumore e furia, che non significa nulla”».

¹⁶ Ciò non esclude che il lemma trovi riconoscimento saltuariamente nella legislazione regionale: cfr., ad esempio, gli artt. 1 e 3 della l. r. Toscana, n. 1 del 2005. Un riferimento testuale ai «beni e risorse comuni» (riferiti ad aria, terra, acqua, flora e fauna) si ritrova nel recente Statuto della Regione Veneto (cfr. l. r. Stat. 17 aprile 2012, n. 1, art. 8, comma 1), mentre l'art. 4 della l. r. Veneto 10 agosto 2012, n. 30, sugli “ecomusei” introduce la formula di “beni di comunità”.

¹⁷ Così si afferma nella *Relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega*, reperibile in forma estesa su www.astrid-online.it, e, in forma sintetica, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona, 2011, pp. 164 ss. Il lessema utilizzato evoca assonanze (forse si ricollega volutamente) con l'espressione inglese *bundle of rights*: a questo proposito S. SETTIS, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 75, ricorda che «[...] negli ambiti di *common law*, secondo una frequente immagine, più che un diritto di proprietà esiste un “fascio di diritti” (*a bundle of rights*) che si può rappresentare come una fascina di rami (*a bundle of sticks*), che possono essere separati e attribuiti a vari soggetti».

¹⁸ Sottolinea questo aspetto P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica Italiana*, in *federalismi.it*, n.19/2011, pp. 2-3, il quale poi, nel richiamare l'art. 811 c.c., soppresso dall'art. 3 del D.Lgs.Lgt. 14 dicembre 1944, n. 287, si duole che l'urgenza di abrogare il riferimento all'ordinamento corporativo avesse «impedito al legislatore dell'epoca di accorgersi della grave soppressione del riferimento alla “funzione economica del bene”» che campeggiava nel dettato dell'art. 811 stesso. Che i beni siano «riconosciuti comuni in base ad un processo di riconoscimento del valore sociale della loro funzione» è affermato da ultimo da N. GIANNELLI, *Beni comuni e servizi pubblici: utilità sociale e gestione democratica*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2013, p. 615.

¹⁹ Per l'espressione cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini*, 17, 1988, p. 364, richiamato da S. LIETO, «Beni comuni», *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, a. XLII, n. 2, 2011, p. 339, che la utilizza a proposito della figura della proprietà collettiva.

²⁰ Anche per questa immaginifica espressione cfr. P. GROSSI, *I beni*, cit., p. 1070.

della persona» (art. 1, comma 3, lett. c) dell'articolato), in evidente assonanza, assiologica prima che fonetica, con i canoni degli artt. 2 e 3 Cost.

A questa già pregnante definizione l'articolato fa seguire una progressione di ulteriori connotati della figura che ne evidenziano le varie dimensioni, suggerendo il collegamento con molteplici problematiche.

a) anzitutto si pone il legame con la *responsabilità intergenerazionale*²¹ e la dimensione *anche doverosa*, che tradizionalmente caratterizza il dibattito sui *commons* e segnatamente emerge, anche nei documenti più risalenti, in materia ambientale²²;

²¹ Prosegue infatti l'articolato affermando che «[I] beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future»

²² Si veda, ad es., la *Dichiarazione sull'ambiente umano* del 16 giugno 1972, il cui art. 1 sancisce che «l'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'uguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella disponibilità e nel benessere ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future», mentre l'art. 2 specifica che «le risorse naturali della Terra, ivi incluse l'aria, l'acqua, la flora, la fauna e particolarmente il sistema ecologico naturale devono essere salvaguardate a beneficio delle generazioni presenti e future». Tale *Dichiarazione* è richiamata da A. PALAZZO, *Cittadinanza, ambiente e Costituzione dei beni comuni*, in *Diritto e Processo*, n. 8/2012, pp. 221-222, per il quale «[l']indicazione dei beni comuni è già affermata concretamente in queste disposizioni che preludono ad una prima indicazione delle tutele con l'art. 10 della *Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo* del 14 giugno 1992, secondo cui «il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati ai diversi livelli» specificando che «sarà assicurato un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, compresi i mezzi di ricorso e di indennizzo». Con riguardo all'esperienza francese cfr., da ultimo, W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 22, il quale ricorda che tale ordinamento «riconosce la doverosità della conservazione dei beni ambientali, qualificati in termini di beni comuni, prevedendo espressamente che «*Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement*», richiamando altresì l'Art. L110-1, del *Code de l'environnement*, per il quale «I. *Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. II. Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé de générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs*». Sulla necessità di passare da un *antropocentrismo dei diritti* ad un *antropocentrismo dei doveri* in materia ambientale cfr. F. FRACCHIA, *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, *ibidem*, p. 155 (da ultimo cfr. ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della salute della persona umana*, Napoli, 2010, p. 70); anche secondo G. CORSO, *Categorie giuridiche e diritto delle generazioni future*, in A. ASTONE - F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009, Catanzaro, 2010, p. 9 ss. «il vestito dei diritti è troppo stretto per coprire la relazione tra noi e le generazioni future». Sotto altro profilo si è stigmatizzato, proprio con riguardo alla «retorica forte dei diritti

b) in secondo luogo si pone il legame della categoria con la «fruizione collettiva», che ne esprime l'essenza contenutistica, lasciando in penombra il profilo dell'appartenenza²³, in linea con quella concezione “oggettiva” dell'amministrazione e della sua attività di cui essa rappresenta la proiezione e l'inveramento a livello dei beni²⁴: non a caso la Relazione ha cura di precisare che i beni comuni «non rientrano stricto sensu nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone giuridiche pubbliche, ma anche a privati».

L'accento sul dato della fruizione, oltre ad aver fatto emergere le note della solidarietà e dell'accessibilità nello stesso istituto proprietario, in linea con il disegno di “rivoluzione promessa” insito nella Carta Costituzionale²⁵, ha

fondamentali» cui si ancora, come si è visto, la stessa definizione dei beni comuni operata dalla Commissione Rodotà, che «la tecnica dei diritti fondamentali gioca sul terreno individuale e perciò occulta o trascura la dimensione collettiva che dovrebbe invece connotare la gestione del bene comune», oltre a portare con sé «a sua volta l'occultamento dei conflitti che intorno ai beni comuni si agitano» (M. R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2011, pp. 116-117). Si rinvia all'ultimo paragrafo di queste riflessioni per quanto attiene alla Convenzione di Aarhus ed alla normativa europea.

²³ Secondo l'articolato, infatti, «[t]itolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge». Del resto già quell'autorevole dottrina che ne aveva percorso la nozione, come ricorda da ultimo P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit., p. 1, nota 1 e p. 2, nota 3, li aveva definiti come *beni a fruizione collettiva*, rispetto ai quali si ponevano non problemi di appartenenza, ma di ordine delle fruizioni (M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Mario Bulzoni, Roma, 1963, pp. 33 ss., ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 92 ss., e p. 102). Anche secondo L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 84, «[...] il punto sul quale è opportuno richiamare l'attenzione è l'indifferenza del regime dei beni comuni alla dimensione dell'appartenenza [...]».

²⁴ Cfr. in proposito il commento di M. RENNA al disegno di legge delega, *I “beni comuni” e la Commissione Rodotà*, pubblicato il 19 aprile 2009 in www.labsus.org, ed *amplius* ID., *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici* in G. COLOMBINI (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 23 ss., nonché in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2009, pp. 11-25.

²⁵ Rilevava già G. BERTI, *Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà*, in *Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-1977, p. 998, che «[l]a Costituzione apre [...] un processo di trasformazione, basato sulla solidarietà e sull'accessibilità da parte di tutti all'uso dei beni, condizione intermedia tra la proprietà come dominio e la proprietà popolare ovvero la non proprietà», osservando altresì, sul versante dei beni pubblici, che «quanto più la società prende le distanze dal soggetto pubblico proprietario e impone delle sue scelte, tanto più sarà ridotta la parte spettante al soggetto pubblico: il che è evidente nella proprietà collettiva, quando la titolarità formale dell'ente pubblico si stempera e si svuota di fronte all'uso collettivo» (ivi, p. 997). Sul tema dell'accessibilità insiste più di recente S. RODOTÀ nella *Postfazione (Beni comuni: una strategia*

riportato altresì in auge, specie nel recente dibattito, la nozione giusromanistica delle *res in usu publico*, mentre evidenzia a sua volta il legame circolare tra *commons* e comunità²⁶;

c) significativamente poi la perimetrazione concreta della categoria dei beni comuni, intesi come «beni a consumo non rivale, ma esauribile»²⁷ e pertanto destinatari di una garanzia rinforzata «idonea a nobilitarli», e segnatamente a «rafforzarne la tutela», pone subito in primo piano il legame con le risorse naturali²⁸ e quindi con il “bene ambiente”, di cui sembra così riconoscersi la consistenza materiale²⁹, superando quella più tradizionale

globale contro lo human divide) al già citato volume M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, pp. 311 ss., specie pp. 313-314.

²⁶ Cfr. M. R. MARELLA, *Il diritto*, cit., p. 114, secondo la quale «fra commons e comunità esiste una relazione per cui l'uno risulta costitutivo dell'altra e viceversa». Enfatizza il nesso della categoria in esame con la comunità, segnatamente la «comunità di utilizzatori del “comune”», nel contesto di una democrazia «fortemente legata al territorio», L. NIVARRA, *Alcune riflessioni*, cit., p. 86. In altra e più vasta accezione afferma S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione cemento*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 311, che «[d]ifendere il *bene comune* oggi vuol dire partire dalla nuovissima nozione giuridica di “comunità di vita”».

²⁷ M. RENNA, *I “beni comuni”*, cit. Da questo punto di vista è stato da ultimo rilevato come non sempre vi sia «coincidenza [...] tra la accezione di bene comune adottata dai giuristi e quella fatta propria dagli economisti, ossia i cd. *commons*; beni questi ultimi caratterizzati dalla non escludibilità e da una tendenziale rivalità nell'uso» (V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in *GiustAmm.it*, n. 9/2013, p. 2, con richiamo al già ricordato fondamentale contributo della Ostrom). Può essere significativo notare come l'accezione di “rivale” sia il risultato di un'astrazione rispetto ad un termine che nasce proprio in relazione al *rivus*, quindi ad una realtà ambientale, se è vero quanto suggestivamente ricorda di recente A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., pp. 117-118, ossia che tale termine, secondo l'etimologia proposta da Ottorino Pianegiani «in principio significò gli abitatori sulle sponde di un ruscello, ovvero chi all'uso delle acque di questo avesse insieme con altri diritto; e alle contese tanto facili a nascere per l'esercizio di un tal diritto, il vocabolo venne a significare competitore geloso e arrabbiato, specialmente in amore». Lo stesso Autore richiama altresì un frammento del Digesto nel quale «i *rivales*, intesi come fruitori del medesimo corso d'acqua, divengono *contententi* in quanto la reciproca affermazione di un diritto all'utilizzo della risorsa conduce ad un conflitto che il pretore risolve con la concessione ad entrambi di un rimedio speculare, in modo da pervenire ad una composizione giuridica della lite».

²⁸ Afferma infatti l'articolato che «[s]ono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate». Sulla configurazione delle “*natural resources*” come bene collettivo nello statunitense *Comprehensive Environmental Response Compensation Liability Act (C.E.R.C.L.A.)* del 1980 cfr. W. GIULIETTI, *Danno ambientale*, cit., p. 70.

²⁹ Cfr. in proposito W. GIULIETTI, *Danno ambientale*, cit., pp. 51-53, ove il richiamo a Corte cost. nn. 367 e 378 del 2007 e n. 225 del 2009. Osserva come sia «ormai imposto dal lessico giuridico europeo il riferirsi all'ambiente come ad una somma di risorse ambientali misurabili e quindi

giurisprudenza, anche costituzionale, che ne predicava la natura “immateriale”, ancorché unitaria³⁰. Anche qui il lontano, ma fertile, precedente è rappresentato dalla categoria romana delle *res communes omnium*, tanto più ove si convenga che questa abbia «senz'altro costituito il modello su cui, nei secoli successivi, si sono plasmate [...] le nozioni unitarie di ‘ambiente’ e di ‘bene ambientale’ [...]»³¹.

d) altrettanto significativamente l'articolato pone un legame della nozione “beni comuni” con una legittimazione diffusa sotto il profilo della tutela giurisdizionale alla quale «*ha accesso chiunque*», ancorché tale legittimazione appaia essenzialmente polarizzata sui «*diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione*» che dei beni medesimi costituiscono l'*ubi consistam*³². Da questo punto di vista la tematica in questione getta

dotate di una robusta fisicità» A. GAMBARO, *Note in tema di beni comuni*, in *Aedon*, n. 1/2013, p. 1.

³⁰ Cfr. L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 6 ss., ove anche il richiamo a Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, sulla qualificazione dell'ambiente come bene che non è idoneo a determinare «situazioni giuridiche di tipo appropriativo ma, appartenendo alla categoria dei c.d. beni liberi, è fruibile dalla collettività e dai singoli». Va precisato che la proposta della Commissione Rodotà includeva anche la riscrittura dell'art. 810 c.c., tale da includere nella definizione di “bene” anche le cose immateriali «*le cui utilità possono essere oggetto di diritti*», a proposito delle quali, peraltro, la Relazione citata mostra di fare riferimento essenzialmente «*ai beni finanziari o allo spettro delle frequenze*». Per una recente ricostruzione della problematica costituzionale relativa all'ambiente cfr. D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* (diretto da P. DELL'ANNO - E. PICOZZA), vol. I *Principi generali*, pp. 527 ss.

³¹ Così secondo la suggestiva indagine di L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente nella sua evoluzione storica. L'esperienza del mondo antico*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 110.

³² «*Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato*» (art. 1, comma 3, lett. c) dell'articolato). Sotto questo profilo, in verità, osserva P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit., p. 20, «non sembra ipotizzarsi un ambito di tutela nuovo, se si considera che già rispetto all'uso generale dei beni pubblici è da tempo pacifico che i singoli vantino un diritto a non essere impediti nell'uso dei beni stessi». Sottolinea come l'elemento caratterizzante la categoria dei beni comuni sia «la garanzia della fruizione collettiva, con l'attribuzione a tutti della tutela giurisdizionale», indicandosi così «la via per dare concretezza alla tutela civile degli “interessi collettivi”, sulla quale si interrogò a suo tempo la dottrina civilistica» C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata (a proposito di “Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni”, a cura di Maria Rosaria Marella)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 213. Che la questione della legittimazione sia stata risolta dalla Commissione Rodotà «riconoscendo (solo) la tutela inibitoria a chiunque possa fruire delle utilità dei *beni comuni* in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione» è affermato da A. DI PORTO, *Destinazione all'uso pubblico e beni comuni nella giurisprudenza ordinaria dell'Italia unita. Da ‘Villa Borghese’ (1887) alle ‘Valli da pesca veneziane’ (2011)*, in *La Magistratura ordinaria nella*

verosimilmente nuova luce su quella della *legittimazione popolare* che, a prescindere dai modelli stranieri spesso evocati³³, può rinvenire ancora una volta un pregnante radicamento nella tradizione romana, anche e proprio in relazione alla materia ambientale, ed ha già intersecato il percorso della contemporanea disciplina delle finitime materie del paesaggio e del patrimonio culturale, come ha ricordato un osservatore acuto ed appassionato quale Salvatore Settis, a proposito del disegno di legge Rava del 1909 e delle proposte della Commissione Franceschini³⁴.

e) conclusivamente, la già rilevata enfasi sulle note di *responsabilità/doverosità, oggettivazione, radicazione nella "natura delle cose"* e nel rapporto osmotico con la *comunità*, oltre il *public/private divide*³⁵,

storia dell'Italia unita. Atti del Convegno di Studi del CSM, Torino, 6 marzo 2012, Torino, 2012, p. 128, il quale ricostruisce puntualmente l'evoluzione (o, a tratti, l'involuzione...) della tematica della legittimazione sul versante della giurisdizione ordinaria, che non costituisce, beninteso, oggetto di queste riflessioni.

³³ Il pensiero corre in particolare all'istituto delle *citizens suits* introdotto nel *Clean Water Act*, nel *Clean Air Act* e poi via via nei vari *statutes* federali statunitensi in materia ambientale, come ricorda B. POZZO, *Responsabilità per danni all'ambiente: valutazioni giuridiche ed economiche*, in *Quaderni Crasl*, 2003, pp. 10 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici; in argomento cfr. inoltre il recentissimo ampio contributo di M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali*, cit., pp. 734 ss. Cfr., altresì, G. MASTRODONATO, *Tutela amministrativa dell'ambiente nel diritto dell'Unione europea e nel d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, Cacucci, Bari, 2012, specie pp. 192 ss, nonché S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione cemento*, cit., p. 310, nonché ID., *Azione popolare*, cit., p. 221, per richiami alla normativa brasiliana, boliviana e colombiana.

³⁴ Cfr. S. SETTIS, *Paesaggio Costituzione cemento*, cit., p. 310. Come ricorda l'autore, peraltro, il tentativo di inserire nel disegno di legge Rava la previsione secondo cui «[o]gni cittadino che gode dei diritti civili ed ogni ente legalmente riconosciuto potrà agire in giudizio nell'interesse del patrimonio archeologico, artistico e storico della Nazione contro i violatori della presente legge» si infranse contro l'opposizione del Senato e venne pertanto soppresso nella versione finale della legge n. 364/1909 (ivi, p. 118). Cfr., inoltre, il più recente scritto dell'Autore, intitolato proprio, come s'è già ricordato, *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Giappichelli, Torino, 2012, nonché il già richiamato contributo di A. DI PORTO, *Destinazione all'uso pubblico*, cit.

³⁵ Efficacemente P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit., pp. 3-4, osserva che «[i] beni comuni, irriducibili alla sfera "escludente" della proprietà privata, si collocherebbero però anche al di là del pubblico, in quanto si riferirebbero alla collettività in quanto tale, trovando così la loro ideale cornice costituzionale, oltre che negli articoli 2 e 3, anche nell'art. 118 e segnatamente nel principio di sussidiarietà orizzontale, che ne legittimerebbe l'affidamento della cura alle collettività interessate», nonché p. 8, ove si aggiunge che «[p]er molti versi, le posizioni favorevoli a una disciplina positiva dei beni comuni sembrano proporre di ripercuotere a ritroso quel cammino che ha portato all'entificazione pubblica dei domini collettivi, e ipotizzare una nuova emancipazione del collettivo dal pubblico [...]». Sostanzialmente in termini altresì V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, *Beni comuni*, cit., p. 2. Cfr. altresì A. CIERVO, *Beni comuni*, Ediesse, Roma, 2012, secondo il quale, come sintetizza A. RIDOLFI nella recensione *A proposito*

caratteristiche della figura, ne suggeriscono il legame con la prospettiva fondativa della *sussidiarietà* la quale è stata non a caso definita essa stessa come «capacitazione al governo di beni comuni»³⁶.

Queste note caratteristiche si rinvengono, almeno parzialmente, nell'ulteriore consacrazione che la figura in esame ha ricevuto, questa volta a livello giurisprudenziale, con le sentenze nn. 3665, 3811, 3938 del febbraio 2011³⁷ con le quali le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sull'ormai nota vicenda della valli da pesca nella laguna di Venezia³⁸ e che qui preme richiamare più per i passaggi argomentativi dai quali

di beni comuni (brevi considerazioni sul libro di Antonello Ciervo, Beni comuni, Ediesse, Roma, 2012), pubblicata in data 8 aprile 2013 in www.diritticomparati.it, «l'espressione beni comuni non indica una terza categoria giuridica a fianco di quelle tradizionali di beni pubblici e di beni privati, ma una vera e propria alternativa al rapporto dicotomico che si è venuto a creare tra le due nozioni [...]» e pertanto «[...] i beni comuni obbligano a superare la logica binaria e lo schema dualistico che ha dominato negli ultimi due secoli la riflessione giuridica e politica occidentale, in quanto esigono una diversa forma di razionalità, capace di incarnare i cambiamenti profondi che stiamo vivendo». Accenti fortemente critici nei confronti della teoria dei beni comuni proprio in relazione a questo profilo sono espressi nel recentissimo contributo di C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, pubblicato il 24 settembre 2013 in *Forum di Quaderni cost.*, ove si accusa tale teoria di condurre «verso una svalutazione del concetto di pubblico, in tutte le sue declinazioni, senza offrire alcuna valida alternativa né sul piano teorico né sul versante pratico, oltre a questa vaga idea che fa affidamento sulla pretesa capacità della società di autorganizzarsi e di poter così fare a meno del potere pubblico» (p. 7).

³⁶ Così C. DONOLO nell'editoriale *Sussidiarietà e beni comuni* pubblicato il 31 maggio 2010 in www.labsus.org. Cfr., in questa prospettiva, i vari saggi contenuti nel recente volume C. IAIONE - G. ARENA (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Carocci, 2012, ed il relativo commento di E. De Nictolis in www.labsus.org. Anche secondo L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni*, Donzelli, Roma, 2012, «[i] beni comuni sono l'orizzonte strategico entro cui collocare la ridefinizione di un nuovo modello di sviluppo ed entro tale orizzonte la sussidiarietà ha un ruolo essenziale [...]».

³⁷ Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 2011, n. 3665, su cui cfr. i commenti di S. LIETO, «*Beni comuni*», cit., pp. 331 ss., F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2011, pp. 1170 ss., C. M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 2506 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 16 febbraio 2011, n. 3811, con nota di C. FELIZIANI, *Il governo dei beni comuni tra categorie antiche e regole nuove*, pubblicata in www.labsus.org il 12 agosto 2011; Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2011, n. 3938, in *Giur. it.*, 2011, pp. 2499 ss., con nota redazionale (ivi, pp. 2503 ss.), ove richiamo anche alla sentenza n. 3939 della medesima data.

³⁸ A proposito della natura lagunare dei luoghi interessati dalla pronuncia stessa può forse essere significativo ricordare che, nei secoli passati, i Veneziani avevano rivendicato la propria libertà nei confronti dell'Imperatore del Sacro Romano Impero e del Pontefice Romano proprio in ragione di tale natura, dal momento che «[...] l'indipendenza di Venezia dalle due potestà veniva dal giuristi curiosamente giustificata col fatto che la città delle lagune sorgeva sul mare, il quale è *res communis*, non soggetto all'impero, né alla giurisdizione di principi e di pontefici» (cfr. F. SINI, *Persone e cose: res communes omnium. Prospettive sistematiche tra diritto romano e*

tali note traspaiono che per gli approdi, parzialmente contraddittori³⁹, ai quali le stesse pervengono.

Anzitutto nelle parole della Corte c'è un'insistenza sul registro dell'«*intrinseca natura o finalizzazione*»⁴⁰, delle «*intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico*» - dunque della “natura delle cose” - e sulle caratteristiche *oggettivo-funzionali* come criterio sostanzialistico di individuazione del bene “comune”.

Quest'ultimo è inteso, infatti, come quello che «*prescindendo dal titolo di proprietà*» risulta «*strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini*» (dell'*interesse generale* si potrebbe dire parafrasando il comma 4 dell'art. 118 Cost.) e caratterizzato «*da un godimento collettivo*», quindi nuovamente dall'aspetto della *fruizione*, o, sempre a prescindere «*dal titolo di proprietà pubblico o privato*», dalla sua funzionalità «*ad interessi della stessa collettività*».

L'enfasi sul «*dato “essenziale” della centralità della persona (e dei relativi interessi)*»⁴¹, colto nella sua dimensione olistica, che ne fa emergere

tradizione romanistica, in *Diritto@Storia.it*, n.7/2008, p. 6, con citazione di P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, 1, Milano, 1966.

³⁹ In proposito, si vedano in particolare le condivisibili osservazioni critiche di F. CORTESE, *Dalle valli da pesca*, cit., il quale conclusivamente chiosa che la Corte «“crea” un concetto completamente nuovo [*id est*: il bene comune], ma al solo fine di spiegare come esso possa giustificare la ri-affermazione di una nozione, quella di demanio, qualitativamente differente e tradizionale [...]» (ivi, p. 1177), nonché di P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit., p. 6, secondo la quale, peraltro, «[l]e conclusioni della Suprema Corte, la cui apertura verso i beni comuni è significativa anche se più formale che sostanziale, non si spingono fino a superare il modello pubblicistico e ad abbracciare una soluzione di rottura con la tradizione e tuttavia, a disciplina positiva invariata, difficilmente avrebbero potuto essere diverse».

⁴⁰ Secondo la Corte, infatti «[...] dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del “paesaggio”, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della “proprietà” dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività».

⁴¹ Da questo punto di vista un precedente significativo si può rinvenire nella sentenza 11 maggio 2009, n. 10741 della Sez. III civile della Cassazione, che, sia pure in differente ambito, afferma l'esistenza di un fenomeno di “depatrimonializzazione” del nostro ordinamento, in particolare civilistico, consistente «nell'attribuzione alla persona (in una prospettiva non individuale ma nell'ambito delle formazioni sociali in cui estrinseca la propria identità e l'insieme dei valori di cui è espressione) una posizione di centralità, quale portatrice di interessi non solo patrimoniali ma anche personali (per quanto esplicitamente previsto, tra l'altro, nello stesso testo

anche il profilo della doverosità⁴², e quindi del «*suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale*» funge da premessa all'affermata necessità di superare «*una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica*», anche se questa a sua volta viene ricondotta poi, più che alla valorizzazione della cittadinanza-collettività *tout court*, alla più tradizionale coppia Stato-apparato, Stato «*persona giuridica pubblica individualmente intesa*» e Stato-comunità, quindi ancora anzitutto «ente» sia pure «*esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività)*» e pertanto «*preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi*».

La Corte riconosce infatti che «*disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni*», e dunque rimanere a ben vedere imprigionati all'interno del cerchio magico della visione «patrimoniale-proprietaria», ed ancora che «*risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità*».

Tuttavia il profilo dell'appartenenza (e quindi anche della «*titolarità del bene in senso stretto*», sia pure edulcorata e rivisitata come «*appartenenza di servizio*») riaffiora poi, incanalato nell'alveo più consolidato della «*demanialità*»⁴³ ed in una discutibile duplicazione tra la collettività e quell'ente esponenziale al quale si vuole, in definitiva, assicurare il monopolio della realizzazione delle finalità che contraddistinguono il «bene comune»⁴⁴.

costituzionale, con particolare riferimento agli artt. 2 e 32)». Che «il tema della destinazione dei beni all'uso pubblico (o collettivo), a prescindere dalla titolarità, con la formula dei *beni comuni*» sia tornato alla ribalta del dibattito giuridico «anche grazie all'attenzione verso la persona» è rilevato anche da A. DI PORTO, *Destinazione all'uso pubblico*, cit., p. 142.

⁴² Si rimarca, infatti, come questa centralità della persona sia da «*rendere effettiva, oltre che con il riconoscimento di diritti inviolabili, anche mediante "adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"*».

⁴³ Secondo la Corte, infatti, «*la "demanialità" esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione*».

⁴⁴ Prosegue, infatti, la Corte: «*la titolarità dello Stato - collettività, vale a dire come ente espositivo degli interessi di tutti) non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario ma comporta per lo stesso gli oneri di una governance che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene*».

3. *Le realtà soggiacenti: res in usu publico, res communes omnium e ruolo del cittadino*

Se è vero che «il diritto è un sistema di segni, sia nel senso di tracce di una realtà soggiacente che di indicazioni o segnali di un cammino»⁴⁵, già l'abbozzo della figura dei “beni comuni” e delle relative problematiche schizzato nel precedente paragrafo suggerisce alcune “realtà soggiacenti” che, nei limiti di queste riflessioni, sollecitano un approfondimento.

Ciò vale, in particolar modo, per le nozioni romanistiche di *res in usu publico*, *res communes omnium*, *actiones populares* (ed *interdicta popularia*), non foss'altro che per muoversi in controtendenza, come di recente pare avvenire, rispetto ad un approccio che ha tradizionalmente visto la dottrina più sensibile a rivisitare le categorie consolidate, a fronte della palingenesi indotta dalla nuova fenomenologia ambientale, rivolgersi «piuttosto alla comparazione sincronica con altre esperienze contemporanee, *in primis* quelle statunitense e tedesca»⁴⁶ che all'analisi di quel diritto romano al quale, paradossalmente, prestano crescente attenzione Paesi di millenaria esperienza come la Cina, o di più recente emersione come il Brasile⁴⁷.

Va da sé che a questa “riscoperta” devono affiancarsi quanto meno due *caveat*: quello di guardarsi da un'eccessiva tendenza a «modernizzare gli istituti del diritto romano alla luce delle prospettive contemporanee»⁴⁸, leggendoli con occhiali o lenti deformanti del presente e piegandoli troppo disinvoltamente alla

⁴⁵ Così U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V-17, p. 210.

⁴⁶ Così A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., p. 175, in nota.

⁴⁷ Cfr. in proposito S. SETTIS, *Azione popolare*, cit., pp. 221-222, ove si ricordano «alcune recenti Costituzioni, come quella del Brasile (1988), dove l'*ação popular*, su esplicito modello romanistico, si applica al patrimonio pubblico e all'ambiente [...]», nonché ID., *Paesaggio Costituzione cemento*, cit., p. 310, ove l'Autore si chiede provocatoriamente «[v]edremo dunque l'*azione popolare* contro i devastatori del paesaggio operare, sulla scia del diritto romano, in Brasile e magari in Cina, e non in Italia?». Sull'esperienza romanistica si basano alcune ipotesi di azione popolari previste dal “*Codice Civile*” cileno del 1855, riguardanti, fra l'altro, la cura dei luoghi di pubblico uso, come ricorda M. MIGLIETTA, voce *Azione popolare*, in E. SGRECCIA - A. TARANTINO (a cura di), *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 704 ss.

⁴⁸ Cfr. I. FARGNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 145 e bibliografia ivi richiamata sul tema.

soluzione di esigenze della pratica giuridica del momento⁴⁹; quello, dal primo direttamente discendente, di leggere le categorie romanistiche «come un enunciato normativo in senso moderno, espressivo di una categoria sistematicamente inquadrabile in un sistema di *definitiones* ed assiomi univocamente delimitati nel loro valore e nella loro estensione»⁵⁰.

A queste premesse metodologiche di ordine generale si aggiunge evidentemente qui la necessità di limitare il pur significativo richiamo alle suddette nozioni, già di per sé ampiamente controverse ed oggetto di amplissima letteratura, a quanto strettamente funzionale al *thema disputandum*, curvato sul profilo della tutela e della sua spettanza.

Iniziamo da quella nozione di «*res in usu publico*»⁵¹, o «*res quae usibus populi perpetuo exposita sint*»⁵², o «*res quae publicis usibus destinatae sunt*»⁵³, nella quale si è ravvisata una perfetta coincidenza con il concetto moderno di “beni comuni” - intesi, come s’è visto, quali beni a fruizione collettiva - ed alle caratteristiche della quale si è pertanto guardato anche per individuarne una disciplina giuridica⁵⁴.

Recente dottrina ha argomentatamente dimostrato l’emergere delle *res in usu publico* come sottocategoria delle *res publicae*, contrapposta alle *res in patrimonio populi o fisci o aerarii*: si è ipotizzato in particolare che la nozione di *usus populi* o *publicus* sia venuta storicamente determinandosi «a partire

⁴⁹ Ciò vale in particolare per la categoria delle *res communes omnium*, la cui strumentalizzazione «al fine di risolvere esigenze poste dalla pratica giuridica è tanto ricorrente in quanto trattasi [...] di categoria dai contorni sfumati, idonea a diverse ricostruzioni e ad applicazioni in diversi contesti», come stigmatizza A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., p. 130, in nota, richiamandosi anch’egli alla fondazione dell’indipendenza della Repubblica di Venezia da parte di Baldo o alla contesa tra Selden e Grozio sullo statuto giuridico del mare.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 142.

⁵¹ D. 18. 1.6 pr. (Pomponius libro nono ad Sabinum): *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeatur, ut est Campus Martius.*

⁵² Inst. 3.19.2: *Idem iuris est, si rem sacram aut regiosam, quam humani iuris esse credebat, vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sint, ut forum vel theatrum.*

⁵³ D. 50.16.17 pr. (Ulpianus libro decimo ad edictum): *Inter "publica" habemus non sacra nec religiosa nec quae publicis usibus destinatae sunt: sed si qua sunt civitatum velut bona. Sed peculia servorum civitatum procul dubio publica habentur.* Giova ricordare che, sulla base di queste definizioni, le *res in usu publico* comprendevano: «1) i *loca publica*, cioè (secondo quanto insegnava il grande giurista Labeone [...]) agri, aree urbane, edifici, vie, piazze; 2) i fiumi pubblici; 3) le cloache pubbliche» (F. SINI, *Personae e cose*, cit., p. 6).

⁵⁴ Cfr. P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche idea valida per gli studiosi odierni*, in *federalismi.it*, n. 14/2012, p. 14 e p. 21.

dalla predisposizione di un apparato di rimedi di natura interdittale a tutela di talune *res*, originariamente indicate col generico *nomen* di *res publicae* e considerate sottratte ai traffici privati in virtù di un generico loro intitolamento alla collettività»⁵⁵.

Si tratterebbe di una categoria di *res* individuata sulla base di criteri di tipo *oggettivo* o *funzionale*, e dunque di «un contenuto obiettivo, dato da note di scopo e di regime, più che dalla subiettiva riferimento»⁵⁶, ovvero di «una categoria di beni la cui natura pubblica deriva non tanto dal rapporto di pertinenza a enti

⁵⁵ A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., p. 148, ove anche il richiamo al seguente illuminante passo di B. BIONDI, *La struttura romana delle servitutes*, Milano, 1938, p. 563: «L'uso pubblico incomincia a prendere consistenza giuridica quando le *leges*, e poi soprattutto il pretore, accordarono tutela giuridica contro ogni turbativa degli stessi singoli. Oltre l'esercizio di qualche mezzo giuridico generalissimo, come l'*actio iniuriarum*, ed i provvedimenti amministrativi della pubblica autorità, abbiamo tutta una lunga e minuziosa serie di interdetti "*publicae utilitatis causa*" [...]. Questi interdetti mirano ad assicurare al singolo l'uso della *res publica* conformemente alla sua destinazione contro ogni invasione e menomazione [...]. In tal modo l'uso del singolo sulla cosa pubblica viene attratto nell'orbita del diritto». Anche a p. 144 il recente saggio in esame si focalizza sull'*usus publicus* (o *communis*) come «paradigma orientativo di sviluppo del pensiero romano in tema di *res publicae*, idea ordinante che condusse la giurisprudenza romana a isolare all'interno della indistinta categoria delle *res* sottratte a rapporti privati tanto la categoria delle *res in usu publico* (tra cui i *flumina*) quanto quella delle *res communes omnium*», precisando che «[c]on tale espressione i giuristi romani non intendevano infatti riferirsi a un diritto sostanziale di appropriazione dei beni stessi, quanto all'esperibilità di una serie di rimedi privatistici volti a regolamentare i possibili conflitti di interesse nascenti dall'accesso a determinati beni al di fuori di un paradigma proprietario, sebbene non insensibile ai possibili interessi particolari allo sfruttamento del bene stesso». Anche P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano*, cit., pur ipotizzando che la tutela delle *res in usu publico* abbia avuto luogo antecedentemente alla tutela interdittale, nel precedente sistema delle *legis actiones* (p. 10), afferma che tali *res* «ebbero la loro tutela giuridica con il *ius honorarium*, che, da un lato, prevede un articolato sistema interdittale, riferito all'uso pubblico dei *loca publica*, delle *viae*, dei *flumina*, e dei *litora*, databile alla fine del III secolo a.C., e dall'altro prevede, nel I secolo a.C., una "*actio iniuriarum aestimatoria*" a tutela dell'uso da parte di chicchessia degli stessi beni comuni testé ricordati» (p. 9); cfr., inoltre, p. 30, ove si sostiene che «il pretore ha utilizzato un criterio casistico per tutelare l'uso comune di singoli beni particolarmente rilevanti per la vita cittadina, e per i commerci in particolare, mentre lo stesso uso comune trovava una tutela generale nella previsione dell'*actio iniuriarum*» e p. 33 per l'osservazione secondo cui «[i]n alcuni casi particolari il pretore tutelò direttamente l'uso dei [...] beni, rafforzando così la tutela offerta dall'*actio iniuriarum* [...]». Molto più spesso, invece, il pretore concesse i suoi interdetti per tutelare direttamente il bene in sé, e non la libertà d'uso dei singoli, e cioè, come si è detto, le strade, i fiumi, ed i lidi»

⁵⁶ Cfr. A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., p. 151, con citazione da F. VASSALLI, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano*, in *Studi senesi*, XXV, 1908 (ora in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pp. 3 ss.).

non privati, quanto dall'uso comune e gratuito consentito ai singoli»⁵⁷, il che, con tutte le cautele metodologiche che son state premesse, sembra presentare più di un'analogia con quell'approccio oggettivo che sottende, come s'è anticipato, anche la più recente nozione di "beni comuni"⁵⁸.

La nota più significativa è che la richiamata tutela interdittale fa sì che il regime delle *res in usu publico* venga in definitiva a differenziarsi, rispetto a quello delle altre *res publicae*, proprio in ragione del «ruolo attivo, di potere e di responsabilità, svolto dal cittadino in quanto tale nella tutela delle *res stesse*»⁵⁹.

⁵⁷ Così E. CORTESE, voce *Demanio (diritto romano)* in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 73, richiamato da A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., p. 152.

⁵⁸ La tesi surriferita, secondo la quale «per quanto riguarda i beni *in usu publico*, occorre partire da una prospettiva oggettivistica» è stata criticata ancor più di recente da chi ha sostenuto invece la «[n]ecessità di parlare prima dell'appartenenza dei beni comuni e poi del loro uso» (P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano*, cit., p. 28). Si tratta, tuttavia, di un'appartenenza *sui generis*, che anche in quest'ultimo Autore si configura, in definitiva, come «appartenenza riferita unicamente all'uso», come «appartenenza a tutti, ai fini limitati del'uso comune», come una "appartenenza" «che non esprime il significato di dominio, ma implica una sorta di interscambio tra soggetto ed oggetto, per cui la cosa offre al soggetto la sua utilità d'uso, ed il soggetto è tenuto a conservare la cosa nel suo stato naturale, in modo che possa essere utilizzata anche dalle future generazioni» (ivi, p. 38 e p. 12).

⁵⁹ A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*. *Linee di una indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, p. 514, ma cfr. altresì p. 489 e p. 506, nonché pp. 507 ss. per l'illustrazione dei vari interdetti popolari. Nello stesso senso cfr. G. IMPALLOMENI, *Appunti dalle lezioni di storia del diritto romano*, Padova, 1993, p. 7. Particolarmente importante è risultata, agli occhi della moderna dottrina romanistica, l'interpretazione estensiva innovativamente offerta a taluni interdetti dal già richiamato giurista Labeone, nel quale si è così rintracciata quasi una sensibilità "ambientalista" *ante litteram*, con una sorprendente attenzione ai vari profili di inquinamento che il crescente sviluppo della società romana e gli incipienti processi di urbanizzazione ormai venivano determinando. Si è così sottolineata la sua «grande sensibilità per la preservazione della *salubritas* ambientale, soprattutto in vista degli interessi dei singoli cittadini e proprietari, ma in alcuni ambiti anche in attenta considerazione della *publica utilitas*» (L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 93). In tema cfr. soprattutto A. DI PORTO, *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza*. I, *Il ruolo di Labeone*, Milano, 1990, pp. 99 ss.; più recentemente cfr. ID., *Inquinamento e tutela delle res publicae. Sulle origini di un problema*, in *www.cupl.edu.cn*, pp. 5-6, ove sinteticamente si ricorda, fra l'altro, che «il giurista sostiene l'applicazione dell'interdetto *quod vi aut clam* ad ogni forma di inquinamento del "patrimonio idrico del fondo"», nonché dell'interdetto *ne quid in flumine publico ripave eius fiat quo peius navigetur* «ad ogni forma di uso comune dei fiumi ed a qualsivoglia intervento sui fiumi stessi (navigabili e non navigabili, pubblici e privati) tali da rendere comunque *deterior* l'iter *cursus fluminis* [...]» ed offre un notevole contributo anche in tema di inquinamento dei *loca publica*, facendo intravedere attraverso ciò «pure le grandi linee di una più generale concezione di tutela della salubrità dei *loca publica*, che affida al *civis*, attraverso gli interdetti popolari relativi, un ruolo di primo piano».

In realtà la tesi esaminata non sottovaluta la dimensione diacronica del problema.

Si distingue così anzitutto un “modello” repubblicano - caratterizzato dalla “popolarità” della tutela⁶⁰, polarizzata sull’uso comune, in «una sorta di “concorrenza-competizione” fra il cittadino in quanto tale e i magistrati volta a volta competenti»⁶¹ - sintonico con ideologia e principi di tale età ed armonizzato con una concezione del *populus romanus* come «un centro di imputazione nel quale avviene la unificazione di molteplici fasci di relazioni giuridiche che da esso si dipartono e che in esso convergono»⁶².

Un vero e proprio capovolgimento della situazione affermata nell’età repubblicana si realizzerebbe, viceversa, con il trascorrere verso un “modello” imperiale, quando il *populus* dismette i panni del protagonista per ridursi «a mera comparsa, a gregge di sudditi»⁶³, spostandosi così «l’asse intorno a cui ruotava tutto il sistema repubblicano delle imputazioni di natura “pubblicistica” dal *populus* al *princeps* o a particolari figure dell’organizzazione amministrativa imperiale», segnatamente attraverso la proliferazione di *curatores* per le diverse *res in usu publico*⁶⁴.

⁶⁰ È precisamente all’interno di questo modello che «[a]l cittadino in quanto tale è affidata buona parte della responsabilità della tutela» delle *res in usu publico*, realizzantesi, oltre che con la strumento citato degli interdetti popolari, anche con l’*operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, secondo A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., p. 518.

⁶¹ *Ibidem*, p. 519.

⁶² R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, p. 213, richiamato nuovamente da A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., p. 519.

⁶³ A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., p. 519, che si richiama ancora a R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 306. Cfr. altresì L. PEPPE, voce *Popolo (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1985, p. 327, il quale afferma che «quando i *cives* sono ormai *subiecti*, il *populus* come destinatario delle costituzioni imperiali *ad populum* non può che porsi solo come elemento personale dello stato imperiale».

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 519-520. In termini cfr., altresì, P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano*, cit., p. 11, ove, riferendosi a quella tutela interdittale che «presupponeva la partecipazione attiva del cittadino alla vita pubblica», si afferma che «[i]l cittadino, in altri termini, fu depositario dell’esercizio di una funzione pubblica, esercizio che durò almeno fino all’età augustea, quando si cominciò a far ricorso, per la conservazione e la gestione delle *res in usu publico*, ad appositi magistrati: i *curatores*. Tra i quali furono molto noti i *curatores aquarum, viarum et fluminum* [...]». Sul sovrapporsi al concetto di *utilitas communis*, preponderante in età repubblicana, del concetto di *utilitas publica*, a partire dalla fine del II secolo d.C. fino alle costituzioni di Giustiniano cfr. J. GAUDEMET, *Utilitas publica*, in *RHD*, 29, 1951, pp. 465, richiamato da F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, vol. I, *La struttura giuridica*, Jovene, Napoli, 2012, p. 67, in nota.

La “popolarità” qui si affievolirebbe, con un «passaggio dal “popolare” al “pubblico” (nel senso di pertinente all’amministrazione imperiale)» e la tutela dell’*uso comune* cederebbe progressivamente il posto a quella dell’*uso differenziato*, tendenzialmente riservandosi ai magistrati la tutela delle *res in usu publico* più importanti e conservandosi, viceversa, ai cittadini «l’*usus*, ma senza più il potere»⁶⁵.

Si è tuttavia revocato in dubbio che la rilevanza dell’*usus publicus* nel modello diffuso di tutela espressione della *virtus* repubblicana - prima che la «cannibalica estensione delle prerogative delle autorità statali» si associasse ad una degradazione entropica verso una riduzionistica prospettiva di tutela dei soli *rapporti individuali* sulle *res in usu publico* - implicasse necessariamente «un’omogenea protezione del solo interesse adespota alla generica utilizzabilità del bene da parte della collettività», e si è ravvisato, quanto meno in relazione agli interdetti riguardanti i *flumina publica*, un esempio «dell’intreccio di interessi di indole pubblicistica e spiccatamente privatistici che l’intervento pretorio in relazione alle *res in usu publico* doveva tenere in considerazione»⁶⁶.

Si è così giunti alla conclusione, che mi pare presentare particolare interesse in questa sede, di intendere «la particolare idoneità del bene ad un uso

⁶⁵ A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., p. 518 e p. 520, ove l’Autore aggiunge, a conclusione della sua indagine, che proprio a quest’ultimo filone «si ricollegheranno le moderne concezioni di bene pubblico, costruite secondo lo schema della proprietà individuale dello Stato-persona giuridica». La tesi che si è sintetizzata è confermata, da ultimo, con riferimento agli acquedotti pubblici, da F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, vol. II, *L’organizzazione giuridica*, Jovene, Napoli, 2012. L’Autore evidenzia anzitutto un modello di gestione idrica, fra l’età repubblicana e la prima età imperiale, all’insegna della “popolarità”, ossia «basato sul fondamentale ruolo delle persone (*rectius*: comunità di persone), cui sono attribuiti poteri che, in qualche caso, non sono dipendenti dalle *potestates* magistratuali» (cfr, pp. 63 ss., specie p. 79). A p. 158, poi, dopo aver richiamato la legittimazione popolare all’esercizio di azioni e interdetti, l’Autore registra un cambiamento delle caratteristiche di tutela degli acquedotti con l’età imperiale, dal momento che «[è] l’imperatore ora a gestirla; e lo fa avvalendosi del potere di approvare atti con forza di legge e di nominare i curatori che [...] sostituiscono i magistrati repubblicani, compreso, in determinati casi, il pretore. L’imperatore, quindi, assorbe i residui della *potestas populi* in materia di tutela delle acque condotte *in publico*. Ciò che resta, e per certi versi si rafforza, è il potere dei *singuli privati* di azionare gli strumenti processuali per la difesa dei loro interessi in materia di acque condotte». Così, anche secondo tale Autore, «[g]ià all’inizio dell’età imperiale è evidente l’esaurimento del cd. modello “popolare”. Emerge un modello nuovo, fondato sulla *imperatoria potestas*, in cui le persone tutelano i propri interessi sempre più *uti singuli* e sempre meno *uti cives*. Dalla *potestas populi*, insomma, alla *imperatoria potestas* che tutto assorbe perché, come scriveva Ulpiano (in D. 1. 4. 1 pr.), *cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat*» (ivi).

⁶⁶ A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., pp. 155-157.

non meramente individuale» come il presupposto per applicare una particolare tutela «di natura interdittale e caratterizzata dalla contemporanea considerazione di aspettative generali e individuali»⁶⁷.

L'*usus* (*publicus* o *communis*) - quale criterio “dinamico”, in contrapposizione a quello “statico” della pertinenza soggettiva⁶⁸ - funge anche da *trait d'union* con le *res communes omnium*, come «elemento dogmatico comune delle due categorie, che vale a differenziarle dalle *res privatae* e dalle *res publicae* comunque idonee a divenire private»⁶⁹.

La definizione della categoria risale, come noto, ad un frammento delle istituzioni del giurista Marciano, accolto dai compilatori nel Titolo VIII del libro I (*De divisione rerum et qualitate*) dei *Digesta*, il quale recita: «*Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia illa sunt: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*»; i compilatori l'hanno inoltre inserita, con qualche diversità testuale, nel titolo I del libro II delle *Istituzioni* dell'imperatore Giustiniano⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 177. Anche a p. 173 si sottolinea, con riguardo all'accesso al bene acqua, «l'eterogeneità degli interessi [...] contemporaneamente considerati dal pretore nell'apprestare la tutela interdittale: accanto alla tutela strettamente pubblicistica della navigabilità, perseguita attraverso la protezione dello *status* idrografico del fiume, vengono infatti in considerazione sia l'interesse collettivo a fruizione individuale all'accesso al bene fiume che quello strettamente individuale alla salvaguardia dei *commoda* goduti *uti singuli* dai proprietari dei fondi rivieraschi».

⁶⁸ Secondo N. DE MARCO, *I loci publici dal I al III secolo. Le identificazioni dottrinali, il ruolo dell'usus, gli strumenti di tutela*, Satura, Napoli, 2004, pp. 177 ss., «l'*usus communis* [...] sembra addirittura rintracciare l'aspetto che, in certo modo, unifica *res* riconducibili - in base al criterio essenziale, “statico” della pertinenza soggettiva, in senso lato - a categorie diverse ma accomunate - in base al criterio, per così dire, “dinamico” dell'*usus* e, quindi, dell'intrinseca idoneità ad un uso non particolare, non individuale - nella contrapposizione alle *res privatae*».

⁶⁹ A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., p. 179, secondo il quale anche «l'emersione storica della categoria delle *res communes* [...] - come la differenziazione tra *res in usu* e *in patrimonio populi* - sarebbe un prodotto del lavoro giurisprudenziale sul campo applicativo degli interdetti a tutela dei *locis publicis*, poiché deriverebbe dall'applicazione estensiva di tali interdetti a beni originariamente non ricompresi entro l'ambito applicativo delle clausole edittali». Parla delle *res communes omnium* come di una categoria «già *in nuce* configurata come categoria di beni idonei a soddisfare bisogni della comunità e preposti ad una fruizione collettiva» L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 109, la quale pure ricorda che Aristone applicò l'interdetto proibitorio *de viis* «anche al mare e alle sue rive, che erano [...] *res communes omnium*, inizialmente escluse dalla protezione interdittale» e che sempre al mare ed alle sue rive (oltre che, come s'è già visto, a tutti i tipi di fiumi) Labeone estese gli *interdicta de fluminibus publicis et de rivis* (ivi, pp. 93-94).

⁷⁰ *Inst.* 2. 1 pr.: «*Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur,*

A dispetto della collocazione al vertice della gerarchia delle *res*, che testimonia la «profonda socialità che ha sempre caratterizzato il diritto romano in tutto l'arco del suo sviluppo storico»⁷¹, quella delle *res communes* è stata talora bollata dalla dottrina romanistica come categoria «senza capo né coda»⁷² e talora deprivata di consistenza giuridica come concetto filosofico di derivazione meramente letteraria⁷³.

Tale categoria, per contro, consentiva di pervenire «ad una tutela assai ampia di interessi comunitari ed universalistici»⁷⁴, in sintonia con la scoperta dello *ius naturale*, ossia di un diritto «*quod natura omnia animalia docuit*»⁷⁵, un

*sicut ex subiectis apparebit. Inst. 2. 1. 1: Et quidem naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et edificiis absteat, quia non sunt iuris gentium, sicut et mare». Si veda, inoltre, la formulazione di Celso, in cui centrale appare appunto l'elemento dell'*usus*: D. 43. 8. 3. 1 (Celsus libro trigesimo nono digestorum) «*Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisque usus eo modo futurus sit*». Significativo anche il seguente passo di Ulpiano che ritiene il mare di uso comune come bene *commune omnium*: D. 47. 10. 13. 7 (Ulpianus libro quinquagesimo septimo ad edictum) «*Et quidem mare commune omnium est et litora, sicut aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi*». Nerazio Prisco, poi, parla del lido del mare come bene «pubblico» non nel senso dell'appartenenza al popolo romano, ma in quanto bene offerto dalla natura, alla stregua dei pesci e della selvaggina: D. 41. 1. 14 pr. (Neratio libro quinto membranarum) «*Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, domini fiunt*». Da questi dati si è tratta la conclusione che Marciano «non ha elaborato la base concettuale delle *res communes*; il suo apporto è stato forse quello di aver fatto di esse una vera e propria categoria di cose, distinte dalle pubbliche» (F. SINI, *Persone e cose*, cit., p. 3).*

⁷¹ F. SINI, *Persone e cose*, cit., p. 2, che si richiama a F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato* (1941), Giappichelli, Torino 1999.

⁷² TH. MOMMSEN, *Sopra un'iscrizione scoperta in Frisia*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, 2, 1889, p. 131.

⁷³ P. BONFANTE, Nota N in *Diritto delle Pandette*, vol. V, Torino, 1922; ID., *Corso di diritto romano*, cit. Non è forse casuale che, venendo ai giorni nostri, anche per sterilizzare quella categoria della sussidiarietà, sulla quale si ritornerà nel prosieguo di queste riflessioni, si sia assistito talora ad una sua derubricazione fra le «ragioni di ordine politico e sociale e non di ordine giuridico», così ipostatizzandola in un iperuranio di concetti metagiuridici, come espressione di un differente registro linguistico (cfr. la sentenza n. 526/2007 del TAR Veneto, successivamente confermata da Cons. Stato, V, 6 ottobre 2009, n. 6094, che tuttavia riconosce nella sussidiarietà un principio «non solo politico ma giuridico di primario rilievo nell'ordinamento nazionale»).

⁷⁴ F. SINI, *Persone e cose*, cit., p. 2.

⁷⁵ Cfr. il famoso testo di Ulpiano in D. 1. 1. 3, 4 e 6 pr. (Ulpianus libro primo institutionum) «*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium,*

diritto dunque a vocazione universalistica e connaturato a tutte le creature⁷⁶, espressione della nozione romana di *humanitas*⁷⁷.

Giova ricordare che l'aggettivo *communis-e* indica nella lingua latina «ciò che è ugualmente e contemporaneamente di tutte le persone o di tutte le cose» e che «la turbativa del singolo nel godimento delle *res communes omnium* si configurava come turbativa personale ed era repressa con l'*actio iniuriarum*»⁷⁸.

Si è anche sostenuto che la categoria in questione abbia costituito «una risposta, da una prospettiva giuridica pur ispirata da concetti filosofici, all'affermata politica di concessioni di *res publicae*, ed in particolare di *aqua publica*»⁷⁹.

È stato peraltro ricordato che, a differenza del regime molto più restrittivo delle *res publicae* (in quanto *res extra commercium humani iuris*), le

sed omnium animalium quae in terra, quae in mare nascuntur, avium quoque commune est, hinc descendit maris et feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris censi. Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur...Ius civile est...ius proprium».

⁷⁶ In questo approccio possiamo forse trovare una straordinaria anticipazione - sempre guardandosi dalla «pretesa pandettistica di “attualizzare il diritto romano”» (A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., p. 119) - quantomeno della recente sensibilità per gli “*animal rights*” che induce oggi persino a domandarsi, quasi provocatoriamente, «*Should trees have standing?*» (cfr. C. STONE, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, Oxford University Press, 1974). In argomento cfr., anche per richiami bibliografici, F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., p. 573, ove un accenno perplesso alla problematica di «proteggere gli elementi non umani della natura, cui non può essere riferito un diritto, senza evidenti forzature»

⁷⁷ Cfr. F. SINI, *Persone e cose*, cit., p. 4, ove il richiamo anche al seguente passo dal *De officiis* di M.T. Cicerone sulla necessità di concedere ad ognuno l'uso di quei beni comuni creati dalla natura per essere nella disponibilità di tutti: Cicero, *De Off.* 1. 52 «*Una ex re satis praecipit, ut, quicquid sine detrimento commodari possit, id tribuatur vel ignoto. Ex quo sunt illa communia: non prohibere aqua profluente, pati ab igne ignem capere, si qui velit, consilium fidele deliberanti dare, quae sunt iis utilia, qui accipiunt, danti non molesta. Quare et his utendum est et semper aliquid ad communem utilitatem afferendum*».

⁷⁸ F. SINI, *Persone e cose*, cit., pp. 3-4.

⁷⁹ F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, vol. I, cit., p. 118, ove si precisa che «[q]uesta categoria non si ergeva a negazione di tale politica, ma si poneva come una limitazione, in quanto vi sono *res* che non possono essere sottratte all'uso di tutti gli uomini». Da questo punto di vista si può di nuovo ipotizzare un parallelismo con la recente emersione dei “beni comuni”: a fronte dell'interrogativo circa le ragioni che possono aver determinato «l'esigenza di individuare una categoria altra rispetto a quella tradizionale dei beni pubblici», si è infatti sostenuto che «[i]n realtà, lo sforzo volto all'identificazione di questa categoria, al di là di una più o meno dettagliata previsione di beni specifici, va inteso in direzione dell'affermazione di un principio di indisponibilità assoluta di alcuni beni ritenuti essenziali all'esistenza di ciascun individuo» (S. LIETO, «*Beni comuni*», cit., p. 348).

res di cui qui ci occupiamo «in quanto entità per diritto naturale comuni e accessibili a tutti, il cui uso era libero, nel diritto romano classico erano beni non sottratti alla disponibilità dei privati, in quanto appropriabili da chiunque con la semplice occupazione»⁸⁰.

L'accento è sinora caduto essenzialmente su quella «specie di azione popolare» costituita dalla *tutela interdittale*, nella quale si è ravvisata la dimostrazione di quanto forte fosse «specie nell'epoca repubblicana, l'influenza del principio “tutto-parte”»⁸¹, ossia di quel concetto, ampiamente radicato nella mentalità giuridica dei Romani, in virtù del quale «il *civis* è tale perché è membro del *Populus* ed agisce, nello stesso tempo, nell'interesse proprio, e della Comunità di tutti i Romani»⁸².

Ciò suggerisce di allargare allora la considerazione, sempre nei limiti funzionali a queste riflessioni e da esse giustificati, anche alla tematica delle *actiones populares* ed alla stessa nozione giuridica di “*populus*” nel contesto romano, nonché al ruolo istituzionale e politico da esso svolto, segnatamente nel periodo repubblicano: esigenza, quest'ultima, tanto più avvertita quando si faccia riferimento all'unica - ed assai controversa - definizione di “azione popolare” fornita dai giuristi romani, quella contenuta in un passo del Digesto tratto dall'ottavo commentario all'editto di Paolo, secondo cui «*[e]am popularem actionem dicimus quae suum ius populi tuetur*»⁸³.

Questa tematica, d'altra parte, pone in evidenza, ancora una volta, l'insufficienza della “grande dicotomia” pubblico-privato⁸⁴ e la necessità della

⁸⁰ L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tutela dell'ambiente*, cit., pp. 109-110, ove si conclude che «i Romani non giunsero mai a formulare il fondamentale principio della indisponibilità da parte dei privati delle *res communes omnium*». Si ricordi, in proposito, il già citato passo in cui Nerazio «afferma che il litorale era - quasi - nella stessa condizione giuridica dei pesci e della selvaggina, che cadevano immediatamente nel dominio di chi li prendesse [...]»; si è precisato, peraltro, che «l'edificatore acquistava non la proprietà della porzione di litorale su cui aveva costruito, ma la proprietà del fabbricato eretto sul litorale» (ivi, p. 108, in nota).

⁸¹ P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano*, cit., pp. 10-11.

⁸² P. MADDALENA, *La scienza del diritto ambientale ed il necessario ricorso alle categorie giuridiche del diritto romano*, in *RQDA*, n. 2/2011, p. 6, con richiamo a P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Giappichelli, Torino, 1974, p. 79.

⁸³ Paul. 8 ad ed. D. 47. 23. 1. Cfr., in proposito, di recente M. GIAGNORIO, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *TSDP*, V, 2012, p. 9; in realtà, come ricorda l'Autore, «[q]ui Paolo usa contemporaneamente il termine *populus* e la parola *popularis*, il che ci pone di fronte a una discordanza tra il sostantivo ed il suo aggettivo, poiché l'aggettivo della parola *populus* è *publicus* [...]», termine derivante infatti da *populicus*, *poplicus*, *puplicus*.

⁸⁴ Lo sottolinea vigorosamente A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., pp. 493-494, che stigmatizza l'inadeguatezza di tale antitesi ad interpretare una realtà «[m]olto più complessa di quella che

sua *Aufhebung*, di quel suo superamento che è in fondo sotteso all'elaborazione delle *res communes omnium* come categoria orientata ad «andare al di là della distinzione tra *res privatae singulorum hominum* e *res publicae*»⁸⁵ ed è alla base della stessa teorizzazione di una categoria autonoma come vorrebbe declinarsi oggi quella dei “beni comuni”.

È noto come l'emergere all'orizzonte della dottrina ottocentesca del Leviatano rappresentato dalla persona giuridica dello Stato abbia proiettato in qualche modo la propria minacciosa ombra anche a ritroso, talché anche autorevole dottrina romanistica è stata indotta a leggere in tale chiave la nozione di *populus* e simmetricamente quella di *actio popularis*.

Di qui il tentativo di rintracciare, già nella Roma repubblicana, quel “*Populus Romanus als Staat*”, ossia come soggetto di diritto distinto dalle persone fisiche dei suoi componenti e titolare di diritti privati e pubblici⁸⁶, cui si correla la configurazione dell'attore popolare come una sorta di “*Staatsanwalt*”, che, *procuratorio nomine*, ossia alla stregua di un vero e proprio mandato con rappresentanza, fa valere un interesse dello Stato, svolgendo così un servizio

viene comunemente rappresentata come “ingessata” nella dicotomia pubblico-privato, dove “pubblico” sta per “dello”, “attinente allo” Stato, alla organizzazione statale».

⁸⁵ Così, con riguardo all'inclusione tra le *res communes omnium* di tutta l'*aqua profluens*, la cui appartenenza poteva essere pubblica o privata ed il cui uso parimenti poteva essere pubblico o esclusivo dei singoli, F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani*, vol. I, cit., p. 120, in nota.

⁸⁶ Cfr. M. CARAVALE-C. CESA, voce *Popolo*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali, Treccani.it*, p. 6, ove si ricorda che la tesi, formulata dal Rubino, è stata poi approfondita da TH. MOMMSEN (*Römisches Staatsrecht*, v. III, t. I, Berlin, 1886, pp. 824-832), e ripresa dagli studiosi aderenti all'indirizzo pandettistico.

pubblico⁸⁷, con un ruolo di supplenza rispetto alle aporie di un apparato amministrativo ancora scarno⁸⁸.

Addirittura l'attore popolare, in quanto ritenuto "vindice dello Stato", di quello Stato Romano suscettibile, alla stregua del Mommsen, di assorbire l'individuo, di tale istituzione viene ad essere «elevato ad organo per certe funzioni le quali per natura loro appartengono ad una sfera etica superiore»⁸⁹.

A questa visione, viziata dall'errore prospettico indotto dalla moderna concezione dello Stato-persona *ficta*, si era contrapposta, già a partire da Rudolf

⁸⁷ Cfr. TH. MOMMSEN *Die popularklagen* in *Gesammelte Schriften, Juristische Schriften*, I, Dritter Band, Berlin-Dublin-Zurich, e ID., *Die Stadtrechte der Lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca*, in *Gesammelte Schriften, Juristische Schriften* I, Berlin, 1905, pp. 354 ss. per la ricostruzione dell'attore popolare come mandatario con rappresentanza, ispirata dalla «celebrazione del patriottismo e delle virtù civiche del cittadino romano» (così F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*, Jovene, Napoli, 1958, p. 5.). Cfr. inoltre già F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. di V. Scialoja), II, UTET, Torino, 1888, p. 139, nonché ID., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, 1853, p. 314, per la tesi secondo cui l'attore popolare svolgerebbe un servizio pubblico e la somma che in alcuni casi il convenuto è condannato a pagargli costituirebbe appunto un premio per il servizio prestato (cfr., in proposito, altresì D. BORGHESI, voce *Azione popolare*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1). Cfr. altresì V. COLONIEU, *Les actions populaires en droit romain*, 1888, p. 48: «*Je me crois [...] autorisé à dire [...] que le demandeur represente ici directement l'État, qu'il n'est le procurator*».

⁸⁸ Cfr. M. GIAGNORIO, *Brevi note*, cit., pp. 17-18, il quale, richiamandosi al Mommsen, afferma che «[i]l ricorso a tale strumento processuale si rendeva necessario a causa dell'esistenza di un apparato amministrativo composto da pochi funzionari, così che al cittadino venivano affidate funzioni che solitamente sarebbero spettate alle diverse magistrature»; l'Autore si richiama altresì a J. E. KUNTZ, *Cursus des römischen Rechts*, Leipzig, 1879, p. 318, «il quale è di opinione che la mancanza di un adeguato apparato burocratico determinò l'introduzione dell'azione popolare per consentire ad ogni cittadino di sanzionare, con una pena privata, chiunque avesse commesso azioni illecite e lesive del pubblico interesse». Del resto non va dimenticato il significativo passo di Paolo (Paul. *ad ed.*, D. 39. 1. 4) «*Nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere*», affermazione riferita alla figura specifica dell'*operis novi nuntiatio*, ossia a strumento posto a difesa della proprietà privata, ma che «talvolta sorpassava il limite dei rapporti tra gli individui ed entrava in ambito di interessi sociali», come ricorda ancora M. GIAGNORIO, *Brevi note*, cit., p. 82, in nota, ove ampi riferimenti anche alla dottrina in tema di «*operis novi nuntiatio* quale strumento di difesa degli interessi pubblici». *Mutatis mutandis*, è in fondo in un'ottica non molto dissimile che, a mio avviso, si guarda spesso anche oggi alla tematica dell'azione popolare, aggiungendosi alla preoccupazione per la scarsità dell'apparato pubblico, quella, forse preponderante, per la sua eventuale inadeguatezza (o, peggio ancora, per la sua eventuale collusione con comportamenti lesivi di beni di comune interesse).

⁸⁹ Così N. CODACCI PISANELLI, *Le azioni popolari*, R. Marghieri di Gius., Napoli, 1887, specie p. 81, ove si conclude nel senso che «tutta la teoria delle azioni popolari si manifesta nel concetto di alcune funzioni statali rilasciate all'attività ed alla iniziativa dei cittadini».

von Jhering⁹⁰, la constatazione, indirettamente evocata poc'anzi attraverso il riferimento al concetto *tutto-parte*, «che lo Stato in Roma, e in particolare il *Populus*, chiamato in causa dalla definizione dell'*actio popularis* in D. 47. 23. 1, fosse lo Stato-molteplicità dei *cives*», piuttosto che «lo Stato-unità, distinto dai *cives*»⁹¹, e dunque un «popolo-società»⁹² «a struttura orizzontale e volontaristica»⁹³.

⁹⁰ Cfr. R. von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* (trad. della terza edizione di O. de Meuleunaire), Paris-Gand, 1880, p. 211, il quale analizza la struttura gentilizia dell'antica comunità, nella quale «le persone fisiche non spariscono affatto nell'astrazione di una personalità diversa». Correlativamente, come ricorda A. LUGO, *Azione popolare (in generale)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 862, l'Autore ravvisa nell'azione popolare «una manifestazione residua dell'originario diritto indiviso del gruppo gentilizio sui beni della *gens*». Cfr., altresì, R. von JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. it. a cura di M. Losano, Torino, 1972, pp. 338 ss.; a p. 394, l'Autore stigmatizza: «La nostra scienza moderna, invece dei singoli membri (in funzione dei quali esiste la persona giuridica; cioè invece dei destinatari o dei soggetti dello scopo della persona giuridica, come li chiamo io), prende in considerazione la persona giuridica, come se questo ente soltanto pensato, che non può né godere, né sentire, avesse un'esistenza autonoma».

⁹¹ Così F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 5, in riferimento al lavoro del Bruns su cui cfr. *infra*. Come riassumono recentemente M. CARVALE e C. CESA, voce *Popolo*, cit., p. 6, «le formule con cui nelle fonti più antiche era designato il popolo romano sembrano evidenziarne la pluralità dei componenti, senza mai denotare un tentativo di astrazione diretto a costruire un soggetto giuridico a sé, distinto dalle persone fisiche». In particolare l'espressione *Populus Romanus Quirites*, che compare più frequentemente nelle formule di diritto divino, e nella quale «il termine unificante (*Populus Romanus*) è legato strettamente all'altro che individua la molteplicità dei componenti (*Quirites*)» (ivi, pp. 6-7), designa «una pluralità di individui "riuniti" o "uniti", senza alcuna indicazione della esistenza di un "ente ideale" in cui sia stata "unificata" la pluralità dei "*Quirites*"», come ha dimostrato P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., p. 105. Anche R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., p. 119, ha rilevato come l'esperienza giuridica più antica abbia forgiato termini collettivi (come, ad es., quello di *res*) per designare «situazioni unificate» senza astrarre dalla concretezza dei componenti (così ancora M. CARVALE-C. CESA, voce *Popolo*, cit., p. 7). Lo stesso principio tutto-parte, il quale, com'è stato osservato, «vede la "collettività" e non "l'unità"» (P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano*, cit., p. 11), non ha mai inclinato verso forme di organicismo. Significativo, in questo senso, il richiamo ad un passo di Pomponio che in D. 41. 3. 30 pr., dopo aver distinto tre categorie di *corpora*, colloca il *populus* nel *tertium genus*, quello «*quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta [...]*», costituito cioè «da elementi che non si dissolvono nel *corpus*, ma sono unificati dal solo *nomen [...]*, sottolineando da un canto la funzione del nome collettivo, dall'altro la persistente individualità dei componenti del popolo» (M. CARVALE-C. CESA, voce *Popolo*, cit., p. 7). Sullo sfondo appaiono, del resto, le riflessioni di Seneca, *Epist.* 102, 6: «*Quaedam continua esse corpora [...], quaedam esse composita [...], quaedam ex distantibus, quorum adhuc membra separata sunt, tamquam exercitus, populus, senatus. Illi enim, per quos ista corpora efficiuntur, iure aut officio cohaerent, natura diducti et singuli sunt*». Né va dimenticato che, secondo Gaio (*Inst.*, 1. 3) «*populi appellatione universi cives significantur*». Le cose non cambiano, è stato osservato, «se, invece di partire dal "tutto", il *populus*, si prendono le mosse dalla "parte", il *civis*. Appare, infatti, evidente

All'interno di questa mutata visione, orientata a suggerire una tendenziale identità di interesse tra l'individuo e la comunità⁹⁴, alla radice dell'azione popolare *stricto sensu* si intravedono, con diverse, ma fondamentalmente sintoniche declinazioni, un'iniziativa originaria del singolo, non prodotta da un mandato della comunità, fondata su un diritto proprio, ma pur sempre diretta «nell'interesse del pubblico, ossia dello Stato»⁹⁵, o la tutela

che questa denominazione indica l'esser "membro" di quella "comunità" a cui ciascuno partecipava con diritti che nessuno poteva far venir meno e che con termine unificante era qualificata *populus*" [...] il dirsi *civis*, più che indicare uno *status* rispetto ad un ordinamento considerato come distinto dai suoi componenti, equivale per lungo tempo a dichiararsi "parte costitutiva" di quel "*corpus ex distantibus*" che era il *populus romanus*» (P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano*, cit., p. 12, con citazione da R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»* cit., p. 206). Secondo L. PEPPE, voce *Popolo (diritto romano)*, cit., p. 327, nelle fonti richiamate, e comprese nello spazio temporale che va dall'ultimo secolo della Repubblica al secondo secolo del Principato, è possibile «rintracciare uno schema giuridico ben preciso: il *populus Romanus* è costituito da tutti coloro ai quali è riconosciuta la qualità di *civis Romanus*»; non così, come già si è ricordato, quando, divenuti i *cives* ormai *subiecti*, « il *populus* come destinatario delle costituzioni imperiali *ad populum* non può che porsi solo come elemento personale dello stato imperiale» e non «come il vero costante punto di riferimento delle relazioni giuridiche nascenti nell'ordinamento [...]».

⁹² Cfr. G. SANNA, *L'azione popolare come strumento di tutela dei "beni pubblici": alcune riflessioni tra "bene pubblico" ambiente nell'ordinamento giuridico italiano e res publicae nel sistema giuridico romano*, in *Diritto@Storia*, n. 5/2006, p. 3.

⁹³ G. LOBRANO, *Res publica res populi. La legge e la limitazione del potere*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 115. Non va dimenticato, del resto, il celebre passo del *De re publica* ciceroniano 1.25.39: «*Est igitur, inquit Africanus, "res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communiione sociatus"*».

⁹⁴ Esemplici, in proposito, le seguenti affermazioni di R. von JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. 393 ss. (richiamate da A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., pp. 499-500): «Questa era la prospettiva in cui l'antico romano vedeva lo stato. Ciò che apparteneva allo stato, apparteneva anche a lui. Sono le *res publicae* che egli ha in comune con tutti gli altri, a differenza delle *res privatae* che egli ha soltanto per sé. [...] La solidarietà o, meglio, l'identità di interesse della comunità e dell'individuo non avrebbe potuto essere espressa più chiaramente di quanto avvenne nel processo romano con l'*actio popularis*: l'attore, difendendo l'interesse del popolo, difende anche il proprio».

⁹⁵ Così F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 2, riassume il fondamentale contributo di C. G. BRUNS, *Die Römischen Popularklagen*, in *Zeitschrift für die Rechts Geschichte*, 1864, pp. 341 ss., opera tradotta da V. SCIALOJA, con aggiunta di prefazione e note: *Le azioni popolari romane*, in *Arch. giur.*, XXVIII, 1882 (cfr. anche *Studi giuridici*, I, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1933, dalla cui p. 145 è tratta la citazione nel testo). Giova ricordare che il Bruns considera azioni popolari in senso stretto solo quelle previste dall'editto del pretore, nelle quali la multa veniva liquidata in favore dell'attore popolare, da quelle azioni a legittimazioni diffuse previste da leggi e senatoconsulti nelle quali la condanna avveniva a favore dell'Erario, limitando a queste ultime quel carattere procuratorio che il Mommsen aveva viceversa riscontrato come tratto unificante in tutte le fattispecie.

di «diritti pubblici diffusi», facenti capo ai singoli membri della comunità, anziché «concentrati» nella comunità stessa ed esercitabili dai suoi organi o da singoli cittadini occasionalmente operanti quali strumenti dello Stato⁹⁶, o ancora l'esercizio di un diritto soggettivo pubblico spettante al cittadino «come parte della comunione, *quasi unus ex populo*»⁹⁷ e dunque «almeno in una certa fase iniziale [...] partecipante della sovranità»⁹⁸, ma pur sempre teso a realizzare un intreccio di interessi individuale e pubblico⁹⁹, dalla popolarità della legittimazione attiva facendosi discendere la popolarità dell'interesse¹⁰⁰.

Anche questa impostazione e la *Weltanschauung* in cui si ambienta sono state sottoposte a rivisitazione critica da parte di quell'autorevole dottrina,

⁹⁶ Così D. BORGHESI, voce *Azione popolare*, cit., p. 1, riassume la posizione di V. SCIALOJA, espressa nella già ricordata *Prefazione a Le azioni popolari romane di Bruns*, in *Studi giuridici*, cit., p. 108, e in *Procedura civile romana*, Anonima Romana Editoriale, Roma, 1936, p. 342. Come si afferma nella citata *Prefazione*, p. 117, «[q]uesto diritto è bensì pubblico, spetta all'individuo come membro del popolo: ma è tuttavia un diritto che spetta a lui, e non già al popolo come ente diverso e totalmente distinto da lui [...]». Nella sistematica dell'Autore i diritti pubblici si distinguono, infatti, in diritti spettanti alla comunità e tutelati attraverso gli organi di questa, diritti spettanti alla comunità, ma la cui tutela è delegata ai cittadini e diritti pubblici "diffusi" appunto in tutti i membri della comunità stessa e pertanto da ciascuno azionabili in virtù della rispettiva titolarità.

⁹⁷ C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, Parte storica - diritto romano, UTET, Torino, 1894, p. 319. Secondo l'Autore (ivi, p. 320) «la qualità di membro della comunione dà a qualunque cittadino il diritto e gli impone l'obbligo di impedire e reprimere tutti quei fatti che importano lesione dell'interesse generale».

⁹⁸ F. TIGANO, *Le azioni popolari correttive e suppletive*, in F. ASTONE - F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA (a cura di), *Cittadinanza ed azioni popolari*. Atti del Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2007, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2010, p. 34. In una seconda fase, infatti, come ricorda ancora tale Autore, «sempre secondo Fadda, si realizzò la scissione tra interesse collettivo dell'intero *populus* e interesse statale, che si manifestò nella creazione di ulteriori azioni popolari», destinate peraltro a convivere, in un processo di stratificazione, con quelle «sorte in epoca arcaica [...] ispirate da "solidarietà gentilizia" [...]» (ivi, pp. 33-34).

⁹⁹ Cfr. F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 7. Se pure il Fadda rileva che «*popularis* non abbia mai servito direttamente a significare cosa fatta nell'interesse dello Stato come tale», bensì «cosa che si attaglia a ogni cittadino senza distinzione» (*L'azione popolare*, cit., pp. 298-299), dal momento che egli assume che non vi sia né possa esservi «azione concessa a *quibus de populo*, la quale non si fonda sopra una ragione di pubblico interesse», quest'ultimo riappare comunque nella sua definizione di azione popolare, intesa come «[...] quell'azione che ogni cittadino, sia pure nel pubblico interesse, propone a vantaggio proprio e come azione da lui proposta» (ivi, pp. 302 ss.).

¹⁰⁰ Cfr. F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 13. Secondo il Fadda, infatti, «la popolarità dell'interesse e la popolarità della legittimazione attiva sono tra loro indissolubilmente congiunte» (*L'azione popolare*, cit., p. 306).

non a caso richiamata da uno dei più recenti lavori in tema di legittimazione¹⁰¹, che vi ha rintracciato ancora una parziale ipotesi della «tesi mommseniana del mandato statale» nel permanere di una relazione con l'*interesse statale*, sia pure proiettato ora su quello «Stato attenuato, di stampo liberale, somma dei cittadini, che permetteva l'«intreccio» degli interessi individuali e collettivi»¹⁰², astoricamente trasferito nell'esperienza romana¹⁰³.

A ben vedere, si tratterebbe di quello Stato-collettività e Stato-comunità che tuttora traspare nelle pur lucide argomentazioni della Cassazione a proposito delle valli da pesca nella laguna veneta esaminate al § 2 e che, al pari della formula dello Stato-ordinamento, si pone come tappa ancora intermedia (come «Stato attenuato» appunto) nella «parabola dello persona Stato»¹⁰⁴ verso una progressiva oggettivazione.

Allo «Stato-unità dei *cives*», frutto di un preconetto di matrice idealistica, ed allo «Stato-molteplicità dei *cives*», portato dell'«idillio liberale»

¹⁰¹ C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Rimini, 2012.

¹⁰² F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 9.

¹⁰³ Si noti che l'Autore, *ibidem*, ridimensiona anche la portata della già richiamata e nota identificazione ciceroniana *res publica res populi*, come affermazione che «non nasceva da una constatazione reale, ma da un programma ideale inteso a correggere il dissidio effettivo tra *res publica* e *populus*».

¹⁰⁴ G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini* - 11/12 (1982-1983), p. 1021, esprime perplessità sul «tentativo dottrinale di restringere l'area della persona statale, allargando lo spazio riservato all'ordinamento od alla comunità a discapito di quella (fatta coincidere con una parte sola dello stato) operativa ed imperativa». Sulla distinzione tra Stato-ordinamento e Stato-persona cfr., inoltre, ID., *Il «rapporto amministrativo» nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Giuffrè, Milano, vol. II, 1977, p. 66, ove si afferma che «[l]a parabola dello Stato persona giuridica si conclude nello Stato come ordinamento; e così come lo Stato soggetto monopolizzava la produzione giuridica, lo Stato come ordinamento esaurisce ed assolutizza la funzione dello Stato rispetto alla società». In tema cfr. altresì U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V-17, c. 209, ove si sostiene la necessità di andare oltre «quello che sembra un traguardo acquisito del pensiero giuspubblicistico postbellico: la distinzione tra Stato-ordinamento e Stato-persona», la quale «[c]ome tutte le dottrine a mezza strada [...], pur avendo un valore inequivocabile di messaggio e risolvendo alcuni problemi, apre, più che altro, contraddizioni, mentre soddisfa solo parzialmente il bisogno di un nuovo sistema». Infatti, sempre secondo l'Autore, «[...] se essa disloca sull'ordinamento togliendole al soggetto Stato, con la sovranità, la funzione legislativa e quella giurisdizionale, mantiene la soggettività all'amministrazione e d'altronde continua a imputare gli effetti di quelle funzioni ai soggetti cui viene attribuito l'esercizio dei poteri sovrani» (ivi).

che vede Stato e individuo «“indissolubilmente” congiunti»¹⁰⁵, si contrappone qui, alla luce di una raffinata esegesi, una tutt'affatto diversa ricostruzione del significato di *populus* nel contesto di D. 47. 23. 1 (ossia della citata definizione di *actio popularis*): *populus* inteso come «nulla più che l'empirico insieme degli individui che popolano la città e che rivendicano come *ius suum* il riconoscimento e la tutela di interessi non ricompresi nella *res familiaris* ed estranei alla *res publica*, ma posti dall'ambiente comune in cui si svolgono le loro individuali e quotidiane attività», ovvero «il popolo dei passanti, degli utenti delle *res publicae*, dei destinatari della prestazione giurisdizionale, dei credenti nella quiete della vita d'oltretomba»¹⁰⁶.

Ciò che appare significativo, alla luce di quanto osservato *supra*, è il superamento del letto di Procuste costituito dall'antinomia pubblico/privato, posto che, secondo la posizione in esame, «l'*actio popularis* si situa tra il *ius privatum* e il *ius publicum*», così come «l'interesse da essa tutelato è dislocabile tra l'interesse privato e l'interesse pubblico»¹⁰⁷, tenendo presente che “privato”, in una lettura contestualizzata del concetto nel suo «valore coevo»¹⁰⁸, viene qui riferito alla *familia*, nella quale l'individuo era, almeno originariamente, assorbito¹⁰⁹.

¹⁰⁵ F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 13. Cfr. anche *ivi*, p. 8, a proposito della «utopia liberale della perfetta coincidenza equivalenza e pariteticità dell'interesse statale con quello dei singoli [...]».

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 18. Il *populus* è ritenuto infatti «il più ampio e generico termine di riferimento entro cui possa rendersi possibile l'apprezzamento dell'individuo fuori dei gruppi familiare e statale», in quanto categoria priva «di quelle determinazioni formali che caratterizzano rigidamente la *res familiaris* e la *res publica*», ossia «le due forme tradizionali della giuridicità romana, ordinate nella bipolarità Stato e *familia*» (*ivi*, rispettivamente p. 19 e p. 16).

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 15. Cfr. anche p. 8, ove si parla dell'*actio popularis* come «fenomeno [...] medio tra il *ius privatum* e il *ius publicum*», aggiungendosi che «[l]o stesso suggerimento di Scialoja di graduare la progressione tra diritti privati e pubblici - diritti spettanti allo Stato distinto dai singoli, diritti della collettività, diritti pubblici diffusi nei singoli (e questi sarebbero proprio dell'attore popolare), diritti privati - è una ingegnosa escogitazione, che prova soltanto l'estraneità dell'azione popolare e alla sfera degli interessi privati e a quella degli interessi pubblici, che tanto Bruns che Fadda finivano [...] col riferire allo Stato, sia pure inteso come insieme dei *cives*».

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 19. Secondo l'Autore, infatti, a partire dalla crisi dell'istituto familiare, vivissima nella tarda Repubblica, «[l']individuo chiede una sua autonomia al di fuori del gruppo familiare, sia come individuo isolato che come membro di *collegia* artigianali e di culto. Il fenomeno della popolarità deriva dalla insufficienza della *familia* a contenere nuove materie [...] che investono non più soltanto i tradizionali soggetti di diritto privato, ma tutti i membri dell'ordinamento sociale».

L'azione popolare pertanto non rivestirebbe il suo protagonista dei panni di «rappresentante del popolo, come volevano i mommseniani», né sarebbe «immediatamente di ciascun membro del *populus*, come volevano Bruns e Fadda», ma spetterebbe all'*unus ex populo*, ossia a «ciascun individuo in mezzo a questa folla d'individui» che, come s'è appena visto, vivificano l'«ambiente comune» (e qui l'assonanza con i «beni comuni» non pare solo fonetica) e che ha un personale interesse alla repressione degli illeciti suscettibili di comprometterlo¹¹⁰, in ragione della circostanza che «quel che è accaduto ad uno può accadere ad altri, che come quell'uno vive nel medesimo ambiente di pericolo»¹¹¹.

Ora a me pare che anche all'interno di questa interpretazione risulti comunque confermata, sia pur con una coloritura meno «idealizzante», la valenza metaindividuale dell'agire dell'*unus ex populo*.

Essa non viene più proiettata sullo Stato-molteplicità dei *cives* e fatta dunque pienamente combaciare con la *res publica* propriamente detta, secondo una coincidenza che risulta talora assiomatica e forse non priva di una certa ambiguità, bensì più concretamente e realisticamente riferita alla più circoscritta comunità costituita da quell'«ambiente comune» esposto al rischio di comportamenti forniti di rilevanza sociale¹¹², che dunque sollecitano anche «l'esigenza di una reazione solidale»¹¹³ da parte dei vari «cointeressati»¹¹⁴, secondo un modello relazionale comunque oggettivamente collaborativo¹¹⁵.

¹¹⁰ *Ibidem*, rispettivamente p. 17 e p. 18, ove si parla appunto di un «personale interesse alla repressione di quegli illeciti che ledano o compromettano l'incolumità del transito nelle strade, impediscano il libero e normale uso dei *loca publica*, vie, piazze, fiumi, rendano incerta la notizia dei mezzi di difesa giudiziaria o privino di ogni pratica effettuazione le pronuncie del giudice, violino i sepolcri».

¹¹¹ *Ibidem*, pp. 18-19.

¹¹² M. GIAGNORIO, *Brevi note*, cit., p. 39, nonché p. 40, ove di afferma che nell'azione popolare «il bene giuridico tutelato presentava una rilevanza sociale».

¹¹³ Così F. CASAVOLA, *Studi sulle azioni popolari romane*, cit., p. 152, a proposito, ad esempio, della legittimazione dei terzi all'*actio de albo corrupto*, nella quale, invece, secondo Bruns, «l'interesse alla sanzione sarebbe statale per avere l'illecito leso direttamente l'ordine dello Stato» (ivi, p. 149). Secondo l'Autore in esame (ivi, p. 152) la legittimazione dei terzi, infatti, esprimerebbe «non soltanto il comune interesse alla precisa notizia della protezione giudiziaria, ma anche l'esigenza di una solidale reazione ad atti di sopraffazione che turbino gli elementi di garanzia della condizione giuridica di ciascun individuo».

¹¹⁴ Con riguardo ad esempio all'*actio de sepulcro violato*, adottata peraltro «come prospettiva sull'intero fenomeno delle «*actiones populares*»», l'Autore prospetta un'«interpretazione «laica»» del meccanismo della legittimazione osservando che «[l']interesse è massimo nel titolare del sepolcro, ma in mancanza o rinuncia, può agire anche l'estraneo, perché anche egli ha interesse

4. *I segnali di un cammino (ovvero dell'“ordine catallattico” e della sussidiarietà)*

L'*excursus* effettuato nel paragrafo precedente ha evidenziato, in sintesi, un modello di relazione con le *res* costituenti l'*antecedente diretto* dell'odierna tematica dei “beni comuni” caratterizzato da una decisa valorizzazione del *ruolo di tutela* delle stesse svolto dal *cittadino*, radicato in un suo più *complessivo ruolo attivo*, di potere e di responsabilità, con una contemporanea considerazione di aspettative generali e individuali (anzi con un tendenziale superamento dell'antitesi medesima), o quantomeno all'insegna di una reazione solidale nel più circoscritto contesto di un “ambiente comune” passibile di compromissioni.

Se, ripercorse le “tracce” di questa “realtà soggiacente” - per ritornare ad una precedente metafora - ci volgiamo ora alla ricerca di ulteriori “indicazioni o segnali di un cammino” circa la tematica attuale dei beni comuni e della loro tutela, occorre anzitutto premettere che la *mancata positivizzazione* di tale categoria non impedisce un *traboccamento delle suggestioni* da essa poste in direzione della realtà, certo non nuova, dei “beni a fruizione diffusa”, *in primis* dell'ambiente; a ciò si accompagna poi la necessità di coordinare tali suggestioni con altre linee-forza recentemente immesse nella tessitura dell'ordinamento e destinate a fornirgli nuovo *élan vital*, in particolare il già ricordato *principio della sussidiarietà*¹¹⁶ e le normative che gli danno corpo.

In sintonia con il punto di partenza di queste spigolature, costituito dal richiamo alla sentenza del CGA per la Regione Sicilia, il percorso si muoverà sul terreno della *giurisprudenza*, focalizzandosi segnatamente su alcune pronunce successive agli approdi della Commissione Rodotà e suscettibili di svolgere, nei limiti che si vedranno, un *ruolo-sonda*, così come “diritto-sonda” è stato opportunamente qualificato il diritto ambientale stesso in ragione della sua

alla sicurezza della propria tomba, e dunque, poi che vive nel medesimo ambiente di pericolo, è cointeressato alla sicurezza della tomba altrui» (*ibidem*, p. 149 e p. 52).

¹¹⁵ Cfr., in proposito, la conclusione del saggio di M. GIAGNORIO, *Brevi note*, cit., p. 84.

¹¹⁶ Giova sottolineare che il principio della sussidiarietà è stato inserito anche nel testo del Codice dell'Ambiente (D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 3-*quinquies*, introdotto dal D.Lgs. 16 gennaio 2008, n. 4).

capacità anticipatrice, quale incubatore di soluzioni destinate a futura diffusività nel diritto amministrativo *tout court*¹¹⁷.

Si può prendere lo spunto da una pronuncia della Sezione VI del Consiglio di Stato¹¹⁸ che rappresenta un'efficace epitome delle spinte propulsive e delle vischiosità che contemporaneamente connotano «*la legittimazione a ricorrere nella materia ambientale per le peculiari caratteristiche del bene protetto*» e che dunque riflettono la specifica qualità della *res* in gioco.

La vicenda origina dal ricorso avverso un permesso di costruire per la ristrutturazione di un manufatto edilizio sito nella pineta di Punta Ala, in zona soggetta a vincolo paesaggistico.

Il Consiglio di Stato riconosce la legittimazione dell'originario ricorrente, il quale aveva agito sia in proprio che quale legale rappresentante di un'associazione locale di tutela ambientale peraltro non "consacrata" ex art. 13 legge n. 349/1986, in ciò confermando la soluzione adottata dal giudice di prime cure¹¹⁹.

I giudici di Palazzo Spada non ripropongono solo il consueto criterio del "doppio binario" di accreditamento processuale delle associazioni ambientaliste¹²⁰, ma aprono anche alla «*legittimazione ad agire dei singoli, per la tutela del bene ambiente, unitamente all'intera collettività che insiste sul*

¹¹⁷ Così R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in D. DE CAROLIS - E. FERRARI - A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, p. 344.

¹¹⁸ Cons. Stato, VI, 13 settembre 2010, n. 6554, con nota di P. CERBO, *Sussidiarietà e società civile*, in www.labsus.org, e A. MAESTRONI, *Sussidiarietà orizzontale e vicinitas, criteri complementari o alternativi in materia di legittimazione ad agire?*, in *Riv. giur. ambiente*, nn. 3-4/2011, pp. 528 ss.; cenni anche in G. MASTRODONATO, *Tutela amministrativa dell'ambiente*, cit., p. 181.

¹¹⁹ Il TAR Toscana aveva rilevato infatti come il ricorrente risultasse «*proprietario di unità immobiliari sussistenti nell'area di intervento*» e avesse «*manifestato l'interesse a non veder pregiudicato il proprio accesso al mare, nonché il valore paesaggistico della predetta area, adiacente allo stabilimento balneare*».

¹²⁰ Il collegio, infatti, «*concorda con la tesi per cui l'esplicita legittimazione, ai sensi degli articoli 13 e 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349, delle associazioni ambientaliste di dimensione nazionale e ultraregionale all'azione giudiziale non esclude, di per sé sola, analoga legittimazione ad agire in un ambito territoriale ben circoscritto, e ciò anche per i meri comitati spontanei che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l'ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti su tale circoscritto territorio*». Il collegio fa leva sull'argomentazione secondo cui «*altrimenti opinando, le località e le relative popolazioni, interessate da minacce alla salute pubblica o all'ambiente in un ambito locale circoscritto, non avrebbero autonoma protezione, in caso di inerzia delle associazioni ambientaliste espressamente legittimate per legge*».

territorio locale» e ciò sulla base, come meglio si vedrà, di un'accezione sempre più de-spazializzata di *vicinitas* e di un significativo, ancorché fugace, richiamo al principio della sussidiarietà orizzontale.

Proprio con riferimento alla posizione del ricorrente «*isolatamente considerata*» in rapporto alle «*peculiari caratteristiche del bene protetto*» tuttavia si ripropongono a mio avviso anche i limiti (o le criticità) che accompagnano la pur significativa apertura in esame.

Alla declinazione delle caratteristiche dell'ambiente, qualificato come «*bene pubblico che non è suscettibile di appropriazione individuale, indivisibile, non attribuibile, unitario, multiforme*»¹²¹, segue la constatazione, espressa si direbbe quasi con inconfessato rammarico, che «*ciò rende problematica la sua tutela a fronte di un sistema giudiziario che non conosce, se non quale eccezione, l'azione popolare, che guarda con sfavore la legittimazione di aggregazioni di individui che si facciano portatori occasionali di interessi esistenti allo stato diffuso*»¹²².

Di qui l'asserita necessità di gravare il soggetto singolo ricorrente in materia ambientale dell'obbligo non solo di «*identificare, innanzitutto, il bene della vita che dalla iniziativa dei pubblici poteri potrebbe essere pregiudicato (il paesaggio, l'acqua, l'aria, il suolo, il proprio terreno)*», ma anche di dimostrare successivamente «*che non si tratta di un bene che pervenga identicamente ed indivisibilmente ad una pluralità più o meno vasta di soggetti, nessuno dei quali ne ha però la totale ed esclusiva disponibilità (la quale costituisce invece il connotato essenziale dell'interesse legittimo), ma che rispetto ad esso egli si trova in una posizione differenziata tale da legittimarlo ad insorgere "uti singulus" a sua difesa*».

Si tratta di una *probatio* che, alla luce delle caratteristiche del bene ambientale poste in premessa dallo stesso Collegio, appare, se non *diabolica*, certo ampiamente «*problematica*», ed in effetti la soluzione adottata fa leva su una nozione di «*finitimità*» o «*vicinitas*» necessariamente piegata alle esigenze

¹²¹ A questa osservazione si accompagna anche il rilievo che la tutela dell'ambiente «*lungi dal costituire un autonomo settore d'intervento dei pubblici poteri, assume il ruolo unificante e finalizzante di distinte tutele giuridiche predisposte a favore dei diversi beni della vita che nell'ambiente si collocano (assumendo un carattere per così dire trasversale rispetto alle ordinarie materie e competenze amministrative, che connotano anche le distinzioni fra ministeri) [...]*».

¹²² La Sezione VI riprende qui testualmente le espressioni contenute nella sentenza 27 marzo 2003, n. 1600 della sezione medesima.

indotte dalla *res* oggetto di tutela, sottoposta quasi ad una torsione rispetto al suo significato etimologico, e dunque sempre più “de-spazializzata”¹²³ (i manufatti del ricorrente si trovavano a più di due chilometri dall’area interessata, come evidenziato dalla difesa dell’appellante) e dilatata a «*valore elastico*» e modulabile¹²⁴, in realtà dotato di una *vis* definitoria sempre più evanescente¹²⁵.

¹²³ Cfr. in proposito, da ultimo, TAR Abruzzo - L’Aquila - I, 28 marzo 2013, n. 316, nel ricorso contro il provvedimento regionale recante autorizzazione unica per la costruzione e l’esercizio di un impianto di energia elettrica alimentato da biomasse vegetali proposto da alcuni residenti nel Comune in cui dovrebbe sorgere l’impianto. Il Collegio, richiamandosi a Cons. Stato, V, 18 aprile 2012, n. 2234 e a TAR Toscana, II, 20 dicembre 2012, n. 2023, afferma che «[...] il tradizionale criterio della vicinitas non può essere limitato ai soli proprietari stricto sensu confinanti con l’area di realizzazione dell’impianto (come prospettato dalle difese resistenti), ma deve essere “inteso in senso ampio, per le intuibili ricadute sulla qualità della vita astrattamente implicate da iniziative obiettivamente incidenti nel contesto ambientale interessato, per cui ciò che rileva è non solo e non tanto la vicinanza geografica del cittadino ricorrente, ma più specificamente la possibilità di risentire delle esternalità negative del progetto medesimo”».

¹²⁴ Richiamando «anche parte della giurisprudenza di primo grado», il Collegio afferma infatti che «il concetto di vicinitas, cui ancorare la valutazione della differenziazione e qualificazione dell’interesse azionato, ha valore elastico, nel senso che si deve necessariamente estendere, in ragione proporzionale all’ampiezza e rilevanza delle aree coinvolte, come nel caso di interventi rilevanti, che quindi incidono sulla qualità della vita dei residenti in gran parte del territorio (cfr. T.A.R. Lecce, sentenza 6 maggio 2008, n. 1290)», riconoscendo che il ricorrente, in quanto residente nell’area di Punta Ala, ha «un collegamento stabile con la dimensione territoriale di incidenza del potenziale danno all’ambiente»; d’altra parte, si osserva ancora, posto che il manufatto contestato «ricade all’interno di una pineta, con assenza di costruzioni ubicate limitrofamente, la opposta tesi patrocinata dall’appellante, ove spinta alle estreme conseguenze, giungerebbe alla conclusione che né l’appellato (che possiede manufatti distanti circa due chilometri dall’area) né nessun altro potrebbe esercitare tale funzione protettiva del bene ambiente [...]». In proposito cfr. altresì TAR Piemonte, I, n. 635/2011, che propone, sempre in tema di tutela del bene ambiente, un concetto di vicinitas (e conseguentemente di legittimazione) “a geometria variabile”, sostenendo che tale criterio «non coincide con la proprietà o con la residenza in un’area immediatamente confinante con quella interessata dall’intervento contestato, ma deve essere inteso in senso elastico e va modulato, quindi, in proporzione alla rilevanza dell’intervento e alla sua capacità di incidere sulla qualità della vita dei soggetti che risiedono in un’area più o meno vasta. Ciò comporta, in concreto, che la “misura” della legittimazione ad agire dei singoli in materia ambientale non sia univoca, variando in relazione all’ampiezza dell’area coinvolta dalla ipotizzata minaccia ambientale».

¹²⁵ Questa constatazione sembra ben presente in quel differente indirizzo giurisprudenziale secondo cui la vicinitas dimostrerebbe «soltanto una astratta legittimazione “ad causam”, ma non anche quella lesione concreta e attuale che giustifica la sussistenza dell’interesse a ricorrere» (così, da ultimo, Cons. Stato, V, 16 aprile 2013, n. 2095, con ampi richiami ai precedenti). Così si argomenta infatti «anche in ragione delle difficoltà di fissare un limite di prossimità superato il quale la lesione lamentata perderebbe i supposti caratteri di immediatezza e specificità per divenire meramente indiretta e riflessa», con il conseguente «rischio di aprire la strada a forme di “actio popularis”, connesse alla mera qualità di proprietario di suoli

Occorre tuttavia ritornare, sia pure in modo cursorio, a quei teoremi che fondano la statica geometria “euclidea” o “newtoniana” del “sistema giudiziario” riepilogata nella sentenza in esame, forse in attesa di una sua teoria della relatività.

Mi riferisco, cioè, all'ostracismo costantemente riproposto, talora quasi con furore iconoclastico, come nel caso della famosa «decisione del “chiunque”»¹²⁶, nei confronti dell'azione popolare (“se non quale eccezione” di stretta interpretazione) ed alla connessa e altrettanto costante ricerca di una

*ricompresi nel territorio comunale, in contrasto con fondamentali ed elementari principi in tema di legittimazione e interesse a ricorrere». In verità si è osservato, anche nella dottrina d'oltralpe, che «[l]es atteintes à l'environnement, par leur caractère éminemment collectif et leur absence de répercussions sur les personnes, mettent à l'épreuve la notion classique de préjudice», quella cioè «tradizionalmente fondata sul carattere eminentemente individuale dell'interesse» (W. GIULIETTI, *Danno ambientale*, cit., p. 50, con citazione da L. NEYRET, *La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire*, in *Recueil Dalloz* 2008, p. 170). Da questo punto di vista significativa appare la pronuncia del TAR Lombardia, Milano, II, 9 luglio 2009, n. 4345, la quale, in una vicenda che vedeva un centinaio di cittadini residenti in un quartiere di Milano ricorrere contro alcune varianti urbanistiche lamentando «una riduzione degli standard qualitativi e una collocazione peggiorativa del verde e dei parcheggi rispetto alla loro abitazione», propone una “rivisitazione” della nozione di «pregiudizio effettivo o anche soltanto potenziale, ma direttamente conseguente all'adozione degli atti gravati [...]»: come sottolinea infatti P. CERBO nel commento alla pronuncia in www.labsus.org, «[r]ispetto a beni come quelli “minacciati” dalla variante impugnata (il verde pubblico, i parcheggi pubblici e un'efficiente viabilità), per loro stessa natura a fruizione collettiva e “indivisibili” è difficile dimostrare la sussistenza di un pregiudizio personale in capo a specifici soggetti». Ora il TAR lombardo si focalizza sulla dimostrazione di «un peggioramento allo status di residente», dal quale emergerebbero «anche i singoli aspetti negativi per ciascuno dei ricorrenti»; tale status comprenderebbe infatti, secondo il comune sentire odierno, «sia i parcheggi vicini alla propria abitazione, sia i giardini pubblici, sia le barriere naturali antirumore», quali «elementi che contribuiscono a migliorare la qualità della vita». Sembra qui inverarsi quanto osservato da U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., p. 52, secondo il quale «[n]oi non “abbiamo” un bene comune (un ecosistema, dell'acqua), ma in certo senso “siamo” (partecipi del) bene comune (siamo acqua, siamo parte di un ecosistema urbano o rurale)». D'altra parte, osserva ancora il TAR a fondamento della ricostruzione adottata, una maggior prova (anche qui quasi *diabolica* si direbbe) «non può essere richiesta, pena la totale vanificazione della tutela avverso gli interventi di pianificazione». Per l'affermazione secondo cui l'«interesse alla qualità delle condizioni di vita» sarebbe «meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, usando la formula di cui al secondo comma dell'art. 1322 del cod. civ.» cfr. TAR Veneto, III, 9 maggio 2011, n. 803. Esclude viceversa che possa qualificarsi come «un bene al quale l'ordinamento riconosce tutela [...], da solo, l'aspettativa alla salubrità dell'ambiente o il timore generico di possibili effetti pregiudizievoli legati esclusivamente alla presenza dell'opera» Cons. Stato, V, n. 2095/2013 appena citata.*

¹²⁶ Cons. Stato, V, 9 giugno 1970, n. 523, in *Giur. it.* 1970, III, c. 193, con nota di E. GIUCCIARDI, *La decisione del “chiunque”*. In argomento cfr. F. SAITTA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero (ed imprecisato) ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *Cittadinanza ed azioni popolari*, cit., pp. 169 ss.

“posizione giuridica autonomamente individuabile” e quindi della “differenziazione” - intesa anche come “esclusività” - come crisma dell’interesse azionabile nell’arena del giudizio amministrativo, ricerca, quest’ultima, che si proietta talora persino sulla problematica della legittimazione da riconoscere agli stessi enti pubblici nel far valere processualmente interessi collettivi o pubblici *tout court*¹²⁷.

Come noto, poi, a tale ricerca si abbina, per riprendere le parole di altra rilevante sentenza “dottrinale”¹²⁸, quella di «*un criterio di collegamento tra gli interessi adespoti, che appartengono ontologicamente a tutti i componenti di una collettività*» ed i «*meccanismi processuali*» così concepiti.

Tale ricerca, volta ad «*incanalare entro i consolidati ambiti del processo amministrativo le nuove esigenze di tutela a cui il legislatore non aveva ancora dato una soddisfacente risposta*», si è tradotta a sua volta nella ricognizione di «*una serie di elementi (personalità del soggetto agente, conformità dell’azione proposta ai suoi fini statutari, collegamento stabile con l’interesse protetto, ecc.) che tendessero a dare struttura all’interesse stesso*», così da «*cancellarne il vizio originale*», per riprendere le parole del Nigro¹²⁹: una soluzione che finisce per privilegiare la dimensione associativa del soggetto

¹²⁷ Cfr., ad esempio, TAR Lazio, III, n. 9917 del 2006 (peraltro successivamente annullata da Cons. Stato, IV, n. 399 del 2007), che, in una controversia concernente l’aumento delle tariffe autostradali, ha rinvenuto in capo alla Regione «*in quanto ente territoriale esponenziale degli interessi delle comunità stanziate sul suo territorio, una posizione differenziata [...] rispetto alla tutela del proprio interesse alla corretta azione amministrativa in materia e la legittimazione ad agire anche nell’interesse dell’intera sua collettività*»; Cons. Stato, V, 14 aprile 2008, n. 1725, che, in tema di localizzazione di una discarica di rifiuti, ha testualmente ritenuto un Comune «*in astratto, portatore di un interesse pubblico differenziato e qualificato*», sempre in ragione della sua «*qualità di ente esponenziale, portatore in via continuativa di interessi diffusi radicati nel proprio territorio che fanno capo ad una circoscritta e determinata popolazione residente*»; TAR Campania, Napoli, 28 settembre 2011, n. 4520, che riconosce il Comune legittimato «*quale ente esponenziale della comunità municipale, solo nei casi in cui esso agisca a tutela di interessi collettivi, purché si tratti di un interesse differenziato e qualificato che ruoti attorno all’incidenza sul territorio comunale dei provvedimenti impugnati*». Per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali cfr. A. CLINI - L. R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2011, pp. 1443 ss., specie p. 1463 in nota. In argomento cfr. inoltre C. FORMENTI, *Legittimazione processuale degli enti territoriali: il «tragitto concettuale» del Consiglio di Stato. Il caso delle tariffe autostradali*, in *Foro amm. CDS*, n. 4/2011, pp. 1192 ss.

¹²⁸ Cons. Stato, IV, 9 dicembre 2010, n. 8683.

¹²⁹ M. NIGRO, *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1987, c. 10

ricorrente, favorendone così un grado più o meno intenso di istituzionalizzazione¹³⁰, pena una correlativa amputazione delle *chances* di azione per il *singolo* «assunto [...] nella “solitudine” della sua coscienza e del suo umano rapporto col bene»¹³¹, per gli «amanti della natura rimasti allo stato brado»¹³².

Circa il paventato «rischio di aprire la strada a forme di *actio popularis*»¹³³, ad un'impugnativa avente «*natura di “azione popolare” a tutela dell’oggettiva legittimità dell’azione amministrativa*»¹³⁴, si ha quasi l'impressione, anzitutto, che la giurisprudenza intenda detta azione nel senso procuratorio delle originarie posizioni del Savigny e del Mommsen, laddove, nella stessa esperienza romana, come s'è visto nel precedente paragrafo, essa è risultata assai meno monoliticamente caratterizzata, così da apparire in realtà come «frutto della scomposizione dell'interesse generale in una molteplicità di interessi individuali»¹³⁵.

Di più: l'asserito carattere di eccezionalità e tassatività di tale strumento, e più in generale della legittimazione «*a tutela di situazioni giuridiche soggettive che trascendono la sfera del ricorrente*», più che da puntuali disposizioni normative, viene desunta, talvolta alquanto assiomaticamente, da un «*principio generale*» che si compendia nella «*natura tendenzialmente soggettiva*»¹³⁶ del processo amministrativo.

Si potrebbe rilevare che le norme processuali «strutturate in termini rigorosamente individualistici» ora «non sono rinvenibili nel codice del

¹³⁰ Com'è stato efficacemente stigmatizzato, infatti, «[s]iamo innanzi ad un tentativo di compensare quello che potremmo definire il *deficit* di socialità dell'interesse diffuso con la natura comunitaria del soggetto cui imputare l'interesse diffuso; tentativo, appunto, perché nonostante progressivi affinamenti, la costruzione teorica continua a non apparire appagante alla dottrina e ad occupare la giurisprudenza» (A. CLINI - L. R. PERFETTI, *Class action*, cit., p. 1460).

¹³¹ M. NIGRO, *Le due facce*, cit., c. 18.

¹³² M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1977, p. 860.

¹³³ Così Cons. Stato, V, n. 2095/2013, richiamata in nota 125.

¹³⁴ Così TAR Sardegna, II, 27 giugno 2011, n. 664.

¹³⁵ M. GIAGNORIO, *Brevi note*, cit., p. 69. Cfr. inoltre p. 80, ove si ribadisce che il *civis* era legittimato ad agire «per la tutela di un interesse prima personale che collettivo», avendo peraltro «a disposizione degli strumenti processuali che gli consentivano di difendere non solo il suo personale interesse a non essere danneggiato dal comportamento del terzo, ma anche di far valere una responsabilità nei confronti di tutti gli altri membri della comunità».

¹³⁶ TAR Calabria, I, 29 marzo 2011, n. 423.

processo amministrativo»¹³⁷, ma soprattutto sovrviene la consapevolezza, manifestata, in fondo, dalla stessa giurisprudenza appena citata, che «l'effettiva portata dell'esposto principio che delimita in maniera rigorosa le forme di accesso alla giustizia amministrativa, conferendo allo stesso natura soggettiva, è, invero, strettamente dipendente dall'interpretazione che in concreto si intende seguire in ordine all'individuazione dei presupposti che consentono la proposizione delle indicate azioni a tutela di posizioni giuridiche metaindividuali»¹³⁸.

Le «possibili linee di sviluppo delle forme di tutela giurisdizionale» che il TAR Calabria da ultimo citato preconizza in astratto, ma sulle quali poi glissa nella fattispecie concreta, sono efficacemente evidenziate da una pronuncia della Sezione V del Consiglio di Stato¹³⁹, che, se pur non riguardante la materia ambientale¹⁴⁰, presenta interesse anche nell'ambito qui analizzato.

Il Collegio, dopo aver ribadito che «il concetto di legittimazione ad agire non è predeterminato dal legislatore ma è stato quasi sempre [...] frutto

¹³⁷ Così, da ultimo, R. GIANI, *Interessi meta-individuali e tutela giurisdizionale: il caso delle "spiagge libere"*, commento a TAR Liguria, II, 31 ottobre 2012, n. 1348, in *Urb. e app.* n. 2/2013, p. 206, in nota, ove si richiamano «l'art. 26 del R.D. n. 1054 del 1924 che si riferisce a interessi di "individui e di enti morali giuridici" e l'art. 4 della L. n. 1034 del 1971 che attribuisce al TAR la giurisdizione sui "ricorsi aventi ad oggetto diritti ed interessi di persone fisiche o giuridiche"». A ciò si potrebbe obiettare che nel nuovo Codice «si fa espressa menzione dell'interesse a ricorrere quale condizione di ammissibilità dell'azione in giudizio» (F. R. MAELLARO, *La legittimazione*, cit., p. 1504, con richiamo all'art. 35), condizione che, tuttavia non riguarda il profilo della *legitimatio*, ancorché, com'è noto e come si è già avuto modo di constatare, i due piani siano sovente intersecati e quasi ibridati nell'approccio giurisprudenziale.

¹³⁸ TAR Calabria, I, n. 423/2011, il quale aggiunge: «Minore è il rigore nella definizione dei presupposti e delle condizioni che autorizzano la proposizione delle predette azioni maggiore sarà la progressiva definizione di un processo non necessariamente modellato sulla protezione di posizioni giuridiche individuali». Si potrebbero richiamare in proposito altresì le espressioni usate da Cons. Stato, V, n. 5501 del 2009, che, nel riconoscere innovativamente legittimazione attiva ai singoli utenti di un servizio pubblico, sottolinea «come l'ambito della tutela non possa essere circoscritto in base ad astratte quanto tradizionali concezioni, ma piuttosto essere considerato nei suoi profili di stretta attinenza alla realtà effettuale e in particolare alla coerenza del sistema e alla sua capacità di dare risposte che assicurino in ogni caso l'effettività della tutela».

¹³⁹ Cons. Stato, V, 27 luglio 2011, n. 4502, in *Giur. it.*, 2012, pp. 939 ss., con nota di S. FOÀ e L. FASCIO, *Nomina assessorile in violazione dell'equilibrata rappresentanza di genere, alta amministrazione e legittimazione al ricorso*, ivi, pp. 940 ss.

¹⁴⁰ La vicenda tocca la questione della legittimazione a ricorrere avverso l'atto di nomina di un assessore, adottato dal Presidente della Giunta regionale campana, atto asseritamente lesivo della parità di genere e non qualificato alla stregua di atto politico insindacabile.

dell'attività ermeneutica del giudice»¹⁴¹, enuncia l'esistenza di una «*tendenza giurisprudenziale*» volta a «*rendere giustiziabili posizioni giuridiche sempre più standardizzate e sempre meno connotate di "individualismo" (almeno in riferimento al profilo del pregiudizio subito)*»¹⁴², tendenza che, soprattutto, «*non pare avere esaurito la propria capacità propulsiva, e mostra di poter allargare gli ambiti della sua operatività anche sotto l'impulso del diritto dell'Unione europea*».

A riprova il Collegio valorizza, alla stregua di «*situazioni che manifestano una particolare pregnanza assiologica*», quel principio della sussidiarietà orizzontale¹⁴³ al quale si era in realtà richiamata, ancorché

¹⁴¹ Il Collegio si richiama qui a Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4 (in *Urb. e App.*, n. 6/2011, pp. 674 ss.), la quale, in materia di appalti pubblici, ha asserito che «*al di fuori delle ipotesi tassativamente enunciate dalla giurisprudenza, deve restare fermo il principio secondo il quale la legittimazione al ricorso, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, spetti esclusivamente ai soggetti partecipanti alla gara*», facendo così trasparire un «*principio di legalità giurisprudenziale*» (cfr., in proposito S. FOÀ, in S. FOÀ e L. FASCIO, *Nomina assessoriale*, cit., p. 940, nonché L. LAMBERTI, *L'Adunanza plenaria "boccia" l'interesse strumentale*, in *Urb. e App.*, n. 6/2011, pp. 682 ss.).

¹⁴² Una tendenza che si manifesta, così, «*ampliando nei limiti del possibile i confini dell'azione processuale ed estendendola, se non a tutti i cittadini, ad una pluralità di soggetti accomunati da un'identica situazione di danno (la classe), o identificati dall'appartenenza ad un particolare contesto ambientale (es. lo stesso mercato) o fisico/spaziale (es. la vicinanza a un bene ambientale compromesso o, nel caso di specie, il sesso)*».

¹⁴³ Il collegio si rifà infatti «*a quell'orientamento, delineatosi inizialmente nelle pronunce di alcuni TAR, e in parte recepito anche dal Consiglio di Stato (es., Consiglio di Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760), che, proprio con riguardo alla tutela degli interessi superindividuali, accoglie un nuovo criterio di riconoscimento della legittimazione ad agire, individuandolo nel principio di sussidiarietà orizzontale, ormai costituzionalizzato nell'art. 118, comma 4, Cost.: la piena valorizzazione di tale principio, vale a dire dell'apporto diretto dei singoli e delle loro formazioni sociali nella gestione diretta di attività amministrative (in modo che l'intervento pubblico assuma appunto carattere sussidiario rispetto alla loro iniziativa), impone che esso debba trovare immediata applicazione anche in sede processuale al fine di garantire, a quegli stessi soggetti cui viene rimessa l'iniziativa sul piano sostanziale, la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale la funzione amministrativa, per ottenere un controllo sociale diffuso anche dopo il suo esercizio da parte dei poteri pubblici: per questa via si riconosce così la legittimazione ad agire in giudizio a comitati spontanei di cittadini, benché privi di significativi livelli di rappresentatività e organizzazione*». Per una recentissima conferma di questo orientamento cfr. TAR Lombardia, Brescia, I, 15 luglio 2013, n. 668, che, in punto di legittimazione del Comitato Aeroporto di Bergamo, «*realtà dell'associazionismo spontaneo bergamasco volta alla salvaguardia delle condizioni di vita e di salute delle popolazioni interessate dall'aeroporto di Bergamo Orio al Serio*», enfatizza il «*principio di sussidiarietà orizzontale di cui agli artt. 5 comma 3 del Trattato dell'Unione e 118 Cost., per cui in sintesi i pubblici poteri devono promuovere, non limitare, la spontanea iniziativa dei privati*», evidenziando poi talune circostanze che avevano visto il Comitato invitato a riunioni ufficiali su

essenzialmente *ad colorandum*, la stessa sentenza n. 6554/2010 della VI sezione d'anzianità esaminata¹⁴⁴, e quel «*modello della cittadinanza societaria*»¹⁴⁵ collocato proprio al cuore della dinamica sussidiaria dal parere n. 1440/2003 della Sezione Consultiva per gli atti normativi, costituente una sorta di *Magna Charta* giurisprudenziale del principio medesimo¹⁴⁶.

«questioni attinenti l'operatività dello scalo», o «citato come interlocutore della p.a. anche nel decreto di VIA relativa all'ampliamento dello scalo».

¹⁴⁴ La sentenza n. 6554/2010 riprende infatti una delle affermazioni cardine del parere della Sez. Consultiva per gli atti normativi del Consiglio, 25 agosto 2003, n. 1440/2003, che cioè il principio di sussidiarietà «*sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma corredato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario*». Nonostante si debba riconoscere che nella sentenza in parola il richiamo alla sussidiarietà «appare timido e non sembra aver costituito il parametro fondante della decisione di ammettere al giudizio in questione il privato cittadino» (così A. MAESTRONI, *Sussidiarietà orizzontale e vicinitas*, cit., p. 529), occorre evidenziare, anche in ragione di quanto si osserverà *ultra*, un significativo elemento di novità, opportunamente rilevato da P. CERBO, *Sussidiarietà e società civile*, cit., secondo cui «nel parere del 2003 in linea con l'interpretazione più comune della sussidiarietà orizzontale la "entificazione" non era stata contrapposta all'iniziativa dei "singoli", bensì a quella delle formazioni sociali spontanee della c.d. "società civile"», laddove in tale sentenza «la "entificazione" viene contrapposta all'iniziativa dei cittadini non raccolti in formazioni sociali: viene valorizzata, in altre parole, l'iniziativa dei "singoli", ai quali del resto fa espressamente riferimento unitamente agli "associati" la stessa formulazione letterale dell'art. 118, ultimo comma, Cost., nonché il suo più autorevole precedente normativo (l'art. 3, comma 5, del testo unico degli enti locali)».

¹⁴⁵ Il Collegio ricorda che secondo tale modello «*elaborato da un noto studioso delle scienze sociali, il "principale" (privato/cittadino) si qualifica non tanto come soggetto titolare di sfere di libertà da garantire e di pretese da soddisfare nei confronti dell'agente (pubblico/amministrazione), ma come vero cooperatore di quest'ultimo nella cura di interessi che non sono più oggetto di suo monopolio*».

¹⁴⁶ Secondo tale rilevante parere, infatti, le norme, sia di rango costituzionale che ordinario, che sanciscono il principio della sussidiarietà nel nostro ordinamento «*non pongono alcun problema di riconoscimento, di autorizzazione per dir così e di qualificazione da parte delle pubbliche autorità rispetto alle attività di interesse generale poste in essere da soggetti comunitari [...]*»: se ne trae «*la prova di una riserva originaria di materie*» a «*soggetti esponenti del fenomeno della cittadinanza societaria*», con ciò intendendosi «*l'aspetto relazionale che ai soggetti, prevalentemente comunitari (famiglie, associazioni), è conferito per il solo fatto di porsi nel contesto sociale e di operarvi al di fuori di regole pre confezionate da autorità munite di pubblici poteri [...]*». Una volta abbandonata infatti la premessa che vuole l'ente pubblico «*in grado di fagocitare gli interessi costituenti l'intera esponentza della collettività di riferimento*», afferma ancora il parere, occorre constatare l'esistenza di «*forme di impegno e di attività, soprattutto nel versante sociale, ma non esclusivamente in quest'ultimo, che sono dislocate (e non possono non esserlo) a livello di soggetti utenti ed agenti al medesimo tempo*»; si tratta cioè «*di prendere atto della sussistenza di ordinamenti di base muniti di un'intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale*» e nei quali «*lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie (in quanto munite della relativa cittadinanza) di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento*». Si rileva inoltre non solo che gli interessi generali e sociali espressi

Tali «*suggerzioni culturali*» portano allora la sentenza ad ipotizzare in sintesi «*che l'azione pubblica delle democrazie post-moderne tenda ad assumere come misuratore obiettivo della propria azione "il linguaggio universale degli interessi", capace di costituire un ordine catallattico (o spontaneo), un coordinamento tra soggetti in cui tutti sono indotti a contribuire ai bisogni degli altri senza curarsi di loro e persino senza conoscerli*»¹⁴⁷.

dalle comunità di base «*attraverso l'assunzione di compiti, la risoluzione di problemi pratici compresenti in una collettività, la gestione di attività coerenti allo sviluppo della comunità stessa*» costituiscono «*manifestazioni originarie e non comprimibili di cittadinanza societaria*», ma anche che queste ultime si traducono «*in una valutazione per dir così a posteriori, in uno svolgimento implicito di funzioni tipiche dell'ente pubblico di riferimento*» alla stregua della pregnante formulazione ora contenuta nell'art. 3, comma 5, del T.U. n. 267/2000.

¹⁴⁷ Il riferimento culturale qui è a H. A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1989, p. 317 (trad. it. di *Law, Legislation and Liberty*, Routledge & Kegan, London, 1982), nonché a L. VON MISES, *L'azione umana*, UTET, Torino, 1959. Come ricorda A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 195, in nota 11, in riferimento alla posizione di Von Mises, «[...] il mercato è "il primo corpo sociale", nel senso che è il sistema nel quale ciascuno agisce per proprio conto ma tramite le azioni di ciascuno si realizzano anche le finalità generali. Questa concezione non esclude la sussistenza di una interdipendenza tra soggetti nel mercato, ma la definisce secondo quella particolare struttura che risponde al nome di "ordine catallattico", in cui i soggetti interagiscono e cooperano senza alcun accordo sul perseguimento di finalità comuni e senza vincoli solidaristici. La nozione di catallassi, elaborata da von Mises, esprime una visione dei rapporti nel mercato che è ravvisabile nella stessa teoria della mano invisibile di A. Smith [...]». Anche V. POSSENTI, *La questione del bene comune* (tratto da Id., *Le società liberali al bivio*, Genova, Marietti, 1991), ricorda che «[n]ella filosofia pubblica degli ultimi 60 o 70 anni hanno avuto circolazione alcune concezioni che interpretano l'ordine sociale come un fenomeno spontaneo, evolutivo, non intenzionale, autoregolantesi secondo leggi endogene: si ritrova in queste correnti una sorta di ripresa della dottrina smithiana sulla mano invisibile»; con riferimento più specifico ad Hayek, l'Autore osserva che, nella sua opera, «che intende collegarsi con la filosofia scozzese settecentesca di Ferguson, Hume, Smith, il compito dell'autorità politica è di preservare l'ordine spontaneo, evolutivo, catallattico piuttosto che soddisfare specifici bisogni» e che «in un ordine spontaneo catallattico interviene un numero altissimo di scopi singoli sconosciuti e perciò un difetto conoscitivo, che sarebbe sanato solo se si potessero concentrare in un'unica mente le conoscenze sparpagliate in una miriade di attori». Mi pare evidente, tuttavia, che, se inteso (come sembrerebbe trasparire dalle parole della sentenza) in questa accezione forte, derivante dal pensiero liberale, *l'ordine catallattico* appare difficilmente conciliabile con quella sussidiarietà che, se pure esalta capacità di autogoverno delle collettività e di autoamministrazione dei singoli, le colloca in una trama di solidarietà consapevole e non frutto casuale di una meccanica coincidenza di interessi individuali. Esso appare, peraltro, anche poco conciliabile con la teoria dei «*commons*», segnatamente con i fondamentali studi della Olstrom, i quali, come si è osservato, chiariscono che la profezia sulla «*tragedia dei beni comuni*» di Hardin «ha più probabilità di avverarsi se gli utenti del bene comune non si conoscono, non comunicano tra di loro e non hanno coscienza degli effetti delle loro scelte», mentre se gli utenti stessi «sono messi in grado di parlarsi, di sedere intorno a un tavolo e di affrontare insieme i problemi che insorgono da comportamenti individuali irresponsabili, accade che lo sfruttamento del bene comune venga

Soprattutto, esse «evidenziano un'insopprimibile tendenza all'allargamento delle situazioni legittimanti a tutela del cittadino ai fini di un sempre più corretto e migliore esercizio della funzione amministrativa»: una formulazione nella quale, come si vede, si saldano profilo soggettivo (la "tutela del cittadino") e profilo oggettivo (il "sempre più corretto e migliore esercizio della funzione amministrativa"), forse troppo spesso contrapposti come antitetici.

5. Segue: *oltre la dicotomia uti singulus/uti civis (ovvero: del Giano bifronte)*

Ora, per tornare ai beni comuni, o, se si vuole, a fruizione collettiva o diffusa, qui più che altrove mi pare si imponga la necessità di ripensare la distinzione fra ricorrente "*uti singulus*" e "*uti civis*", superando questa sorta di schizofrenia che appare il precipitato a livello individuale della *tradizionale antitesi pubblico/privato* - scossa alle fondamenta dall'emergere del principio sussidiario - e della stessa *antitesi fra matrice soggettivistica e oggettivistica* del processo amministrativo: una scissione che ingenera novelli Giani bifronte o ircocervi o centauresse, per riprendere figure mitologiche che hanno conosciuto una certa fortuna nella letteratura amministrativistica degli anni passati.

spontaneamente sottoposto a controllo e il bene si mantenga e continui a essere utilizzabile» (S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa*, cit., p. 5); del resto «[c]iò che viene messo in comune non è semplicemente un bene o una risorsa, ma un modo di agire sociale. Per questo, la conservazione del bene presuppone la presa di coscienza delle interazioni sociali che stanno alla base della sua gestione collettiva» (ivi, p. 6 con richiamo a H. LE CROSNIER, *Elinor Olstrom ou la réinvention des biens communs*, in *Le Monde diplomatique* 15 juin 2012). La sentenza esaminata prosegue poi rilevando che «[...] proprio questa esigenza di una "tutela di genere" impone al giurista di coniugare le diversità degli interessi con un che di universale, facendosi carico di esprimere un "ordine minimo della necessità" che può essere imposto per la tutela di un bene superiore». Si osserva ancora - e qui il richiamo testuale è a M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 151 - che «[c]ome ha affermato un noto studioso di scienze del diritto amministrativo "se nell'arena globale esiste una molteplicità sbalorditiva di vari regimi di diritto privato (diritti delle possibilità) che in gran parte corrispondono ad una massiccia ritirata di regimi di governo e di diritto pubblico, si registra anche un'opposta tendenza in cui il diritto globale tende ad una ricomposizione unitaria", per rispondere a imperativi e bisogni umani la cui tutela appare intrisa di universalità e non può essere limitata da confini di sorta». Si tratta con tutta evidenza di espressioni che sembrano «richiamare un'antica *ratio naturalista*» (R. LOMBARDI, *Azioni popolari "atipiche" e tutela degli interessi diffusi*, in *Cittadinanza ed azioni popolari*, cit., p. 168), quello *ius* che, come s'è ricordato *supra*, "*natura omnia animalia docuit*" e dunque sommamente "intriso di universalità".

Anzitutto quel *public-spirited citizen* che, in ordine ai beni comuni, mira a svolgere «lo specifico ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle loro formazioni sociali sul piano sostanziale» dal principio della sussidiarietà (per usare le parole della sentenza che ha costituito il *leading case* dell'orientamento che ne valorizza le ricadute «anche sul piano procedimentale e processuale»¹⁴⁸) è certamente anche «portatore di un interesse “proprio”, che la legge [recte, oggi, la Costituzione stessa] riconosce degno di tutela, arricchendo in tal modo “la sua personalità giuridica” e ampliando “l’ambito della sua sfera giuridica” e “dei suoi poteri”»¹⁴⁹.

Rispetto ad un bene non genericamente “adespota”, bensì “comune”, tale iniziativa, ancorché orientata all'*interesse generale*, non sembra sfociare puramente e semplicemente in un *interesse astratto alla mera legalità*; neppure può dirsi che si tratti di un interesse «che trascende il singolo cittadino per riferirsi alla comunità nel suo complesso» e pertanto «di tutti e di nessuno singolarmente considerato»¹⁵⁰.

Essa esprime piuttosto un simmetrico “interesse comune”, ossia un interesse che non è meno *proprio* per la circostanza - enfatizzata da una sorta di pre-comprensione giurisprudenziale - di non essere *esclusivo*, così salvaguardandosi la prescrizione costituzionale risultante dall'art. 24 («*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*»), più volte evocata in direzione restrittiva della legittimazione.

In certo senso potrebbe dirsi, con formula riassuntiva, che si tratta di consumare il passaggio da “*beni adespoti*” oggetto di “*interessi adespoti*” a “*beni comuni*” catalizzatori di “*interessi comuni*” che su di essi convergono.

Non sfugge, peraltro, che la giurisprudenza pare soprattutto preoccupata di arginare una potenziale *litigation explosion*, scoraggiando l'incentivazione, com'è stato icasticamente affermato, «di Masanielli o di Cola di Rienzo

¹⁴⁸ TAR Liguria, I, 18 marzo 2004, n. 267, edita in *Riv. giur. edilizia*, n. 4/2004, I, pp. 1444 ss., con nota di R. DAMONTE, *Il T.A.R. Liguria fa il punto sulla legittimazione a ricorrere in giudizio di un ente privato costituito a tutela dell'ambiente*, ivi, pp. 1456, ss.

¹⁴⁹ Così, F. TERESI, *Considerazioni sull'azione popolare avverso le licenze edilizie e spunti ricostruttivi delle azioni popolari in generale*, in *Foro amm.*, 1971, p. 844; L. PALADIN, voce *Azione popolare*, in *Novissimo dig.*, II, UTET, Torino, 1958, p. 90 e, da ultimo, C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi*, cit., pp. 277-278.

¹⁵⁰ Così TAR Campania, Napoli, n. 4520/2011, cit., definisce l'interesse diffuso o collettivo «come l'interesse alla tutela dell'ambiente [...]».

annidati all'interno del bozzolo della esponenzialità¹⁵¹, con il rischio di «trascinare l'esercizio stesso della funzione giurisdizionale in un limbo di "oclocrazia giudiziaria"¹⁵², o un'incontrollata espansione dell'accesso dei singoli alla tutela¹⁵³, con un eventuale uso dello strumento processuale *aemulandi causa*.

Alla radice dell'esigenza di selezionare i legittimati *ad causam* v'è dunque, *in apicibus*, una motivazione, comprensibile e financo condivisibile,

¹⁵¹ R. POLITI, *Liberalizzazioni e centrifugazione della legittimazione a ricorrere. Dall'irreversibilità della tendenza, il (possibile) tramonto del modello processuale "soggettivo"*, Relazione al convegno "La legittimazione ad agire nel processo amministrativo", tenutosi presso la sede del TAR del Lazio il 7 novembre 2012, in *www.giustizia-amministrativa.it*, p. 26. Cfr., altresì, p. 16, ove si enfatizza infatti la «necessaria tutela del principio dell'interesse soggettivizzato, la cui deflagrazione e successiva ricomposizione in soggetti "diffusi", e/o variamente connotati da esponenzialità rischia di porre nelle mani di oligopoli, pur "democraticamente" battezzati, la sindacabilità degli atti dell'Amministrazione: e, con essa, la verifica della rispondenza delle scelte da quest'ultima posta in essere al pubblico interesse».

¹⁵² *Ibidem*, p. 25. Secondo l'Autore infatti «[l]a non declinabilità del riferimento alla soggettività della legittimazione trova [...] puntuale corrispondenza nell'esigenza di scongiurare, di contro, la pratica affermazione di una sorta di "azionabilità popolare": la quale, integrando uno strumento di agevole maneggiabilità, quanto surrettizia impiegabilità, verso finalità "altre" rispetto alla mera affermazione del principio di diritto, ben è suscettibile di trascinare l'esercizio stesso della funzione giurisdizionale in un limbo di "oclocrazia giudiziaria", quale "naturale" sviluppo involutivo della proclamazione stucchevolmente "democratica" della quale assume di essere portatrice». Il richiamo è alla «teoria dell'Ανακύκλωσις (anaciclosi), sviluppata da Polibio ma precedentemente elaborata da Platone», secondo la quale «le tre costituzioni fondamentali si possono sdoppiare in una benigna e in una maligna che si succedono involutivamente dalla migliore alla peggiore, come avviene nel ciclo biologico e in ottemperanza al principio di decadimento, per il quale ogni cosa prodotta dall'uomo è destinata a degenerare»; un processo cui «non si sottrae la democrazia, destinata anch'essa a degenerare quando curerà con "leggi alla rinfusa" solo gli interessi delle masse trasformandosi in ὀχλοκρατία (oclocrazia)». Da ultimo si vedano i rilievi di M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali*, cit., p. 749, pp. 788-789 e p. 754, ove la citazione di un significativo passo di F. G. Scoca sulla necessità di «evitare che vengano definiti soltanto genericamente o in modo impreciso i fattori legittimanti, con la conseguenza inopportuna di dilatare la discrezionalità del giudice nella valutazione di tali fattori: si pensi alla valutazione del grado di rappresentatività dell'organismo o della serietà dei suoi scopi o ancora della sua capacità difensiva», elementi tutti che «devono essere ancorati a criteri di valutazione per quanto possibile rigidi e indisponibili da parte del giudice [...]».

¹⁵³ Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, come ricorda D. SICLARI, *Profili di diritto processuale amministrativo: class actions e tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., vol. I, p. 423, hanno sostenuto, sulla questione interessi diffusi/interessi collettivi, che «l'esclusione dell'accesso dei singoli alla tutela giudiziale appare giustificata dall'esigenza di evitare che una pluralità indefinita di interessi identici sia richiesta con un numero indeterminato di iniziative individuali seriali miranti agli stessi effetti, con inutile aggravio del sistema giudiziario e conseguente dispersione di una risorsa pubblica; e con frustrazione, inoltre, dell'effetto di incentivazione dell'aggregazione spontanea di più individui in un gruppo esponenziale [...]» (Cass. civ., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 736).

che sembra tuttavia appartenere più all'ordine dei fatti che delle idee, delle ragioni pratiche che non di immutabili ragioni di principio o di irrefutabili dati di diritto positivo (ché, anzi, la sopravvenuta disciplina europea, sempre in materia ambientale, potrebbe semmai indurre, come si vedrà, in direzione opposta).

Ora, può essere interessante, guardando ancora una volta all'esperienza del diritto romano, osservare che anche in riferimento alle *actiones populares* le fonti attestano la soluzione per cui «[s]i plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem»¹⁵⁴.

Parafrasando il concetto, ci si può così interrogare su quale sia, in tema di beni comuni, il criterio selettivo *idoneior*, il criterio *poziore*.

Il criterio privilegiato dalla giurisprudenza, quello della *vicinitas*, anche se diluita (o “elasticizzata”) in senso “funzionale” e non solo “fisico”¹⁵⁵, sembra mostrare delle aporie per la peculiarità delle *res communes omnium*, a partire da quelle ambientali, e comunque rivestire una rilevanza non assoluta né assorbente ed un’analoga valutazione è in fondo già emersa da quanto si è osservato riguardo agli altri criteri “strutturali” sfocianti in quei “fenomeni di entificazione” dai quali si svincola oggi il “percorso di autonomia” tracciato dalla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, per riprendere le parole del Consiglio di Stato stesso.

6. Segue: *dalla struttura al ruolo e alla funzione*

Spunti utili a rispondere all'interrogativo posto, chiudendo così il cerchio di queste argomentazioni, sono offerti da una recente giurisprudenza del

¹⁵⁴ Paul. 1 *ad ed.* D. 47.23.2. Come precisa M. GIAGNORIO, *Brevi note*, cit., p. 35, «il passo si riferisce all'ipotesi in cui più persone avessero contemporaneamente agito con un'*actio popularis*». L'esperienza romana offre spunti interessanti anche in ordine ad un altro rilevante profilo, come risulta dalle già richiamate riflessioni di A. SCHIAVON, *Acqua e diritto romano*, cit., pp. 161-162, il quale, dal confronto tra due frammenti relativi all'interdetto *ne quid in flumine publico fiat*, volto al mantenimento delle condizioni di navigabilità del fiume, ed all'interdetto *de ripa munienda*, per la *tuitio* delle *ripae* da rischi di esondazioni dello stesso, ricava «l'impressione che dovessero essere ben presenti, tanto al pretore quanto alla giurisprudenza, i possibili conflitti tra interessi superindividuali che possono sorgere con riferimento a beni pubblici e che coscientemente fosse accordata prevalenza a quello riconducibile alla più generale utilizzabilità da parte della comunità [...]».

¹⁵⁵ Cfr. G. TULUMELLO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi in materia urbanistica*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 2/2009, pp. 59 ss.; R. GIANI, *Interessi meta-individuali*, cit., p. 209.

TAR Liguria, che sembra così riproporsi come apripista sul terreno della legittimazione.

In una vicenda che vede il Comune di Sanremo indire una procedura di gara per la concessione ventennale di un compendio immobiliare comprendente anche circa 250 mq di arenile presentano ricorso un certo numero di residenti i quali deducono la violazione della normativa regionale che subordina il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime alla condizione che la percentuale delle spiagge libere nel territorio comunale sia almeno pari al 20% del fronte totale delle aree balneabili, destinazione che non risulterebbe rispettata¹⁵⁶.

La vicenda investe così quei *litora maris* ricompresi, come s'è ricordato al § 3, fra le *res* che “*naturali iure communia sunt omnium*”, ancorché, come pure s'è accennato, non indisponibili da parte dei privati¹⁵⁷.

La difesa comunale eccepisce che la pretesa dei ricorrenti, «*nella loro qualità di residenti*», di fruire gratuitamente del tratto di arenile dato in concessione andrebbe derubricata a «*mero interesse di fatto all'uso della cosa pubblica*», non evidenziando «*alcuna posizione giuridica differenziata*» e stante che l'ordinamento, secondo formula ormai rituale, «*non prevede in materia alcuna ipotesi di azione popolare*».

A ciò si controbatte, da parte ricorrente, anzitutto individuando nel principio di sussidiarietà «*il riconoscimento della legittimazione dei singoli ad impugnare, senza che sia necessaria l'intermediazione di alcun ente portatore di interessi generali, i provvedimenti che incidono negativamente sulla qualità della vita dei soggetti residenti in un determinato territorio*»¹⁵⁸ ed enfatizzando «*inoltre*» - quasi si trattasse di due piani diversi - le «*nuove disposizioni normative in materia di “federalismo demaniale” che, prevedendo specifiche forme di partecipazione dei cittadini ai procedimenti concernenti la destinazione dei beni pubblici, comporterebbero la piena legittimazione dei*

¹⁵⁶ TAR Liguria, II, 31 ottobre 2012, n. 1348, in *Urb. e App.*, n. 2/2013, pp. 203 ss., con nota di R. GIANI, *Interessi meta-individuali*, cit., pp. 205 ss.

¹⁵⁷ Secondo Nerazio, infatti, «*nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum*» (cfr., *supra*, note nn. 70 e 80).

¹⁵⁸ Si noti che anche in questa pronuncia, così come si è osservato a proposito della sentenza n. 6554/2010 della Sez. VI del Consiglio di Stato (cfr. nota n. 144), la sussidiarietà viene giocata sul terreno del rapporto fra iniziativa dei singoli e “intermediazione” di enti portatori di interessi generali, lasciando così intendere un riferimento non necessariamente circoscritto ad enti “pubblici”, ma anche a formazioni sociali più o meno “istituzionalizzate” e pertanto più o meno formalmente cooptate o attratte nella dimensione pubblica.

singoli membri della comunità territoriale ad impugnare gli atti che risultino eventualmente lesivi del diritto di usufruire liberamente dei beni medesimi».

Il collegio, senza prendere posizione sull'argomentazione relativa alla sussidiarietà, si appunta sulla normativa da ultimo ricordata, segnatamente sull'«art. 2, comma 4, del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85 che impone all'ente territoriale di disporre del bene pubblico “nell'interesse della collettività rappresentata” e di favorire la massima valorizzazione funzionale del bene medesimo “a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata”», prevedendo altresì modalità di informazione e di coinvolgimento della collettività in tale «processo di valorizzazione»¹⁵⁹.

Richiamandosi alla sentenza n. 938 del 15 giugno 2011 della stessa sezione, il TAR ligure conclude che «le nuove previsioni normative inerenti la destinazione funzionale dei beni pubblici e la partecipazione dei cittadini ai relativi procedimenti comportano il diretto riconoscimento, in capo ai soggetti residenti nel territorio comunale, della legittimazione ad impugnare gli atti di destinazione dei beni pubblici comunali»¹⁶⁰.

Il Consiglio di Stato, nel riformare la sentenza n. 938¹⁶¹, ha sostenuto che la normativa su cui ha fatto perno il TAR ligure «non contiene veri e propri precetti giuridici, bensì la semplice raccomandazione ad attenersi a generici e ben noti canoni di buona amministrazione: ricercare la soluzione più conveniente per gli interessi della popolazione e tenere informata la popolazione stessa delle scelte che si stanno prendendo» e che pertanto «non sembra possibile riconoscere in questi inviti un significato giuridicamente innovativo tanto da incidere sull'esito della controversia».

¹⁵⁹ Nella relazione illustrativa del D.Lgs. n. 85/2010, come ricorda M. GIAGNORIO, *Il contributo del civis nella tutela delle res in publico usu*, in *TSDP-VI* 2013, p. 2, lo stesso federalismo demaniale viene presentato come un «federalismo di valorizzazione», una *mise en valeur* che dovrebbe così auspicabilmente collocarsi all'incrocio fra la logica di *proximità* tipica della *sussidiarietà verticale* e quell'*amministrazione condivisa* indotta dalla *sussidiarietà orizzontale*, e non risultare funzionale ad un mero “*rent seeking*”, ad un'esigenza contingente di fare cassa, com'è stato paventato (cfr. *ivi*, p. 3, con richiamo a S. SETTIS, *Azione popolare*, cit., pp. 95 ss.).

¹⁶⁰ Si noti che il collegio intende «i principi discendenti dalla normativa in materia di “federalismo demaniale” [...] alla stregua di istanze giuridiche ormai sedimentate nell'ordinamento, per cui l'interprete risulta legittimato ad estenderne l'ambito applicativo al di là dell'oggetto *ivi specificatamente considerato*» (come nella fattispecie, non riguardante «propriamente un bene comunale», bensì «un bene del demanio statale la cui gestione sia affidata ex lege all'ente locale [...]») e, potrebbe aggiungersi qui, ad estenderlo alla più ampia vicenda dei “beni comuni”.

¹⁶¹ Cons. Stato, III, 8 settembre 2011, n. 5063.

Il declassamento della precettività giuridica di tale normativa sulla “destinazione funzionale dei beni pubblici” (ed *amplius* dei beni comuni, dei quali, come s’è detto, la fruizione collettiva esprime l’essenza contenutistica) sembra rispondere ad una logica non molto diversa da quella che, come s’è osservato *supra*¹⁶², ha talora condotto la giurisprudenza a sterilizzare la *vis* palinogenetica del principio di sussidiarietà, derubricandolo fra le «*ragioni di ordine politico e sociale e non di ordine giuridico*».

Non è forse un caso: anche tale normativa può essere, infatti, inscritta nell’orizzonte della sussidiarietà¹⁶³, dalla quale scaturisce, secondo la dottrina più attenta alle sue implicazioni, un vero e proprio “diritto di cura” dei beni comuni da parte dei cittadini¹⁶⁴; anche qui può giocarsi quel “nuovo ruolo ordinamentale” ad essi attribuito, sia singolarmente che nella loro dimensione associativa, dall’art. 118, comma 4, Cost., ruolo che, a ben vedere e *mutatis mutandis*, riecheggia quel “ruolo attivo, di potere e di responsabilità” svolto dal cittadino in ordine alle *res in usu publico*.

Generalizzando ora il discorso si può concludere che, in ordine ai “beni comuni”, assume rilevanza, come criterio selettivo, quella che potrebbe definirsi una “*legitimitatio ex iure gestionis*”, come svolgimento, estrinsecazione, *enforcement* della sussidiarietà.

Essa si esprime e si appunta nella partecipazione ai procedimenti amministrativi: partecipazione effettiva e, alla stregua della giurisprudenza appena esaminata, anche potenzialmente contemplata dalle previsioni che alla sussidiarietà danno corpo e voce.

Si tratta di un criterio che sposta il baricentro dai dati di *struttura al ruolo*, alla *funzione* svolta dal ricorrente, individuale e/o associato, funzione che, nella logica della già evocata concezione oggettiva del fenomeno amministrativo, corrisponde ad una *diffusione della funzione amministrativa* stessa, e che appare inoltre dotato di maggior “pregnanza assiologica” rispetto ad una circostanza di mero fatto come la prossimità.

¹⁶² Cfr. nota n. 73.

¹⁶³ In termini, testualmente, TAR Liguria, n. 938/2011, cit., secondo cui «[l]a previsione sulla partecipazione dei cittadini ai procedimenti riguardanti la destinazione funzionale dei beni pubblici è espressione, oltre che del principio di trasparenza dell’azione amministrativa, di sussidiarietà orizzontale dal momento che la collettività è chiamata alla gestione dei beni pubblici».

¹⁶⁴ Cfr. G. ARENA, *Beni comuni. Un nuovo punto di vista*, editoriale del 19 ottobre 2010, su www.labsus.org, richiamato anche da P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit., p. 25, nota 76.

In questa prospettiva, d'altra parte, sciogliendo ora la riserva posta in apertura di queste riflessioni a proposito di quanto affermato da CGA per la Regione Siciliana, n. 933/2012, si può ancora osservare che l'*idoneior* ad attivarsi processualmente anche in materia ambientale non è detto debba necessariamente coincidere con la struttura associativa, né tantomeno con quella stabile, non occasionale, numericamente imponente, con il rischio, fra l'altro, di imbrigliare le dinamiche e le potenzialità di tutela dei beni comuni nei ranghi imposti da tutori "istituzionali" e non di rado orientati alla conservazione¹⁶⁵.

7. I recenti sviluppi della giurisprudenza europea: verso le "magnifiche sorti e progressive"?

Ci si può ora domandare se ulteriori *segnali*, o *conferme*, del cammino abbozzato nelle considerazioni precedenti siano offerti dagli sviluppi giurisprudenziali degli organi giurisdizionali europei.

Pur in assenza di riferimenti testuali alla categoria dei beni comuni, la peculiarità della *res* ambientale ha determinato in tempi recenti alcune rilevanti pronunce della Corte di Giustizia, orientate ad un significativo allargamento dello *standing* in tale ambito, soprattutto alla luce del sia pur parziale recepimento a livello europeo di quella Convenzione di Aarhus¹⁶⁶, caratterizzata, come noto, da una significativa progressione dall'accesso alle informazioni alla partecipazione del pubblico ai processi decisionali¹⁶⁷ all'accesso alla giustizia in materia ambientale, tre "pilastri" logicamente connessi che appaiono sorreggersi o quanto meno rafforzarsi reciprocamente¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Per quest'ordine di idee, in riferimento alla problematica generale degli interessi diffusi, si vedano soprattutto le considerazioni critiche di M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., specie cc. 19-20, ove, a proposito del requisito della *stabilità*, si osserva che esso «opera come un inesorabile filtro di rigorosa delimitazione dell'accesso, in funzione conservatrice».

¹⁶⁶ La Convenzione, firmata il 25 giugno 1998 nella cittadina danese di Aarhus, oltre che da numerosi Stati, anche dalla Comunità europea, è stata ratificata da quest'ultima con decisione del Consiglio 2005/370 CE del 17 febbraio 2005. In attuazione di tale accordo sono poi state adottate, in particolare, la direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 sull'accesso alle informazioni ambientali e la direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 maggio 2003 sulla partecipazione ai procedimenti ambientali generali e individuali.

¹⁶⁷ Cfr. in proposito le riflessioni di G. MANFREDI e S. NESPOR, *Ambiente e democrazia: un dibattito*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, pp. 293 ss.

¹⁶⁸ Non pare superfluo ricordare che, ai sensi del settimo e ottavo "considerando" della Convenzione di Aarhus, questi tre pilastri sorreggono sia l'affermazione del diritto di vivere in un

Tuttavia, ad una considerazione realistica, il *trend* giurisprudenziale descritto non appare immune da incertezze, che verosimilmente scontano anche la non compiuta trasposizione dello strumento di diritto internazionale richiamato, proprio in relazione al profilo più delicato e problematico, quello dell'accesso alla giustizia¹⁶⁹, nodo cruciale all'intersezione delle differenti tradizioni processuali - e delle relative matrici costituzionali - degli Stati membri.

Nella giurisprudenza esaminata appare certamente evidente lo sforzo, sintonico con quanto sin qui sostenuto, di ridimensionare il rilievo di fattori strutturali a beneficio, viceversa, del profilo attinente all'attività, al ruolo, alla "funzione" degli attori che aspirano a vedersi riconosciuta la legittimazione attiva nello specifico ambito considerato.

Emblematica in tal senso la decisione 15 ottobre 2009, in causa C-263/08 (*Djurgården*)¹⁷⁰, con la quale la Sez. II si è pronunciata in via pregiudiziale in una vicenda relativa ad un'associazione di protezione ambientale svedese: il ricorso di quest'ultima avverso una decisione che

ambiente salubre, sia l'adempimento dell'obbligo di « *tutelare e migliorare l'ambiente, individualmente o collettivamente, nell'interesse delle generazioni presenti e future*», diritto e dovere riconosciuti a ciascuna persona: si ripropone anche qui pertanto quella dimensione doverosa, con la connessa responsabilità intergenerazionale, che costituisce, come s'è visto, profilo eminente della tematica dei *commons*.

¹⁶⁹ Il par. 1 dell'art 9 della Convenzione, in tema di tutela avverso il diniego di accesso, ha trovato attuazione nell'art. 6 della direttiva 2003/4/CE. I par. 2 e 4 dell'art. 9, contenenti le disposizioni sull'accesso alla giustizia tanto dei singoli quanto delle organizzazioni non governative, nonché i criteri applicabili ai procedimenti giurisdizionali, sono stati trasposti nel diritto dell'Unione con la direttiva 2003/35/CE, la quale ha modificato e integrato la direttiva 85/337/CEE sulla valutazione d'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati e la direttiva 96/61/CE sulla prevenzione e riduzioni integrate dell'inquinamento e dunque in un ambito settoriale. Per quanto riguarda invece la previsione di portata più generale, quella del par. 3 dell'art. 9 (su cui cfr. *infra*, in nota 199), essa è stata incorporata solo parzialmente nel diritto dell'Unione, mediante il Regolamento (CE) n. 1367/2006 - di cui costituisce poi applicazione la decisione CE n. 2008/50 - che tuttavia si applica solo alle istituzioni ed agli organi dell'Unione (cfr., in tema, S. RUINA, *La legittimazione attiva delle associazioni ambientaliste nel diritto comunitario*, in *Giornale dir. amm.*, n. 8/2008, pp. 825 ss.). Infatti una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso alla giustizia in materia ambientale presentata dalla Commissione il 24 ottobre 2003 non ha avuto seguito.

¹⁷⁰ Cenni in proposito in M. CERUTI, *L'accesso alla giustizia amministrativa in materia ambientale in una recente sentenza della Corte di Giustizia e la lunga strada per il recepimento della Convenzione di Aarhus da parte dell'Italia* in *Riv. giur. ambiente*, n. 1/2010, p. 115; F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso*, cit., pp. 101 ss.; E. FASOLI, *Associazioni ambientaliste e procedimento amministrativo in Italia alla luce degli obblighi della Convenzione UNECE di Aarhus del 1998*, in *Riv. giur. ambiente*, nn. 3-4/2012, pp. 331 ss.

autorizzava il Comune di Stoccolma ad avviare lavori per un tunnel di interrimento di cavi elettrici ad alta tensione, previo drenaggio della acque freatiche, era stato dichiarato irricevibile dal competente giudice svedese, non possedendo la ricorrente il numero minimo di duemila aderenti imposto dall'art. 13 del capo 16 del codice dell'ambiente svedese quale requisito per poter impugnare le decisioni relative ad un'autorizzazione in base a tale normativa.

Alla luce della direttiva 85/337/CEE¹⁷¹ la Corte ammette bensì che le norme nazionali deputate a fissare i presupposti di legittimazione attiva di un'associazione di tutela ambientale possano contemplarne una soglia numerica, la cui rilevanza è funzionale peraltro «*ad assicurarsi della effettività della sua esistenza e della sua attività*»¹⁷² e sembrerebbe qui declinarsi quindi come misuratore ed indice di “cittadinanza societaria” della medesima, per usare categorie richiamate in precedenza.

Tuttavia, precisa la Corte, tale soglia non può essere collocata ad un livello tale da vanificare l'effetto utile della normativa comunitaria, svuotandone la portata e mortificando la garanzia di «*un ampio accesso alla giustizia*»¹⁷³, come nel caso della previsione svedese di ben 2000 iscritti, soglia esiziale per quelle associazioni locali reputate per contro più idonee ad attivarsi per operazioni di portata infranazionale o regionale¹⁷⁴.

Ne consegue pertanto un netto ed inequivocabile *ridimensionamento* di uno dei principali fattori propri di una logica di “*entificazione*” (da non

¹⁷¹ Viene in considerazione, in particolare, l'art. 10 *bis* (al quale corrisponde ora l'art. 11 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2011/92/UE), aggiunto dalla già richiamata direttiva 2003/35/CE, il quale recita: «*Gli Stati membri provvedono, in conformità del proprio ordinamento giuridico nazionale, affinché i membri del pubblico interessato: a) che vantino un interesse sufficiente o, in alternativa, b) che facciano valere la violazione di un diritto nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto, abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi ad un organo giurisdizionale o ad un altro organo indipendente ed imparziale istituito dalla legge per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni sulla partecipazione del pubblico stabilite dalla presente direttiva. Gli Stati membri stabiliscono in quale fase possono essere contestati le decisioni, gli atti o le omissioni. Gli Stati membri determinano ciò che costituisce interesse sufficiente e violazione di un diritto, compatibilmente con l'obiettivo di offrire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia. A tal fine, l'interesse di qualsiasi organizzazione non governativa ai sensi dell'art. 1, paragrafo 2, è considerato sufficiente ai fini della lett. a) del presente articolo. Si considera inoltre che tali organizzazioni siano titolari di diritti suscettibili di essere lesi ai fini della lett. b) del presente articolo. [...]*» Tale disposizione, come si è anticipato, costituisce la trasposizione del par. 2 dell'art. 9 della Convenzione.

¹⁷² Cfr. il punto 47 della sentenza.

¹⁷³ Cfr. il punto 45.

¹⁷⁴ Cfr. il punto 50.

intendersi in senso necessariamente pubblicistico) delle forme di tutela giurisdizionale.

La sentenza sembrerebbe in verità ridimensionare anche il nesso partecipazione procedimentale/legittimazione processuale¹⁷⁵. In questi termini in realtà mi pare depongano soprattutto le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Sharpston¹⁷⁶; quanto alla sentenza, è bensì vero che la Corte configura la «partecipazione al processo decisionale in materia ambientale» ed il ricorso giurisdizionale come istituti distinti e caratterizzati da «una finalità diversa», talché la prima «non incide sulle condizioni di esercizio» del secondo¹⁷⁷. Tuttavia il discorso mi sembra muoversi non tanto nella direzione di negare la valenza anche processuale offerta dalla partecipazione, quanto di escludere che le *chances* di tutela giurisdizionale, sotto il profilo della perimetrazione delle *iustae partes*, possano essere assorbite da una maggiore latitudine della tutela endoprocedimentale, secondo un approccio riconducibile ad un modello di “alternatività” tra procedimento e processo, per rifarsi alla nota tassonomia del Nigro¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Sostanzialmente in tal senso cfr. il commento di F. CORTESE, *La partecipazione procedimentale e la legittimazione processuale in materia ambientale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2010, p. 500, nonché G. MASTRODONATO, *L'accesso alla giustizia per la protezione dell'ambiente nell'interpretazione della Corte di Giustizia*, in *Dir. giur. agr.*, n. 1/2012, p. 31.

¹⁷⁶ Qui si esclude infatti che «[...] l'articolo 6 della direttiva 85/337, come modificata, in combinato disposto con l'articolo 1, n. 2, che prevede la partecipazione delle organizzazioni ambientaliste, in qualità di “pubblico interessato”, ai procedimenti amministrativi di autorizzazione, operi come un passe-partout, il cui utilizzo apre automaticamente le porte del sindacato giurisdizionale previsto dall'articolo 10 bis » (cfr. punti 32 e 57), affermandosi altresì che «[...] l'accesso alla giustizia non è la conseguenza diretta della previa partecipazione alla fase amministrativa» (cfr. punto 44) e concludendosi che «[l]’articolo 10 bis della direttiva 85/337/CEE, come modificata dalla direttiva 2003/35, non garantisce, in generale, che il “pubblico interessato”, per il fatto di aver partecipato alla procedura di autorizzazione a norma dell'articolo 6 della direttiva stessa, abbia accesso illimitato alla giustizia» (cfr. punto 82). In verità, come risulta chiaramente dal punto 71 delle *Conclusioni*, esaminare se la partecipazione al procedimento di un'organizzazione non governativa «condizioni un suo ulteriore accesso agli organi giurisdizionali» diviene irrilevante nella logica delle argomentazioni esposte dall'Avvocato generale, decisivo rivelandosi «non tanto che partecipi o meno ad una qualsiasi fase del procedimento», quanto il possesso da parte delle medesima dei requisiti per la qualifica, lo status, di “pubblico interessato” ai sensi del citato art. 1, n. 2 dir. 85/337/CEE, patente di acquisto automatico del diritto di accesso alla giustizia.

¹⁷⁷ Cfr. il punto 38 della sentenza.

¹⁷⁸ M. NIGRO, *Procedimento e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 252 ss., specie pp. 257 ss.

È precisamente ad uno schema di questo tipo che si appellava il Governo svedese, ricordando che «*la normativa nazionale garantisce un accesso praticamente illimitato al “pubblico” durante la fase amministrativa del procedimento di valutazione ambientale*»¹⁷⁹; la Corte osserva, tuttavia, che «*[...] la circostanza evidenziata dal Regno di Svezia, secondo cui le norme nazionali aprono ampie possibilità di partecipare a monte al procedimento di elaborazione della decisione relativa ad un’operazione non è affatto idonea a giustificare che il ricorso giurisdizionale contro la decisione adottata al suo esito venga ammesso soltanto a condizioni restrittive*»¹⁸⁰.

È in questo contesto che va così collocata e letta anche la conclusione della Corte secondo cui «*[i] membri del pubblico interessato [...] devono poter impugnare la decisione con cui un organo giurisdizionale, appartenente all’organizzazione giudiziaria di uno Stato membro, si è pronunciato in merito ad una domanda di autorizzazione di un progetto, a prescindere dal ruolo che hanno potuto svolgere nell’istruzione di detta domanda prendendo parte al procedimento dinanzi a detto organo e facendo valere la propria posizione in tale occasione*»¹⁸¹.

Luci ed ombre caratterizzano anche l’impianto concettuale della sentenza della Sez. IV, 12 maggio 2011 in causa C-115/09 (*Trianel*)¹⁸², quella

¹⁷⁹ Cfr. il punto 47 delle *Conclusioni* dell’Avvocato Generale.

¹⁸⁰ Cfr. il punto 49 della sentenza.

¹⁸¹ Giova precisare che si trattava, nella fattispecie, di organo appartenente all’organizzazione giudiziaria, ma nell’esercizio di «*funzioni non giurisdizionali*» come sostenuto dall’Avvocato Generale (cfr. il punto 38), per il quale, conseguentemente «*la decisione adottata da tale organo nel corso del procedimento di autorizzazione che è oggetto della presente causa rientra tra le “procedure decisionali in materia ambientale” cui si riferisce l’articolo 6 della direttiva 85/337, come modificata*».

¹⁸² Cfr., in proposito, F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso*, cit., pp. 101 ss.; G. MASTRODONATO, *L’accesso alla giustizia*, cit., pp. 28 ss.; EAD., *Tutela amministrativa dell’ambiente*, cit., p. 158; F. GIGLIONI, *Legittimazione processuale a tutela dell’ambiente*, in www.labsus.org; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell’ambiente*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, vol. I, cit., pp. 202 ss.; G. TULUMELLO, *Access to justice from the point of view of a judge*, testo provvisorio della relazione alla Conferenza “*Enforcement of EU Environmental Law: Role of the Judiciary*”, organizzata dalla Commissione europea il 10 e 11 novembre 2011, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *The fish can go to the court (o della Ferrari con le portiere bloccate: brevi note in tema di influenza del diritto dell’U.E. sul diritto processuale amministrativo interno)*, in www.giustamm.it, maggio 2011. La vicenda da cui origina la sentenza è la seguente: viene sottoposto a procedura di valutazione ambientale il progetto volto alla costruzione di una centrale elettrica a carbone a Lünen, nel Nordrhein-Westfalen, da localizzarsi in prossimità peraltro di aree designate quali riserve naturali e dunque interessare anche dalla Direttiva *Habitat* (Direttiva 92/43/CEE). L’amministrazione distrettuale di Arnsberg rilascia una decisione preliminare e

che più direttamente interseca i nodi teorici della tematica della legittimazione anche con riguardo alla tematica ambientale.

Chiamata a confrontarsi con una normativa nazionale, quale quella tedesca, nella quale la ricevibilità di un'azione viene subordinata «*alla condizione che il ricorrente faccia valere che la decisione amministrativa impugnata pregiudica un diritto individuale che può, secondo il diritto nazionale, essere qualificato come diritto pubblico soggettivo*»¹⁸³, la Corte pone ancora una volta al centro dell'*iter* argomentativo la salvaguardia della possibilità per le associazioni di tutela dell'ambiente di «*svolgere il ruolo loro riconosciuto tanto dalla direttiva n. 85/337/CEE quanto dalla Convenzione di Aarhus*»¹⁸⁴.

un'approvazione parziale per il progetto, oggetto di un ricorso da parte della ONG ambientale conosciuta come *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*. Si tratta di un'associazione riconosciuta ai sensi dell'art. 3 dell'*Umwelt-Rechtbehelfsgesetz - UmwRG*, disposizione che specifica i «*requisiti imposti dalla legge nazionale*» che una ONG ambientale deve soddisfare ai sensi dell'art. 1, n. 2, della direttiva VIA. La corte d'appello amministrativa del *Land Nordrhein-Westfalen* non ha ritenuto legittimata l'associazione in parola «*dal momento che non ha fatto valere la violazione di un diritto sostanziale dei singoli, come prescritto dal diritto tedesco per ottenere legittimazione ad agire*» e tuttavia il giudice si è chiesto «*se la prescrizione tedesca, in base alla quale una ONG ambientale deve far valere la violazione di un diritto in tal senso sia, in quanto tale, compatibile con il diritto dell'Unione europea [...]*» (cfr. il punto 25 delle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Sharpston). Si noti che, proprio sulla spinta dell'ordinamento UE e segnatamente di questa sentenza, alla *Umwelt-Rechtbehelfsgesetz - UmwRG* sono state recentissimamente apportate «*modifiche legislative assai contestate* (pubblicate sul BGBl 12 aprile 2013, n. 17)» (cfr. G. ADAMO - R. PERNÀ, *Il XVII Verwaltungsgerichtstag*, in www.giustizia-amministrativa.it, giugno 2013).

¹⁸³ Cfr. il punto 36 della sentenza.

¹⁸⁴ Cfr. il punto 44 della sentenza: «*Se spetta [...] agli Stati membri stabilire, qualora il loro sistema giuridico sia configurato in tal modo, quali siano i diritti la cui violazione può dar luogo a un ricorso in materia d'ambiente, nei limiti assegnati dall'art. 10 bis della direttiva n. 85/337/CEE, essi, nel procedere a tale determinazione, non possono privare le associazioni a tutela dell'ambiente, rispondenti ai requisiti di cui all'art. 1, n. 2, della direttiva, della possibilità di svolgere il ruolo loro riconosciuto tanto dalla direttiva n. 85/337/CEE quanto dalla Convenzione di Aarhus*». Incidentalmente si noti che il «*ruolo attivo nella tutela dell'ambiente*» che «*sono naturalmente chiamati a svolgere*» tanto i privati quanto le associazioni viene recentissimamente associato dalla Corte (sentenza 11 aprile 2013 in causa C-63/2011) alla stessa problematica delle spese del procedimento giurisdizionale in materia ambientale, le quali pertanto - per essere conformi al requisito del carattere «non eccessivamente oneroso» sancito tanto dal quinto comma dell'art. 10 bis della direttiva 85/337/CEE, quanto dal quinto comma dell'art. 15 bis della direttiva 96/61/CE sulla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento - «*non devono superare le capacità finanziarie dell'interessato né apparire, ad ogni modo, oggettivamente irragionevoli*» e vanno altresì parametrize all'«*importanza della posta in gioco*» per il richiedente e per la tutela dell'ambiente (cfr. i punti 40 e 46 della sentenza).

Inoltre la Corte ridimensiona a chiare lettere la rilevanza della prossimità («*la condizione di essere più o meno prossimi ad un impianto*») e quella della lesione, dell'effettivo pregiudizio («*di subire in un modo o nell'altro gli effetti del suo funzionamento*»)¹⁸⁵: *vicinitas* e *injury in fact test* che rappresentano due *totem* ai quali il giudice amministrativo italiano appare, come s'è visto, spesso abbarbicato.

Tuttavia il superamento di questi criteri è *solo relativo*: il ragionamento riposa infatti sulla constatazione che si tratta di «*condizioni che solo altre persone fisiche o giuridiche possono soddisfare*»¹⁸⁶ (e che pertanto sembra possano continuare a valere per queste ultime), mentre viene reputato incongruo per le ONG ambientaliste.

Tutta l'argomentazione è contrassegnata infatti da una divaricazione tra lo *status* delle prime e quello delle seconde, nella quale riaffiora comunque la già evidenziata tendenza ad un processo di "istituzionalizzazione" ed entificazione, tendenza anche in questo caso ben testimoniata anzitutto dalle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale.

Il Governo tedesco giustificava le restrizioni nell'accesso alla tutela che ne caratterizzano l'ordinamento, in una situazione di risorse giudiziarie limitate, come «*corollario pratico dell'elevato livello di controllo giurisdizionale necessario per una tutela giurisdizionale efficace*»¹⁸⁷, quindi come antidoto ai rischi di sovraccarico dei tribunali amministrativi tedeschi, in una logica non molto dissimile in fondo da quella espressa dagli orientamenti restrittivi del giudice amministrativo italiano richiamati nel precedente paragrafo.

Ragioni di ordine pratico vanno a suffragare però anche la «*legittimazione più ampia*» e la «*posizione eccezionalmente privilegiata*» che l'Avvocato Generale riconosce alle ONG ambientali agenti «*per conto dell'ambiente stesso*»¹⁸⁸, il cui affermato ruolo, potrebbe dirsi, di «*private*

¹⁸⁵ Cfr. il punto 47 della sentenza.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ Cfr. il punto 31 delle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale.

¹⁸⁸ Le ragioni pratiche che giustificano questo *favor* per gli enti esponenziali si riassumono nel grado di «*specializzazione tecnica*» di cui tali strutture sono normalmente fornite a differenza dei singoli e nell'effetto di «*razionalizzazione*» e «*canalizzazione*» del contenzioso, con conseguente «*riduzione del numero di cause pendenti*» e «*miglioramento dell'efficienza*» nell'uso delle limitate risorse giudiziarie (cfr. il punto 51 ed i punti 61 e 62 delle *Conclusioni* del medesimo Avvocato Generale nella causa C-263/08, cit.).

attorney general”, appare così in grado di «*controbilanciare la decisione di non istituire un’actio popularis obbligatoria in materia ambientale*»¹⁸⁹.

Questo *locus standi* privilegiato, sempre nelle affermazioni dell’Avvocato Generale, viene così a ricondursi in definitiva ad un’ipotesi di legittimazione *ex lege* dell’ente esponenziale, titolare di un «*diritto fittizio*» che trascende «*i diritti sostanziali in capo ai singoli*»¹⁹⁰, con una *capitis deminutio* tuttavia dei cittadini singoli, anche qui in fondo considerati «quali detentori di un interesse “debole”, presuntivamente ceduto all’associazione»¹⁹¹.

Questo iato si ripropone nella sentenza, laddove si ammette la possibilità per il legislatore nazionale di circoscrivere «*ai soli diritti pubblici soggettivi i diritti di cui può essere invocata la violazione da parte dei singoli nel contesto di un ricorso giurisdizionale promosso avverso una delle decisioni, atti od omissioni previsti dall’art 10 bis della direttiva n. 85/337/CEE*», negando per contro che siffatta limitazione possa applicarsi «*in quanto tale alle associazioni a tutela dell’ambiente salvo travisare le finalità di cui all’art. 10 bis, comma 3, ultima frase, della direttiva n. 85/337/CEE*»¹⁹².

La Corte ravvisa un contrasto tanto «*con l’obiettivo di garantire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia*» quanto «*con il principio di effettività*»¹⁹³ nella «*circostanza che dette associazioni non possano anche invocare la violazione di norme derivanti dal diritto dell’Unione in materia ambientale per il solo motivo che queste ultime tutelano interessi collettivi*», ciò che «*le priverebbe in larga misura della possibilità di far verificare il rispetto*

¹⁸⁹ Cfr. il punto 52. Al punto 63 delle *Conclusioni* del medesimo Avvocato Generale nella causa C-263/08, cit., si sottolinea che la Convenzione di Aarhus e la direttiva 85/337CEE modificata avrebbero «*respinto l’istituzione una actio popularis in materia ambientale*», scegliendo piuttosto di «*rafforzare il ruolo delle organizzazioni non governative per la difesa dell’ambiente*», aggiungendosi che «*[c]on la scelta di tale formula si cercava una via di mezzo per raggiungere un equilibrio tra l’approccio massimalista dell’actio popularis e la tesi minimalista dell’azione individuale, limitata ai portatori di un interesse diretto in gioco*».

¹⁹⁰ Cfr. i punti 46 e 67 delle *Conclusioni*. Non va peraltro dimenticato che è lo stesso terzo comma dell’art. 10 bis della direttiva VIA (corrispondente all’attuale paragrafo 3 dell’art. 11 della direttiva 2011/92/UE) a statuire che «*[...] l’interesse di qualsiasi organizzazione non governativa ai sensi dell’art. 1, paragrafo 2, è considerato sufficiente ai fini della lettera a) del presente articolo*» e che «*[s]i considera inoltre che tali organizzazioni siano titolari di diritti suscettibili di essere lesi ai fini della lettera b) del presente articolo*».

¹⁹¹ Così, efficacemente, M. MAGRI, *Esiste un “terzo pilastro” della Convenzione di Århus?*, pubblicato il 31 gennaio 2012 nel *Forum di Quaderni costituzionali*, p. 2.

¹⁹² Cfr. il punto 45 della sentenza.

¹⁹³ Come osserva in proposito F. GIGLIONI, *Legittimazione processuale*, cit., «*[n]on è dunque un problema solo per i soggetti associativi coinvolti, ma anche del buon funzionamento del sistema*».

di norme derivanti da tale diritto che sono, per la maggior parte dei casi, rivolte all'interesse pubblico e non alla sola protezione degli interessi dei singoli considerati individualmente»¹⁹⁴.

Si ribadisce conclusivamente la possibilità per le associazioni in esame di «*dedurre dall'art. 10 bis, comma 3, ultima frase, della direttiva n. 85/337/CEE il diritto di far valere in giudizio [...] la violazione delle norme del diritto nazionale*» in materia di tutela ambientale (segnatamente derivanti dalla direttiva *Habitat* sulle aree protette) quand'anche ciò non sia consentito dal diritto processuale nazionale «*in quanto le norme invocate tutelano soltanto gli interessi della collettività e non quelli dei singoli*»¹⁹⁵.

Si tratta, con tutta evidenza, di un'impostazione ampiamente garantista sul versante delle forme collettive di tutela, sganciate, in relazione al bene ambiente, dall'ipoteca di una troppo stringente declinazione soggettivistica e tuttavia forse troppo timida, e pertanto monca, in relazione all'evenienza reciproca, in cui cioè siano i singoli a volersi attivare per la tutela degli «interessi della collettività» coinvolti dalle decisioni ambientali: singoli il cui *standing* sembra possa essere tuttora circoscritto dal legislatore nazionale «ai soli diritti pubblici soggettivi» e condizionato dal riscontro di dati fattuali come la *vicinitas* ed il potenziale pregiudizio.

La Corte sembra infatti sottintendere un'equazione fra dimensione collettiva dell'interesse e dimensione parimenti collettiva della tutela, del resto chiaramente affermata già nelle *Conclusioni* della causa C-263/08 (*Djurgården*), laddove l'Avvocato Generale, muovendo dalla premessa che «*l'ambiente naturale non è un bene individuale, bensì collettivo*» e che «*[l]a prevenzione dei danni ambientali è una responsabilità che incombe alla società e non solamente a persone o a interessi isolati*», sostiene che «*[i]n quest'ottica, le norme della Convenzione di Aarhus e della direttiva 85/337 modificata danno forma giuridica alla logica dell'azione collettiva*»¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Cfr. il punto 46 della sentenza.

¹⁹⁵ Cfr. il punto 59 della sentenza. Cfr. altresì il punto 50, ove si dichiara che il citato art. 10 bis osta ad una normativa che non riconosca alle organizzazioni in parola la possibilità di far valere in giudizio, sempre s'intende nell'ambito di un ricorso attinente alla procedura di VIA cui si riferisce la direttiva n. 85/337/CEE, «*la violazione di una norma derivante dal diritto dell'Unione ed avente l'obiettivo della tutela dell'ambiente, per il fatto che tale disposizione protegge esclusivamente gli interessi della collettività e non quelli dei singoli*».

¹⁹⁶ Cfr. il punto 59, ove si aggiunge che «*[l]'individuo si tutela se agisce in gruppo, e la somma degli individui rafforza il gruppo*».

Resta poi da osservare che, a ben vedere, la stessa identificazione postulata dalla Corte di norme “rivolte all’interesse pubblico e non alla sola protezione degli interessi dei singoli considerati individualmente”, anzi, di disposizioni che proteggono “esclusivamente gli interessi della collettività e non quelli dei singoli”, basata su una distinzione tratta dalla supposta finalità intrinseca della norma, sembra porre l’interprete di fronte ad un’incertezza non minore di quella offerta dal responso dell’oracolo (*ibis redibis non morieris in bello...*), come testimoniano del resto, *mutatis mutandis*, le critiche ermeneutiche avanzate nei confronti della celebre partizione guicciardiana norme di azione/norme di relazione.

Soprattutto essa sottovaluta o disconosce l’intreccio di tali dimensioni ed il tendenziale superamento della tradizionale dicotomia «*interesse del singolo*»/«*interesse generale pubblico*»¹⁹⁷ che, segnatamente in materia ambientale, proprio la tematica dei “beni comuni” e l’ottica sussidiaria possono propiziare, secondo quanto si è ipotizzato nei paragrafi precedenti.

Il quadro va completato con la sentenza 8 marzo 2001, in causa C-240/09, mediante la quale la Grande Sezione della Corte di Giustizia UE, pronunciandosi nuovamente su una domanda di pronuncia pregiudiziale¹⁹⁸ in una vicenda relativa alla legittimazione di un’associazione slovacca di tutela ambientale, potenzialmente dischiude, sia pure in modo indiretto, prospettive di portata più ampia.

A fronte delle questioni poste dal giudice di rinvio nelle quali si ipotizzava, fra l’altro, che l’obiettivo principale perseguito dalla Convenzione di Aarhus - di cui qui veniva in considerazione segnatamente l’art. 9, n. 3¹⁹⁹ - fosse «*quello di riformare il concetto classico di legittimazione attiva riconoscendo la posizione di parte processuale anche al pubblico o al pubblico*

¹⁹⁷ Al punto 34 delle *Conclusioni* dell’Avvocato Generale si ricorda infatti che «[s]embra pacifico che in Germania l’ambiente sia tutelato non come espressione di un interesse del singolo, ma come interesse generale pubblico. Di conseguenza, e a titolo di regola generale, le norme intese a tutelare l’ambiente non conferiscono necessariamente anche diritti in capo ai singoli».

¹⁹⁸ Cfr., in proposito, il già citato commento di M. ELIANTONIO, *La tutela diffusa dell’ambiente*, in www.labsus.org; G. MASTRODONATO, *L’accesso alla giustizia*, cit., p. 29; R. ROTA, *Profili di diritto comunitario dell’ambiente*, cit., pp. 200 ss.; F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso*, cit., pp. 101 ss.; G. TULUMELLO, *Access to justice*, cit.

¹⁹⁹ Secondo tale disposizione «[i]n aggiunta, e ferme restando le procedure di ricorso di cui ai paragrafi 1 e 2, ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale».

interessato»²⁰⁰, la Corte ha disconosciuto anzitutto l'efficacia diretta di tale disposizione, posto che l'art. 9, n. 3, rinviando a «*criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale*», risulterebbe «*subordinato, nel suo adempimento e nei suoi effetti*» «*all'intervento di un atto ulteriore*»²⁰¹.

Già nelle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Sharpston si era paventato, in linea del resto con quanto sostenuto nelle altre fattispecie dianzi esaminate, che, in assenza di limitazioni espresse da parte degli ordinamenti nazionali, l'ambito di applicazione potenziale della disposizione esaminata potesse risultare «*molto ampio*» e soprattutto si era sostenuto che lo scavalco della facoltà degli Stati membri di stabilire i criteri che determinano l'applicazione dell'art. 9, n. 3, mediante l'attribuzione alla stessa di un'efficacia diretta, equivalesse «*ad istituire un'actio popularis per via giurisdizionale anziché con atto legislativo*»²⁰².

Si noti che questa argomentazione presenta delle analogie con quanto affermato, sia pure *incidenter tantum*, in un'ormai risalente ordinanza dalla Corte costituzionale²⁰³, secondo la quale «ai fini della tutela dell'ambiente la legittimazione processuale poteva essere oggetto di soluzioni ampliative da parte del solo legislatore»²⁰⁴.

Senonché la chiusura opposta *prima facie* dalla Grande Sezione risulta poi compensata e quasi elegantemente aggirata da un'apertura che in qualche misura recupera l'ipotizzata palingenesi del “concetto classico di legittimazione attiva” indotta dalla Convenzione.

Muovendo dalla necessità di interpretazione uniforme dell'art. 9, n. 3, nonché dalla premessa che detta disposizione «*benché redatta in termini generali, ha lo scopo di assicurare una tutela effettiva dell'ambiente*», la Corte viene a gravare il giudice nazionale di un vero e proprio obbligo di «*interpretare, nei limiti del possibile, le norme processuali concernenti le condizioni che devono essere soddisfatte per proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale in conformità sia degli scopi dell'art. 9, n. 3, [...] sia dell'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, al fine di permettere ad*

²⁰⁰ Cfr. il punto 23 della sentenza.

²⁰¹ Cfr. i punti 44 e 45 della sentenza.

²⁰² Cfr. il punto 89 delle *Conclusioni*.

²⁰³ Corte cost., ord. 29 dicembre 1988, n. 1162, in www.cortecostituzionale.it.

²⁰⁴ F. CORTESE, *La partecipazione procedimentale*, cit., p. 504.

un'organizzazione per la tutela dell'ambiente [...] di contestare in giudizio una decisione adottata a seguito di un procedimento amministrativo eventualmente contrario al diritto ambientale dell'Unione [...]»²⁰⁵.

La Corte pare in definitiva dimostrarsi assai meno preoccupata della “oclocrazia giudiziaria” che dei rischi di affievolimento dell’*effettività dei diritti* e di una raggrinzita *effettività della tutela ambientale* e ridefinisce in questa prospettiva la “gerarchia” tra garanzia dell’ampio accesso alla giustizia e criteri del legislatore nazionale, chiarendo che la prima non può essere sacrificata sull’altare dei secondi, ma ne fornisce per contro gli imprescindibili parametri orientativi²⁰⁶.

Qui non solo la Corte, più che reiterare il noto obbligo di interpretazione conforme, ha «in qualche modo, anche “direzionato” il risultato dell’esercizio interpretativo»²⁰⁷, adagiandolo nell’alveo di un modello per così dire “convenzionalmente orientato”²⁰⁸, ma, com’è pure stato efficacemente osservato, ha promosso i giudici a «“garanti processuali” di cittadini e associazioni che vogliono prendersi cura di interessi collettivi e comuni» (*recte*: del bene comune ambiente), più comprensivamente a garanti processuali della stessa *sussidiarietà orizzontale*²⁰⁹.

Si noti, infatti, che il potere/dovere delle giurisdizioni nazionali «di interpretare le proprie norme processuali nazionali in linea con l’obiettivo di garantire un ampio accesso alla giustizia»²¹⁰ e più in generale con la *ratio* ispiratrice della Convenzione, non sembra possa esaurirsi nel riconoscere una legittimazione *ex lege* e dunque automatica alle sole ONG ambientali, ancorché

²⁰⁵ Cfr. i punti 46 e 51 della sentenza. Cfr. inoltre il punto 50, ove si afferma che «[...] quando è in causa una specie protetta dal diritto dell’Unione, segnatamente dalla direttiva “habitat”, spetta al giudice nazionale, al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori coperti dal diritto ambientale dell’Unione, offrire un’interpretazione del proprio diritto nazionale quanto più possibile conforme agli obiettivi fissati dall’art. 9, n. 3, della convenzione di Aarhus».

²⁰⁶ Già nelle *Conclusioni* presentate il 16 dicembre 2010 dall’Avvocato Generale nella causa C-115/09 si affermava, in riferimento in quel caso all’art. 10 *bis* della direttiva 85/337, che «[l]’obiettivo di garantire “ampio accesso” alla giustizia fornisce i parametri entro i quali gli Stati membri possono esercitare la propria discrezionalità legislativa» (cfr. il punto 70).

²⁰⁷ M. ELIANTONIO, *La tutela diffusa dell’ambiente*, in www.labsus.org.

²⁰⁸ Anche secondo G. MASTRODONATO, *L’accesso alla giustizia*, cit., p. 29, «[i] giudici nazionali - secondo la Corte - devono tener conto, per quanto risulti loro possibile, degli obblighi derivanti dalla Convenzione di Aarhus mediante interpretazioni del diritto positivo analoghe a quelle note nel nostro ordinamento come “costituzionalmente orientate” [...]».

²⁰⁹ M. ELIANTONIO, *La tutela diffusa*, cit..

²¹⁰ *Ibidem*.

ciò avvenga alla stregua di parametri più generosi di quelli tollerati dalle legislazioni nazionali (quali quelli posti *ratione subiecti* dalla normativa svedese o *ratione obiecti* dalla normativa tedesca).

In perfetta sintonia con la logica sussidiaria che, come si è ricordato, non tollera un totale annichilimento dell'autonomia/capacità della persona anche singola nel fenomeno della entificazione, pubblica o privata che sia²¹¹, l'obbligo di interpretazione conforme «più o meno arditamente» suggerito da questa sentenza²¹² va così a riallacciarsi alle previsioni della Convenzione sull'«importante ruolo» che anche «i singoli», oltre che «le organizzazioni non governative e il settore privato possono svolgere ai fini della tutela dell'ambiente» (ottavo “considerando” del Preambolo), sulla necessità che «il pubblico (comprese le organizzazioni) abbia accesso a meccanismi giudiziari efficaci, in grado di tutelarne i legittimi interessi e di assicurare il rispetto della legge» (diciottesimo “considerando” del Preambolo), laddove per «pubblico» si devono intendere «una o più persone fisiche o giuridiche», oltre che, ancora una volta, «ai sensi della legislazione o della prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da tali persone» (art. 2, n. 4), offrendo così un significativo avallo ad un allargamento delle maglie dello *standing* in materia ambientale.

Si noti ancora che il discorso può valere anche per quella previsione del n. 2 dell'art. 9, testualmente, ripresa dall'art. 10 *bis* della direttiva 85/337/CEE (ora art. 11 dir. 2011/92/UE), che pure postula l'obiettivo di garantire «un ampio accesso alla giustizia».

Proprio in riferimento a tale previsione si è opportunamente osservato che «[i]l concetto di *membro del pubblico interessato*, che secondo la Convenzione legittima il singolo alla proposizione del ricorso, implica già una comunanza di interessi [...]»²¹³: si ritorna così all'interesse comune sui beni comuni ed a quell' “importante ruolo” cui lo stesso soggetto è chiamato nel sistema della tutela ambientale (corrispondente al “nuovo ruolo ordinamentale” che in termini più generali l'art. 118, IV comma Cost. assegna ai «cittadini, singoli e associati») e che precipuamente si forgia nella partecipazione: una

²¹¹ Sull'opportunità di «abbandonare la vecchia logica dell'ente “esponentiale”» in cospetto dell'art. 9 della Convenzione di Aarhus cfr. M. MAGRI, *Esiste un “terzo pilastro” della Convenzione di Århus?*, cit., p. 2.

²¹² M. ELIANTONIO, *La tutela diffusa*, cit..

²¹³ M. MAGRI, *Esiste un “terzo pilastro”*, cit., p. 2.

partecipazione non esclusivamente monopolizzata ed irregimentata nei ranghi delle formazioni sociali, specie quelle più strutturate, come risulta anche dal quarto “considerando” della direttiva 2003/35/CE, secondo il quale la partecipazione, «*compresa*», si noti, quella di associazioni, organizzazioni e gruppi, e segnatamente di ONG ambientaliste, «*dovrebbe essere incentivata [...]*».

Ed ecco allora che, a conclusione di queste spigolature, che hanno spaziato dalle *res communes* del diritto romano fino a recenti acquisizioni della giurisprudenza italiana ed europea, si può chiosare, con il poeta, che in tema di legittimazione processuale per la tutela dell'ambiente come bene comune “c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico”.

ABSTRACT

Paolo Duret - *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam*

L'articolo prende le mosse dalla tematica del riconoscimento della legittimazione nel processo amministrativo alle articolazioni periferiche delle associazioni ambientaliste nazionali. Muovendo dall'assunto per cui le forme associative garantiscono, meglio rispetto al singolo individuo, la tutela di interessi superindividuali, l'Autore si sofferma sull'emersione in materia ambientale della categoria dei beni comuni e sulla connessione tra tale fenomeno e l'ampliamento della legittimazione processuale, nonché sulle ripercussioni su quest'ultima del mutamento del rapporto con la “res” che la categoria dei beni comuni necessariamente implica.

L'Autore delinea i tratti essenziali della categoria dei beni comuni, anche alla luce della giurisprudenza e delle recenti proposte di modifica normativa, e delle “figure soggiacenti”; muovendo, poi, dalla giurisprudenza, anche comunitaria, ricerca *ulteriori “indicazioni o segnali di un cammino”* sulla tematica dei beni comuni e della loro tutela.

L'analisi si sofferma, infine, sulla rilevanza del principio di sussidiarietà orizzontale – individuato dalla dottrina come fonte di un “*diritto di cura*” *dei beni comuni da parte dei cittadini* – ai fini della selezione dei legittimati *ad causam* in materia di beni comuni.

The essay comes from the issue of the recognition of national environmental groups and their legitimacy in the administrative process of their peripheral branches. Assuming that associations guarantee, even better than individuals, the protection of personal interests, the Author focuses on the emergence of common goods within the environment and on the connection between this phenomenon and the extension of legal proceedings, as well as on the impact that a change in the relations with the "res" can have on them, a thing that common goods necessarily imply.

The Author outlines the essential features of common goods, also in

the light of laws and the recent proposals of amends for the current legislation, as well as of the "underlying figures". Then, starting from the study of case law, including the European one, he seeks further "indications or signals of a journey" about the issue of commons goods and their protection.

Monica Cocconi

Planning and regulating the renewable electric energy*

TABLE OF CONTENTS: 1. *Research hypothesis and the shape of the renewable energy public policy* – 2. *The rise of the European renewable energy policy and the national jurisdiction* – 3. *The European enforcement of national measures* – 4. *European regulatory power in the area of renewable energy* – 5. *The re-emergence of the national energy planning* – 6. *The place of sector planning* – 7. *The division of powers between political power and regulatory agencies.*– 8. *Conclusions.*

1. *Research hypothesis and the shape of the renewable energy public policy*

According to the *Climate Action Plan* that President Barack Obama presented at the Georgetown University (Washington), he will provide enough renewable energy electricity to power 6 million homes by 2020. Namely, he planned to achieve this goal mainly through the development of the wind and solar energy on public land. The President is committed to pursue his objectives even without Congress' approval, via executive orders.

Similarly, in the *White paper for secure, affordable and low-carbon electricity* of 2011, the UK government for the first time agrees to play a central role in leading the English market towards the 80% harmful emissions reduction target by 2050 (“there is a broad consensus that current market arrangements will not deliver the scale of long-term investment needed, at the required pace, to meet these challenges. Nor will they give consumers the best deal”).

Therefore, it is spreading the idea that the fulfillment of Kyoto Protocol objectives – regarding the reduction of the emissions in order to contrast climate change – can be no longer devolved upon the almost exclusive promotion of renewable energies and energy efficiency measures, but it requires public intervention in the production and distribution of the renewable energy.

This essay questions this idea by understanding the objectives and the boundaries of the renewable energy public policy, as well as its interaction with

* Il presente scritto fa parte di uno studio più ampio di carattere monografico, in corso di pubblicazione e riproduce in parte i contenuti di un saggio già pubblicato su *Dir. dell'ec.* 2014, n. 1, 131 dal titolo *Programmazione e regolazione dell'energia da fonte rinnovabile*. Ringrazio molto la dott.ssa Mariasole Porpora per la collaborazione linguistica.

the European and national regulatory policies, which aim to preserve free competition and consumers protection within the energy market¹.

Namely, the goal is to examine which objectives and tools justify the finalistic use of the public policy, which is not restrained to the setting of the conditions for the economic initiative of producers, suppliers and sellers, but aims at the fulfillment of the main public interests involved, such as the protection of the environment, the preservation of the free competition and the security of supply.

Therefore, it is important to establish if this kind of public policy is legitimate and to set the boundaries of its exercise, according to the liberalization of the energy market by Directive 96/92/EC – which includes sustainable energies² – and to the building of a European integrated energy market.

Besides, the liberalization of the market has been confirmed recently within Directive 2009/28/EC; according to art. 13, the installation of plants must be done on the grounds of a public authorization, concession or certification only when it is strictly necessary, and only with “proportionate” administrative burdens³.

More generally, the elimination of great monopolies in the area of public services, thanks to the liberalization Directives of the last century during the transition to the Regulatory State, seems to jar with dirigisme and indicative planning public policies⁴. Besides, liberalizations had a strong impact on the system of European law authorizations, thanks to the affirmation of the general

¹ See E. BRUTI LIBERATI, *Il livello nazionale*, nel Rapporto, *La governance dell'energia*, (edited by) N. BASSIÈ. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, for the Osservatorio sulla politica energetica della Fondazione Einaudi, Sala delle Colonne - Luiss Guido Carli, 20th November 2012.

² See P.D. CAMERON - M. BROTHWOOD, *Competition in Energy Markets: Law and Regulation in the European Union*, Oxford, 2002; si v. anche T. SALONICO, *Liberalizzazione e sviluppo delle reti. Un difficile equilibrio fra concorrenza e regolamentazione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, fasc. 2-3, p. 443.

³ See F. GUELLA, *Modelli di disciplina delle fonti rinnovabili a livello sovrastatale*, in F. CORTESE-F. GUELLA-G. POSTAL, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, p. 176. More generally, see A. MAESTRONI-M. DE FOCATIIS (ed.), *Politica energetica, regolazione e mercato: il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, Milano, 2012.

⁴ See, for example, directives 54/2003/EC and 55/2003/EC.

principle (which is applicable beyond Directive 2006/123/EC) of the preference of bound authorizations, against the use of discretionary ones⁵.

At the same time, the European Directive 2009/28/EC – within the 2020 “Climate Package”- has promoted a European movement in the area of sustainable energy, with the adoption of two “Packages” of measures, directed at the creation of an internal energy market⁶ and at the promotion of renewable energies.

These measures confirm the European relevance of the renewable energy policy, which, according to the Lisbon Treaty, has now an independent legal basis in art. 194 TFEU; indeed, the sustainable energy policy has acquired a European relevance because it is expected to meet environmental sustainability and supply safety objectives.

European institutions promotes the employment of renewable energies in order to primarily reduce greenhouse gas emissions, contrast climate change and, thus, improve the quality of the environment⁷; this would also help to comply with the Kyoto Protocol, which EU entered in within the UN framework agreement, on 7 December 1997. The differentiation of the sources of energy would also help Member States to reach the supply safety, since it would reduce the dependence from fossil fuel foreign imports, which now represent the main share of energy production⁸.

The reduction of national dependence from foreign supplies and of greenhouse gas emissions is – as the essay will further explain – the main reason that justifies European intervention in the renewable energy area.

The idea that renewable energies are the best way to contrast climate change effects and to increase the global market energy demand has recently launched international cooperation in this area; however, compared to Europe, the process is more recent and has implemented softer rules, so far. The International Renewable Energy Agency has been set to support international

⁵ On the impact of the liberalization directives on authorizations see M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 185 ss.

⁶ See P. RANCI - O. TORRANI - E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici nel terzo Pacchetto comunitario*, Quaderno dell'Osservatorio sulla regolazione amministrativa, Milano, 2010.

⁷ See F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in F. CORTESE - F. GUELLA - G. POSTAL, *op. cit.*, p. 6.

⁸ See D.H. MEADOWS - D.L. MEADOWS - J. RANDERS - W.W. BEHRENS III, *I limiti dello sviluppo*, Milano, 1972 and A. CLÒ, *Il rebus energetico*, Bologna, 2008.

cooperation and, mainly, to help States with the building up of proper infrastructures for the integration of renewable energies in the electricity grid, through the utilization of advanced technologies and proper incentive mechanisms⁹.

According to Directive 2009/28/EC on the promotion of renewable energies, those goals are pursued along with the enhancement of free competition and integration of the energy market, on the ground of art. 194 TFEU. Indeed, the reinforcement of the sustainable energy policy is strictly connected with the enhancement of the economic growth - caused by the demand for technological innovation for the diffusion of renewable energies - the presence of new stakeholders in the market and the development of specialized supply chain. Therefore, there is a common belief that the increase of renewable energies do not encumber, but it enhances competitiveness within the EU¹⁰.

The current challenge involves the complete integration of this kind of energy in the European market, with the progressive creation of the same production and distribution conditions of the traditional electric energy. The goal should also foster environmental protection objectives, which the promotion of renewable energies pursues as well¹¹.

Moreover, pursuant to the subsidiarity principle, the energy sustainability must be balanced with other national interests (such as free competition, landscape preservation and the conditions and limits to the freedom of economic initiative). The protection of those interests still justifies the preservation of national prerogatives for what concerns the choice between the different sources of supply and the localization of production plants.

2. *The rise of the European renewable energy policy and the national jurisdiction*

⁹ On this specific topic, see C. SISLER, *L'Agenzia internazionale per le energie rinnovabili*, in F. CORTESE - F. GUELLA - G. POSTAL, *op. cit.*, p. 171.

¹⁰ See Third Whereas of Directive 28/2009/EC: «*The opportunities for establishing economic growth through innovation and a sustainable competitive energy policy have been recognised. Production of energy from renewable sources often depends on local or regional small and medium-sized enterprises (SMEs). The opportunities for growth and employment that investment in regional and local production of energy from renewable sources bring about in the Member States and their regions are important*».

¹¹ See G. CARTEI, *Tutela dell'ambiente e mercato energetico europeo nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Dir. dell'economia*, n. 3/2013, pp. 589-618.

The last paragraph has explained the different objectives of public intervention in the renewable energy industry. Therefore, it is now possible to understand the importance of the European energy policy, for what regards the scope of European institutions' jurisdiction and their methods of intervention. In addition, this paragraph will draw the line between European and national jurisdictions, namely the limits of the European Commission's power of coordination. The main objectives of the European renewable energy policy (supply security, environmental sustainability and market competitiveness) can be crucial in the enhancement of the European intervention within the energy industry. Indeed, they have been the main driving force behind the attraction of the energy policy at European level; on the other hand, these objectives affect national prerogatives, since they let progressively faint Member States' exclusive power to choose the proper mix of energy sources.

Actually, the absence of an independent legal basis has never questioned the relevance of the energy policy within the European integration process; however, this has been firstly intended as "negative integration", namely its suitability with the protection of fundamental economic freedoms and the preservation of the free market.

Despite the recent incorporation of the energy policy within the European jurisdiction, this matter has played a crucial role in building up the European Union, especially with the establishment of the European Coal and Steel Community and, later, of the European Atomic Energy Community in 1957¹².

Nonetheless, the Treaty Establishing the European Community, signed in Rome on the 25 March 1957, did not rule specifically on energy, neither for what regards the liberalization of Community exchanges nor about the limits of the European jurisdiction. Initially, this gap was filled by art. 308 (before art. 235 of the EU Treaty), according to which the Community could exercise implicit powers to the fulfillment of its objectives, in case of no explicit jurisdiction on the matter¹³.

¹² P. RANCI, *La strategia energetica del Paese*, in ID. (ed. by), *Economia dell'energia*, Bologna, 2011, p. 238.

¹³ See G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 8, 2007, p. 703; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

This legal basis has allowed, in the early '70, a progressive intervention of the European institutions, which has invested all the traditional sources of energy and even, with a minor impact, renewable energies¹⁴.

Furthermore, the EU took a considerable action towards the liberalization of national gas and electricity markets, thanks to the progressive erosion of domestic monopolies, even without frustrating those public interest that were not influenced by market rules¹⁵. Therefore, renewable energies gradually helped in creating the balance between the national duty to provide public services and the fulfillment of former art. 86 (now art. 106 TFEU), concerning the operation of services of general economic interest.

Currently, the European intervention in the area of renewable energies rests on art. 194, set in Title XXI, Part III of TFEU; this arrangement preserves the functioning of the internal market and the environment. Therefore, according to it, the EU can act with the ordinary legislative procedure, in order to “promote energy efficiency and energy saving and *the development of new and renewable forms of energy*”.

Since it now exists a specific Title and an independent legal basis, EU shall no more take advantage of its implicit powers and can strengthen its jurisdiction in the area of energy policy. Therefore, the European energy policy is no more bound by the rules on fundamental freedoms and free competition, but can set the existing body of rules in a wide, integrated and independent legal framework.

The latest energy policy – Directive 2009/28/EC - also rests on art. 11, 191 and 192 TFEU, which vest the Union with the power to rule on environmental quality, protection of human health and rational utilisation of natural resources, within the principle of sustainable development; these provisions underline the integration, at European level, between two interests: the enhancement of renewable energy and the protection of the environmental quality. Namely, they prove that the integration between energy and environmental protection policies is one of the most crucial and innovative

¹⁴ See M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, 2011.

¹⁵ D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1009.

challenges for EU institutions: these interests must not be conceived as opposite or mutually alternative, but they must interact towards the same objectives¹⁶.

The explicit inclusion, within EU competences, of the energy policy derives from the transnational approach required by the need to preserve the environment and assure security of supply. Therefore, the pursuit of these goals demands for policies going beyond national borders.

In other words, the dynamic interpretation of the subsidiarity principle has recognized the presence of transnational interests, whose protection is hardly achievable via national policies and requires, on the contrary, an intervention at European level. Interestingly, this confirms that the subsidiarity principle, which was firstly created to restrain EU areas of intervention, currently facilitates the development of the European integration process. On the other hand, the Treaty, while providing an independent legal basis for the determination of the European energy policy, it also assign to Member States some exclusive powers, concerning the allocation and the security of supply. In particular, according to art. 194(2), EU measures shall not affect “a Member State's right to determine the conditions for exploiting its energy resources, its choice between different energy sources and the general structure of its energy supply, without prejudice to Article 192(2)(c)”. Therefore, any policy intervention on the grounds of art. 192 usually requires unanimity, since every Member State can exercise the power of veto. Indeed, without any rule allowing restrictive interpretation of Member States' exclusive competences, this would prevent EU energy policy from improving. Member States' right to determine the choice between different energy sources has been constricted by Directive 2009/28/EC, according to which States must reach the 20 % target for the overall share of energy from renewable sources (and a 10 % target for energy from renewable sources in transport)¹⁷. The Directive is based on art. 175 TEC (now 192 TFEU), which requires a qualified deliberative majority and not unanimity. Indeed, the increase of the share of renewables, does not affect significantly the choice of Member States between the different sources, but only their inner ratio. Since each Member State had already chosen between

¹⁶ P. THIEFFRY, *Le politiques européennes de l'énergie et de l'environnement: rivales ou alliées*, in RAE - LEA, 2009-2010, p. 783 ss.

¹⁷ A. JOHANSSON - G. RESCH - D. FOUQUET - K. NEUHOFF - M. RAGWITZ, *The propose new EU renewables directive: interpretation, problems and prospect*, in *European Energy and environmental law review*, vol. 17, Issue 3, 2008, p. 126.

different renewable sources, the determination of the share of the renewables could follow a majoritarian criterion.

However, Member States' obligations regard only a general increase of the renewable energy share: the choice between different kind and technologies is devolved upon States individually, with respect to their orographic, economic and weather conditions.

The residual competence of Member States, however, is also shaped by art. 192, according to which the Council – within the special legislative procedure and after consulting the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – adopts measures "significantly affecting a Member State's choice between different energy sources and the general structure of its energy supply". Therefore, EU institutions – within the environment protection competence and narrow conditions of exercise - can erode national exclusive competences within the energy sector.

From this perspective, art. 194 might not be interpreted – as it might appear – as limiting the scope of the European energy policy, by setting Member States' right to determine the general structure of their energy supply; on the contrary, it displays the European energy policy objectives, which set impassable limits to national competences¹⁸.

Specific attention must be given to preferential methods for the exercise of the European renewable energy policy.

Indeed, the subsidiarity principle determines not only the legitimacy of European intervention but also the way it is performed¹⁹. Therefore, subsidiarity derives from the constitutional principle of proportionality, pursuant to the creative interpretation of the Court of Justice, stabilized in art. 3B (3) of the Maastricht Treaty. According to this principle, "any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty". Therefore, subsidiarity can modulate the intensity, the nature and the choice of

¹⁸ See M. MARLETTA, *Il Trattato di Lisbona e gli sviluppi nel settore dell'energia*, in *I quaderni europei*, Centro di documentazione europea dell'Università di Catania, Online Working Paper 2012, n. 1.

¹⁹ On the ability of the subsidiarity principle to shape powers, see S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, p. 373 and M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir pubbl.*, 1996, p. 789; in *ID.*, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003, p. 153.

the appropriate measure, in order to respect the limits set by the policy objectives.

From this point of view, the Directive seems the most appropriate measure to enhance the promotion of renewable energies; despite it set mandatory objectives, it leaves Member States the right to decide how to reach them, according to the specific national needs. As Directive on energy efficiency was accompanied by national enforcement measures, even in the field of renewable energies controlled harmonization of objectives was considered more suitable than policy uniformity²⁰.

Besides, the European promotion of renewable energies is strictly linked with the increase of the energy efficiency, pursuant to the secure supply and environmental protection objectives; indeed, they are both considered as necessary, at European level²¹.

Despite the rules on energy efficiency did not fall within the Climate-Energy Package, it has a great influence on the renewable energy policy and on the related environmental protection objectives. Significantly, *Whereas* 1 of Directive 2012/27/EU defines Energy efficiency as a valuable means to address increased dependence on energy imports and climate change. Measures affecting the energy supply must be coordinated with policies directed to affect the Demand, namely the overall energy consumption²².

Another element indicating the new European relevance of the energy policy is the enforcement, in 2009, of mandatory rules towards Member States, in contrast with prior Directive 2001/77/EC, providing only general guidelines. Indeed, it remarks the need to regulate the energy market at European level, in order to fulfill transnational interests by contrasting climate change and ensure energy supply. The intent is also confirmed in Directive 2009/28/EC - regarding administrative procedures, regulation and codes (art. 13), the access and functioning of the electricity grid – which aims at affecting national legislative and administrative activity, in order to reach European objectives. Moreover,

²⁰ See P. DE CRUZ, *Comparative Law in a Changing World*, London, 1999 and P. CIRIELLI, *L'armonizzazione tecnica nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2008, p. 703.

²¹ See COM, 19 October 2006, Piano d'azione per l'efficienza energetica: concretizzare le potenzialità. On the 25 October 2012 the European Union has adopted the new Directive on Energy efficiency (27/2012/EU).

²² See S. QUADRI, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 3-4, p. 839 and ID., *Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabile*, Napoli, 2008.

pursuant to the Commission's communications, the European renewable energy policy shall promote the creation of an integrated European energy market, in which renewables shall play a leading role²³.

The Third Energy Package of 2009 has also influenced the development of the energy policy and the distribution of powers. The package consists in a body of rules which enhance EU guidance power in this field, in order to help with the creation of a single energy market, in which renewable energies can play a crucial role²⁴.

On this ground, the Union will put to the test its intention to use these new powers to act more strongly towards the process of integration. Indeed, the correct functioning of general services strictly hinge upon a good development of the grid infrastructures, which affects, on turn, the fulfillment of the European objectives of energy security and integration of the renewables.

The progressive integration of renewable energies in the market and in the electricity grid, along with a reduction or elimination of the related subsidies, might also foster renewable energy ability to stabilize the general electricity system, in conditions of grid parity (that is, equal purchasing price and conditions). EU intervention must assure the consistency and transparency of Member States' policies, in order to avoid market fragmentation and maintain free competition.

In order to allow the integration of renewable energies within the internal market, the technological development shall level the economic cost of national subsidies, in order to safeguard investors' confidence²⁵. At the same time, technology must improve, in order to reduce costs and make subsidies for renewable energies unnecessary; moreover, subsidies for fossil fuels must be

²³ See the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Renewable Energy: a major player in the European energy market*, 6 June 2012, COM (2012) 271. See also COM (2011) 885/2, *Energy Roadmap 2050* and COM (2011) 112, *Roadmap for moving to a low-carbon economy in 2050*.

²⁴ E. CIARALLI, *I mercati europei dell'elettricità e del gas - Il terzo Pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Mercato concorrenza e regole*, n. 1, 2008; A. DE HAUTECLOCQUE - V. RIOUS, *Reconsidering the Regulation of Merchant Transmission Investment in the Light of the Third Energy Package: the Role of Dominant Generators*, European University Institute, Firenze, 2009.

²⁵ On the possible steps towards the elimination of subsidies see G. LANDI - C. SCARPA, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *Annuario di diritto dell'energia*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 79 ss.

scaled down and negative externalities on the environment must be included within the costs.

The EU policy shall reinforce European competitiveness at international level, which can be strengthened as well through the creation of a single internal energy market. Energy, indeed, is one of the main components of companies' production costs; thus, it influences the competitiveness within industries and sectors. The enhancement of EU competitiveness, through the reduction of energy costs, is also an essential condition to increase employment during the world crisis.²⁶

Last but not least, heightened competitiveness shall be accompanied by the enhancement of the duty to provide public general services; it is not by chance that the third step of the energy services liberalization process stresses on consumers protection measures.

3. *The European enforcement of national measures*

Directive 2009/28 envisages an ongoing revision to the national renewable energy action plans, in order to reshape measures for the fulfillment of European objectives, and to adapt them to the unpredictable economic scenario. The enforcement plan lead by the Commission serves this purpose, acting both before and after the adoption of the national action plans. Namely, the Commission adopts a template for the

national renewable energy action plans (art. 4, part 2) and defines an indicative trajectory (Annex 1, part B), to guide the implementation of national objectives. Pursuant to its supporting role, the Commission reviews the forecast document that each Member State has to notify six months before the national action plans (art. 4, part 3, letter a and b). This deed estimates the excess production of energy from renewable

sources compared to the indicative trajectory, in order to activate transfers towards other Member States. In addition, it quantifies the demand for energy from renewable sources to be satisfied by means other than domestic production, so that national action can be coupled with international cooperation plans.

²⁶ See Communication de la Commission Européenne, 10 Novembre 2010, COM (2010), *Énergie 2020. Stratégie pour une énergie compétitive, durable et sûre.*

The indicative trajectory should also adjust national plans, since, according to art. 4 of dir. 2009/28, the Member State whose share of energy from renewable sources fell below the indicative trajectory shall submit an amended national renewable energy action plan to the Commission. The new plan shall set out adequate and proportionate measures to rejoin, within a reasonable timetable, the indicative trajectory.

In addition, the control over national plans entails also the analysis of a report on progress in the promotion and use of energy from renewable sources every two years, according to art. 22. As per art. 23, the Commission's control mainly focuses on the origin of biofuels and bioliquids consumed in the Community. The results of the assessment are included both in a report on biofuels and bioliquids - submitted to the European Parliament and the Council every two years – and in a general report to be issued before 2014. In particular, the latter provides a review of the minimum greenhouse gas emission, on the basis of an impact assessment taking into account technological developments, available technologies and the level of cooperation within the sector.

The Commission can also send Recommendations (art. 4, part 5) on the ground of the evaluation of the adequacy of the measures envisaged by the Member State to fall within the trajectory.

The drafting of National Plans can also facilitate virtuous cycles of mutual imitation of other Member States measures, since the plans are published on the Transparency Platform which, according to art. 24, shall serve to increase transparency and promote cooperation between them.

What is remarkable is the intensity of these enforcement measures, since the Commission can even assess the merit of national choices, in order to evaluate the level of implementation and its prospective utilization, especially with respect to the future rearrangement of the European policy. In particular, according to art. 23 part 9, the Commission shall present a Renewable Energy Roadmap for the post-2020 period, taking into account the experience of the implementation of the Directive. The effects of the Commission's assessment are harsher than those activated for the open method of coordination on employment and social policies; in this field, the adoption of Plans is not constrained by any normative power of the European institutions²⁷. Therefore, it is more evident the tendency to obtain results and evaluate the adequacy of

²⁷ See S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento*, Napoli, 2012, p. 174.

national measures using parameters that can be considered both by EU institutions and stakeholders²⁸.

On the contrary, the heightened level of efficiency reached by the oversight power of the Commission rests on the possibility to assess the merit of the plans and to force Member States to amend them, which derives indeed from a specific competence of the Union in the energy sector (art. 194 TFEU).

Therefore, Member States' residual ruling power in the sector is highly affected by the Commission's coordination regarding the adequacy of national measures to reach European objectives²⁹. The coordination is justified by the need to assure that global benefits be achieved via their national implementation³⁰. However, the Commission's intervention does not aim at the complete harmonization of policies, since significant discretion is still left to Member States' sovereignty. Thus, differences are not removed but preserved, within their compatibility with European objectives. However, in the future it is likely that European institutions will rule on more and more aspects of the renewable energy policy, which currently fall within Member States' competence, such as that of the structure and the forms of energy supply.

Besides, the assumption is confirmed by the fact that States' power to plan in the energy sector is narrower than their discretion in a contiguous field, namely the swap system of greenhouse gas provided by directive 29/2009/EC of Parliament and Council.

In order to understand this tendency, some technical premises are necessary.

The emission trading is a system for trading greenhouse gas emission allowances among States. The aim is to reduce greenhouse gas emissions, pursuant to the Kyoto Protocol, not only through the direct commitment of industries, but also through the trade of emission allowances. Therefore, the system establish an emissions cap for each State, which is allocated to firms in the form of emissions permits, which represent the right to emit or discharge a

²⁸ See R. DEHOUSSE, *Il metodo aperto di coordinamento quando lo strumento prende il posto della politica*, in P. LASCOUMES - P. DE GALÈS (ed. by), *Gli strumenti per governare*, Milano, 2009, p. 241.

²⁹ See F. GIGLIONI, *Governare la differenza. Metodi europei di coordinamento*, Jura, Temi e problemi del diritto, Pisa, 2012. See also S. DEL GATTO, *op. cit.*

³⁰ See F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo*, Milano, 2012, p. 118.

specific volume of the pollutant. The total number of permits cannot exceed the cap.

Quotas exchange mechanism represent a way to achieve the pollution reduction at the lowest cost. Each firm can assess if it is cheaper to directly achieve the imposed emissions reduction or to purchase the equivalent number of permits, each one representing a ton of carbon dioxide emission within a certain period.

At the beginning, Member States used to have a great discretion in establishing the limits and the allocation of permits in the National Allocation Plans. Member States had to assess NAPs for compliance with criteria laid down in art. 10 and annex III to the Emissions Trading Directive. The plan indicated the total amount of national emissions as well as their distribution.

The new Directive aims at harmonizing the greenhouse emission trade market, since the Commission directly establishes a standardized limit for all States, introducing equal parameters for the allocation of allowances, which decrease in function of the share to be distributed by auction. The free allocation of permits, through harmonized EU rules, aims at the best reduction of market distortion within the Community. For the same reason, the Directive envisages the adoption of a regulation for the monitoring, reporting and verification of greenhouse gas emissions.

Moreover, the Energy efficiency Plan 2011 (COM/2011/109) enhances the European coordination, since it divides in two part the process towards the target of 20% reduction of energy consumption by 2020³¹. Firstly, States have to define objectives and National Efficiency Plans, within the general purposes of the Union. In particular, States have to balance these objectives with the national factors that influence the energy consumption, like the possibility to efficient energy savings and the development of renewable sources.

Secondly, the Commission assesses the ability of the targets to meet the Union's general objective and to respond to the common aim. In addition, the Commission shall monitor the implementation of national plans and support States by offering the proper tools to reach that purpose. The review of the Commission can also introduce national mandatory objectives if a State has scarce possibility to meet its targets.

³¹ See L. AMMANNATI, *Le politiche di efficienza energetica nel quadro del pacchetto europeo clima-energia*, in *Amministrazioneincammino*, 16th July 2013.

Therefore, the relationship between the national and the European level of policy intervention is inspired by an ongoing monitoring of the Commission towards the adequacy of national measures with respect to European objectives. Member States' discretion, however, is progressively reducing, whereas in the area of renewable energy measures are devolved upon Member States, even within the control of the merit exercised by the Commission. In the emission swap system and in the field of energy efficiency, on the contrary, national objectives are gradually set at European level, thanks to a progressive power of substitution of the Commission, if Member States do not comply with European objectives.

4. *European regulatory power in the area of renewable energy*

The Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) should ensure a better coordination among national regulators³².

ACER was set up as an evolution of European Agencies³³, even if more insulated from national governments and the Commission; in addition, it was seen as a solution to overcome the difficulties faced by the European Energy Group³⁴ in developing a shared approach on the technical conditions necessary for enhancing the electricity market through international trades³⁵.

As well as the other Agencies, ACER is the result of a balance between the integration of EU institutions with national administrations and State sovereignty in some areas of intervention; however, the Agency's role goes beyond the typical information and fact-finding coordination of the other agencies. Indeed, ACER stresses on its power to orient national regulatory agencies.

Its heightened independence, indeed, should strengthen the role of national regulators with respect to the possible political intrusion of elected

³² See Regulation (EC) No 713/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 establishing an Agency for the Cooperation of Energy Regulators and L. AMMANATI, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, p. 675.

³³ On this topic, see E. CHITI, *The emergence of a Community administration: the Case of European Agencies*, in *CML Rev.*, vol. 37, 2000, 309- 343; ID., *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, 2002.

³⁴ Established pursuant to the Commission's decision 2003/796/EC.

³⁵ On the reasons underlining the establishment of the Agency, see the communication of the Commission "An Energy policy for Europe" of 10 January 2007.

bodies. From this point of view, the most recent directives on the energy market has strengthened national regulators insulation, both from elected bodies and stakeholders. For example, according to art. 39 of dir. 73/2009 “Member States shall guarantee the independence of the regulatory authority and shall ensure that it exercises its powers impartially and transparently”. For this purpose, Member States shall ensure that “do not seek or take direct instructions from any government or other public or private entity when carrying out the regulatory tasks” (letter *ii*).

It is not by chance that its main purpose is to ensure the orientation and the reinforcement of national regulators’ tasks, the enhancement of cooperation between them, in order to eliminate regulatory differences for what regards international trade rules and make rulemaking more stable and predictable.

However, the Agency has mainly advisory powers, in the shape of opinions and recommendations to broadcasting system managers, national authorities and EU institutions. If it deem necessary the adoption of mandatory rules, can only send a recommendation to the Commission and favour the share of good practices between national regulators and stakeholders (art. 7, part 2). The Agency, if the Commission or a national agency demands it, can also express opinions on the conformity of a decision to the objectives of the Third Package of 2009, relying on objective data.

Moreover, it can decide on the terms and conditions for access to and operational security of electricity and gas infrastructure connecting or that might connect at least two Member States (cross-border infrastructure, art. 7).

However, its establishment represent the intention to shift the administrative regulation of the sector at European level, In order to harmonize the different national contexts³⁶.

It is possible now to underline the specificity of the renewable energy policy compared to the conventional energy one, for what regards the desirable function of the national policies and the scope of their intervention.

For what regards the renewable energy supply, it is important to assure the appropriate development of the national energy supply chain, in order to grant the functioning of the power plants. Therefore, it is essential that the coordination at European level influence the choice on infrastructural investments stressing on the importance of environmental protection and supply

³⁶ Consistent with this idea, see L. AMMANATI, *op. cit.*, p. 675.

security objectives, rather than on the rise of the energy Demand. Thus, Member States shall be guided towards the implementation of the technical pre-conditions for the integration of renewable energy plants in the national electricity grid.

At the same time, European administrative regulation shall avoid that national subsidies, set for those conventional power plants that can supply the contingent lack of renewable energy, alter free competition at the electric energy supply stage.

5. The re-emergence of national energy planning.

The challenges set, at both an international and European level, by the fight against climatic change and the need to ensure that European states have a secure energy supply, require an increase in public input to the process of the production and distribution of renewable energy³⁷. These are demanding objectives, over and above the public service obligations already imposed on the activities of generation and energy supply (understood as a universal service) by the need to ensure the supply of energy to all users irrespective of their economic means (through the setting of reasonable charges and the guarantee of the continuity and quality of energy supply throughout the national territory)³⁸.

The intensification of the financial crisis has indeed, increased doubts as to the ability of the market alone, without public planning, to guarantee the reduction of emissions damaging the climate and the security of energy supply through the increase in electricity generation using renewable sources³⁹. The achievement of these objectives cannot be assured, contrary to what was hoped during the 1980s, by the adoption of conditional rules without the statement of an end, that is, directed essentially at setting the essential conditions for the free development of economic initiative laid down by independent regulators⁴⁰.

³⁷ See M. POLLIT, *Lo stato delle liberalizzazioni nel settore elettrico europeo. A che punto siamo?*, in *Mercato conc. regole*, 2009, p. 497.

³⁸ See R. CAIAZZO, *Obblighi di servizio pubblico nei settori dell'elettricità e del gas in Italia*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2004, p. 1 ss.

³⁹ See G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi - Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, il Mulino, 2012.

⁴⁰ see S. CASSESE, *Fondamento e natura dei poteri della Consob relativi all'informazione del mercato*, in AA. VV., *Sistema finanziario e controlli: dall'impresa al mercato*, Milano, 1986.

Proof of this can be found in the fact that energy “plans” or “strategies” have even had to be introduced in economic systems, such as that of the United States or systems of English origin⁴¹, undeniably oriented towards the competitive market.

The stringent character of the goals set by the European Union in the renewable field requires public intervention precisely aimed at guaranteeing the achievement of the quantitative standards fixed at a European level (for example, 20% of energy consumed to be derived from renewable sources by 2020). These goals constitute, in their turn, the means for obtaining the necessary satisfaction of the public interests indicated above. The only form for such public intervention to take is through the laying down of guidelines, restrictions and controls on the exercise of economic free enterprise. These restrictions are not to be understood as ends in themselves but in the name of the achievement of general interests entrusted to public, national and European powers in the sector⁴².

The ultimate goal of grid parity, meaning the supply of renewable energy under the same conditions as conventional energy, is even now, still difficult to achieve in concrete terms. The provision of such energy sources, still representing a high proportion of end prices, cannot be entrusted solely to competition dynamics.

Restrictions on free enterprise imposed by public authorities are necessary to ensure the achievement of such objectives. Even so, such restrictions must be compatible not only with the process of the liberalisation of the electricity market but also with its progressive integration at the European level. The above compatibility in reality though, is difficult to achieve in practice because of the evident contrast, almost an oxymoron, between a liberalised economic activity and its necessary subjection to a form of public planning.

The need to find a balance between these two types of activity explains why both European and domestic legislators have relied, for the most part, on the setting up of incentive regimes characterised by market mechanisms (such as the negotiation of certificates representing production shares) to ensure the

⁴¹ On the English system, see *Department of Energy § Climate Change, Planning our electric future: a White Paper for secure, affordable and low-carbon electricity*, July 2011.

⁴² See G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2003, p. 2190.

achievement of a particular level of supply by renewable sources, even though such regimes have been introduced and supported by public intervention. Only recently has the need to reduce the social cost of incentives paid for by end-consumers of electricity induced legislators to review the mechanisms used for incentive provision. As a result the centralised planning power of the political authority has had to be recognised by its setting of the maximum threshold of incentives which can be provided for each type of plant⁴³.

As has been acutely observed, the semantic change noticeable over recent years in Italy from the word “planning” to “energy strategy” represents a neat expression of the difficulty in reconciling these two aspects in the political sphere⁴⁴.

The continuing value of planning activities in the energy sector derives from the fact that energy supply by a number of different operators must satisfy and be reconciled with the guarantee of significant public interests. Such interests are no longer confined solely to those embodied in the concept of a universal service (continuity of supply, sustainable prices and general access) but those, essentially transnational in dimension, relating to ecological issues and European states’ geo-political dependency on the security of supplies.

It is thus a type of planning with a wider and more complex meaning than that which has generally been implemented in Italy from the mid-1970s onwards⁴⁵. Such planning initially had the essential purpose of legitimising recourse to nuclear power generation (subsequently placing reliance on coal and renewable sources following the 1987 referendum requiring the elimination of the nuclear option) when faced by the dramatic manifestation of the energy crisis, without any ambition to satisfy possible additional public interests⁴⁶.

The re-emergence of the need for guidance and planning activities by public authorities in the energy field under the new name of a “national energy strategy”, starting from Article 7 of Legal Decree no. 112 of 25 June 2008

⁴³ See LANDI - C. SCARPA, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*; in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, p. 79

⁴⁴ See F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁵ See Ivi, pp. 141-142. See also R. RANCI, *op. cit.*; and M. RAGAZZO, *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 59.

⁴⁶ See R. PEREZ, *Crisi energetica e amministrazioni pubbliche*, in *Pol. Dir.*, 1983, 325; P. TESTORE - M. G. CASTALDI, *L'intervento dei pubblici poteri nel governo della politica energetica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 185.

converted into law by Law no. 133 of 6 August 2008, derives, for the first time, from the conviction that market mechanisms cannot guarantee the achievement of fundamental general interests, environmental sustainability and self-sufficiency of supply indicated by European legislation in this sector, neither can they suggest the operational measures required for the achievement of such aims in practice.

It is no accident that the recent public consultation document of March 2013, entitled “National Energy Strategy: for more competitive and sustainable energy”, drawn up precisely from the above perspective, includes among the main objectives of general energy planning (at point 2.2): the reduction of energy costs for consumers and business, the achievement and surmounting of the environmental goals envisaged by the European package Climate-Energy 2020, the security and independence of energy supplies and the contribution of the energy sector to sustainable economic growth.

At the same time this transverse planning should act as a kind of general guide, identifying the co-ordinates within which sector plans can be developed.

Although the Fukushima accident (11 March 2011) and the results of the repealing referendum of 12-13 June 2011⁴⁷ have resulted, for the moment, in a halt to the political process directed at the elaboration of national energy planning, with the repeal of the rules acting as the basis for its creation, even now a fully legitimate platform can be found in the legislation transposing the related European law into Italian legislation⁴⁸. Such legislation moreover, expresses the meaning to be attributed to planning of this kind, giving concrete form to, and seeking to pursue the priorities set out by, the European legislation, indicating the procedures, operational measures and localised decisions appropriate to achieve them.

6. *The place of sector planning*

⁴⁷ See B. CARAVITA DI TORITTO, *Questioni inerenti gli effetti del referendum tenutosi il 12 e 13 giugno 2011 per l'abrogazione delle norme in materia di nuove centrali per la produzione di energia elettrica nucleare*, in *Rass. giur. dell'en. elettrica*, 2011, p. 13; G. DE VERGOTTINI, *Il nucleare dopo il referendum del giugno 2011*, *ivi*, p. 55.

⁴⁸ Namely, art. 1, part 2, and art. 3 of d.lgs. 1 June 2011, n. 93.

So far as the specific sector under consideration is concerned, the most significant document is undoubtedly the *Piano di azione nazionale per le energie rinnovabili* ("PAN" – the national Action plan for renewable energy)⁴⁹, first issued on 30 June 2010 in implementation of EC Directive 2009/28. The plan is supposed to offer analytical information on the objectives to be achieved in the different areas (transport, electricity and heating) and on the intervention required to achieve them taking account of the contributions made in reaching the same ends by energy efficiency measures.

It is, for all intents and purposes, a planning instrument which produces direct effects within the Italian legal system in that the plan is addressed not only to the Commission but also to all parties whose roles in the legal system gives them the power to adopt of the measures contained within it⁵⁰.

The national action plans represent a preliminary to the subsequent, practical action of public authorities and their adoption should tend, according to a model given authoritative backing by legal doctrine,⁵¹ towards the conciliation of different interests according to a substantially unitary framework⁵² constituted by the achievement of the goals laid down by the European institutions.

The discretionary powers of the administrations vested with such functions through the drawing up of the national plans are thus limited by the requirement to achieve the goals set by Europe. More specifically, the restrictions imposed on national administrations through the national action plans descend directly from European legislation and the co-ordination exercised by the Commission to ensure their implementation.

This is the justification behind the Commission's subsequent assessment of the adequacy of the measures indicated to ensure the achievement of the European objectives. The Commission can require Member States to reformulate such measures if it considers them to be inappropriate.

⁴⁹ See C. D'ORTA, *La programmazione energetica*, in S. CASSESE (a cura di), *Il governo dell'energia*, Rimini, Maggioli, 1992, p. 119.

⁵⁰ See M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 117; S. CASSESE, *Le pianificazioni amministrative di settore e le Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 429 ss.

⁵¹ See M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1984, p. 725.

⁵² See M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, p. 299; S. CASSESE, *Tipologia della programmazione economica*, in F. GALGANO (ed. by), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977, p. 301 ss.

The first draft of such plan however, neither uses nor gives sufficient weight to the entire spectrum of discretionary powers recognised by European law as coming within the sphere of competence of individual Member States in the sector (the choice of source types to be exploited the most, infrastructure elements, the improvement of the national transmission grid and the location of plant) even though the exercise of the powers is expertly directed by the Commission's co-ordination activities. This activity indeed, is limited for the most part to the recognition of what already exists⁵³ and, above all, it does not appear to be able to influence subsequent compliance in the field. In effect, it does not take precise notice of the legal restrictions to be imposed on energy supply in order to promote the achievement of European goals in relation to renewable sources.

The plan faithfully reproduces the European strategy of strict convergence between the promotion of renewable sources (particularly for heating/cooling from air conditioning and the use of bio-fuels in the transport sector) and the increase in energy efficiency with a consequent reduction of energy consumption, but it does not provide a convincing description of the practical legal measures required for their achievement, remaining essentially declamatory in character.

The autonomy of national planning is not made explicit particularly in the crucial areas where national intervention is essential for an effective implementation of European policy promoting renewables. Thus mention is made to the need to adapt the national electricity transmission grid to allow the full integration of distributed energy production sources which are generally unpredictable and volatile in supply, as is normally the case for so-called "new" renewables. Such characteristics, as has been noted⁵⁴, cause problems in relation both to the adequacy of the system, in the sense of its capacity to provide electricity at peak demand, and to security of supply because the volatility of generation requires the grid to absorb energy discontinuously.

On this front European law requires national energy planning to ensure the setting up of a national transmission grid capable of dealing with the ingress of energy sources whose supply and continuity are strongly conditional on the weather (such as concentrated solar power, wind, solar photovoltaic,

⁵³ F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁴ See M. GRILLO, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 67.

hydroelectricity and wave and tide power),⁵⁵ that is, it must be sufficiently secure to be able to absorb energy whose production is highly variable and unpredictable.

The grid's distribution over national territory must thus be spread sufficiently wide to be able to meet electricity demand when it is at its highest while also avoiding the formation of situations of congestion. At the same time it must be fitted with reserve capacity (such as the presence of particularly flexible combined cycle plant) capable of starting up whenever renewable sources are not available (because of the absence of sun or wind) or energy generation unexpectedly reduces or ceases altogether (if they stop without warning).⁵⁶

It will thus be necessary to make provision for a wider-spread distribution of generation plant throughout the country and delineate grid infrastructure in any case able to absorb unpredictable energy produced by the new generation of renewable sources without the occurrence of congestion⁵⁷. The fact that the supply from non-renewable sources cannot be planned increases the costs supported by the electricity system because of the need on the one hand, to balance the energy produced in real time and on the other, to have flexible traditional plant available with sufficient reserve capacity.

The new grid development project, aimed at the creation of the so-called smart grid, is seeking to overcome such critical problems. These smart electricity grids use electronic devices to manage electricity transport deriving from all generation sources. These grids indeed, allow the greatest possible exploitation of the renewable energy distributed over the country and from unpredictable supply, permitting its full integration into the system⁵⁸. On this basis, Article 18 of Legislative Decree 28/2011, transposing EC Directive 2009/28, provides for an increase in returns on invested capital for the distribution service⁵⁹ to be paid to electricity distributors which modernise their grids in accordance with the smart grid concept⁶⁰.

Finally, it will be a priority to reduce the uncertainty and instability of the regulatory framework characterising the renewable energy sector in Italy both with respect to the constant introduction of new structures for the incentive

⁵⁵ See D. BOBBIO - M. CIRILLO, *Le fonti di energia rinnovabili*, in P. RANCI, *op. cit.*

⁵⁶ See F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁷ See M. GRILLO, *op. cit.*, p. 67.

⁵⁸ Ivi, p. 68.

mechanisms and, above all, with respect to the complexity of the division of responsibilities between state and region in this field⁵⁹. The low quality of the legislation indeed, itself represents one of the main “risks” threatening the success of the regulatory intervention in the sector⁶⁰.

The difficulties experienced by Italy in achieving the national goal of 17% of renewable sources out of total gross end-consumption of energy, notwithstanding the high level of incentives dedicated to it, as to be attributed more to the shortfalls and delays occurring in the national legislation governing the field to the defects in the simplifications introduced into the authorisation procedures. These shortfalls involved both the delay in introducing national energy planning and the delay in issuing guidelines for the correct integration of new plant in the country as a whole⁶¹.

It has been these shortfalls above all which have resulted in the slowing down and suspension of authorisation processes for the installation of plant and hence hindering the achievement of the European objectives⁶².

7. The division of powers between political power and regulatory agencies

After having considered the current understanding of public policy on renewable sources and its radius of action, it will now be necessary to examine those public authorities with responsibility for the development of such plans based on their current powers. This should be in accordance with a development which is as consistent as possible with the specific roles of the political powers and the sector regulatory authority involved, combined with the

⁵⁹ See S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rass. giur. en. el.*, 1998, p. 673; R. GALBIATI - G. VACIAGO, *Il governo dell'energia dal decentramento alla riforma costituzionale: profili economici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, p. 367; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica*, cit., p. 2198 ss.; L. PERFETTI, *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione del quadro delle competenze*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, p. 376 ss.; F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, p. 35; E. PICOZZA - A. COLAVECCHIO, *Energie*, in G. CORSO - V. LOPILATO, *Diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Pt. spec., vol. II, Milano, 2006, p. 84 ss.; C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010.

⁶⁰ See G. M. ROBERTI, *Le politiche dell'Ue*, in G. VESPERINI - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 37.

⁶¹ The guidelines can be found in D.M. 10 settembre 2010, in GU 18 September 2010, n. 219.

⁶² See M. COCCONI, *Promozione delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Rqda*, n. 2/2012.

process, already described, of upwards reference to the European level by both the political powers and the administrative regulators concerned with sustainable energy⁶³.

After a survey of the existing legislative structure concerned with the division of powers between political and regulatory authorities, we will move on to describe what the author of this paper considers to be the structure best suited, in view of the different aspects involved, to the supporting system and what areas of competence in the sector are most suited to the regulatory authority's role as regulator.

It is well-known that Italy's energy governance system, including the renewables sector⁶⁴, is divided in two in the sense that its formulation and implementation are distributed for the most part between the Ministry of Economic Development (hereinafter to be referred to as the "MED") and the sector regulatory authority - The Authority for Electricity and Gas ("Aeg"). Indeed, the criteria for this division have progressively moved away from the model of independent regulation laid down by the law setting up the Authority, Law no. 481 of 14 November 1995⁶⁵.

In fact the above development was the cause of concern not only because of the departure from the model of independent regulation laid down by the law setting up the Aeg but, above all, because of problems of compatibility with European law in that Article 35 of EC Directive 2009/72, required the regulatory function to be entrusted to a single authority which is not only independent of the businesses being regulated but also from the related political body⁶⁶.

The legislation coming into force following the initial law however, introduced progressive changes to the balance of powers originally established, giving the Ministry general powers over the definition of energy policy

⁶³ See A. L. MONNET, *The role of independent regulators in policy making: Venue-shopping and framing strategies in the EU regulation of old wives cures*, in *European Journal of Political Research*, Vol. 52, 2013.

⁶⁴ see E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici fra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 4, p. 435.

⁶⁵ See D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2003, p. 337 ss.; M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. En. Elettr.*, 2004, p. 401.

⁶⁶ See A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2008.

decisions in the renewable sources sector (in the original model, the political authority was only responsible for the generalised regulation of the incentive mechanisms set up by the legislature) – and thus relegating the Regulatory Authority to a distinctly residual role⁶⁷.

The progressive erosion of the regulatory powers initially given to the Authority has recently been confirmed in the legislation transposing Community into national law in Legislative Decree no. 28 of 16 March 2009, with powers transferred not only to the Ministry but also to the Energy Services Manager (hereinafter to be referred to as the “Esm”).

The Regulatory Authority’s role has, in the meantime, been redrawn as that of an agency, endowed with essentially administrative powers and no longer able to take decisions of a policy nature. Thus the Authority’s powers in the field of net metering have been transferred to the Ministry⁶⁸, the supervision of beneficiaries of incentives is now the responsibility of the Esm and powers concerned with energy efficiency have passed to the Esm and Enea⁶⁹.

At the same time, so far as supervisory powers are concerned, the Authority has been given the role of ensuring compliance with regulations issued by the Ministry such as the obligation to buy green certificates⁷⁰ and white certificates, it must enforce compliance with the bar against transferring the increases in Italian Corporation Tax (IRES)⁷¹ (the so-called “robin Hood tax”) and it has the power to impose sanctions in the case of breach of the provisions governing incentives for the production of electricity from renewable sources⁷². Even the possession of the latter powers is not fully consistent with the original model used by the law founding the Authority because they cannot be considered completely symmetrical or ancillary to the exercise of a regulatory function.

It does appear, however, to be entirely reasonable that the elaboration of the policy concerning the structure to be used for incentives for renewable sources (deciding whether it is to be administrative or market-based in nature⁷³),

⁶⁷ See M. CLARICH - F. SCLAFANI, *La regolazione dei mercati energetici*, in Conferenza di impostazione del Rapporto 2011 sull’energia, cit.

⁶⁸ See art. 24, part 5, lett. e of d.lgs. n. 28/2009.

⁶⁹ See artt. 29 and 30 of d.lgs. n. 28/2009.

⁷⁰ See art. 4, part 2, of d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

⁷¹ Art. 81 of d.l. 25 July 2008, n. 112, now in l. 6 August 2008, n. 133.

⁷² Art. 42 del d.lgs. n. 28/2009.

⁷³ See M. CLARICH, *La tutela dell’ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 219 ss.

the identification of the renewable sources to be given greatest support and finally, the choice of who should bear the related financial charge – the consumer of the service or society at large (through general taxation) should be the responsibility for the most part of the legislature and the Ministry.

It has been rightly pointed out⁷⁴ that current incentives are designed to influence today's operators' decisions while the environmental benefits expected from the increase in renewable sources will be enjoyed mainly by society as a whole in the future. The positive external effects expected from their promotion are thus to be found at a considerable distance into the future and it is difficult to quantify the actual value of the resources transferred to operators now on the basis of purely technical and economic criteria.

Furthermore, the current macro-economic conditions, characterised by high taxes, exclude the payment of the incentives from the public purse. The charging of these costs to the consumer also appears justified, up to a given degree of economic sustainability, by the application of the polluter pays principle, that is, those causing environmental problems should be the ones to pay the related costs⁷⁵.

It is only a body of a political, representative nature and not one whose powers are purely technical in nature, which should be charged with decisions of such sensitivity. They are decisions which cannot be determined by parameters of purely economic rationalism, relating to the economic resources to be invested in the sector, where such resources should come from and the specific uses to which they should be applied.

It is equally to be hoped however, that the challenges laid down by European law in relation to the diversification of sources of energy supply with an increase in renewable sources, can be pursued without having to sacrifice the principles underlying the process of sector liberalisation⁷⁶, of consumer protection and of the effective separation of the infrastructure from other stages in the production cycle, the so-called unbundling process.

The maintenance of the different aspects of this compatibility can only be ensured by independent regulatory authorities which, precisely because of

⁷⁴ See M. GRILLO, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁵ See G. BORTONI, *Il regolatore come un «Giano bifronte»*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 266.

⁷⁶ See G. PITRUZZELLA, *Energie rinnovabili e concorrenza: la prospettiva dell'Autorità antitrust*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 277.

their independence, are more likely to encourage competitive dynamics, act on the basis of technical/economic principles and ensure the stability of their decisions over time⁷⁷.

A number of the powers already possessed by the Aeg under Italian law could already be used as means to begin to achieve these ends.

The Authority is required, for instance, to ensure compliance with the so-called public service obligations of renewable energy (in common with conventional energy but in practice their achievement is more problematic in the renewables sector). Such obligations include ensuring charges are accessible to consumers and businesses and that the safety, quality and continuity of the service is maintained in the primary interest of user protection. On this point it is useful to recall that Article 3.2 of EC Directive 2009/72 includes among the public service obligations that states are required to impose on business operators “the protection of the environment including energy efficiency, energy from renewable sources and climate protection”.

The definition and compliance with the above obligations is also relevant, in the case of renewables, to setting the amount of the incentives to be accorded to the production of such energy sources, their application over time and the criteria for their maintenance and updating, because of their undeniable effect on the accessibility of electricity charges.

Under current legislation Aeg also has regulatory duties relating to the setting of conditions for connection of plant to the transport and distribution grids, a duty which of necessity includes an incentive-definition aspect.

It is thus hoped that some of the more specific segments of the support regime will be entrusted to the sector regulatory authority because of their direct relevance to the regulatory function⁷⁸.

It is well-known that Italy has sought to achieve the objective of 17% renewables out of gross end-consumption of energy through an excessive increase of photovoltaic energy generation as compared with an increase in energy efficiency or increased recourse to other renewable sources. This arose from a disproportionate level of public subsidy with respect to the actual investment costs over the period 2007-2011. The excessive increase produced effects which distorted the competitive dynamics of the electricity market as

⁷⁷ Accordingly, see B. LIBERATI, *Governo e Autorità per l'energia*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁸ *Ivi*, p. 53.

identified recently by the *Council of European Energy Regulators ("Ceer")*⁷⁹ prejudicing the end-consumer by the excessive increase in traditional energy prices⁸⁰.

The regulatory Authority's duties must thus include that of avoiding excessive prejudice to the consumer from unsustainable increases in energy prices or a weakening of competition on the electricity generation market deriving from incentive-based distortion to competitive forces. The imposition of such service obligations must thus be consistent with the guarantee of free economic enterprise, avoiding effects causing unreasonable distortion of the competitive dynamics of the electricity market so far as the supply of conventional energy is concerned.

From this point of view, although the regulatory model adopted for the electricity market at the European level is undoubtedly characterised by the need to guarantee the general interest in the service, this need must necessarily be met in a context also guaranteeing the freedom of initiative for business enterprises and must not preclude the possibility of providing the service on an economic footing⁸¹.

The Authority will also need to put the technical conditions in place to make it possible for renewable energy plant to have full access to the national grid while also ensuring that this does not distort competition at the energy generation stage.

This objective is moreover, assisted by the fact that the strengthening and modernising of the national grid appear for the most part to be oriented by the European and national legislatures towards the satisfaction above all of the general interests of the national and European energy system as a whole, including, without doubt, that of the promotion of renewable sources, rather than towards the particular interests of the infrastructure manager. The powers

⁷⁹ See Ceer position paper on the European Commission's Communication «*Making the internal energy market work*», May 2013.

⁸⁰ See G. LANDI - C. SCARPA, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 79.

⁸¹ See A. TRAVI, *Produzione e vendita di energia elettrica e gas e obblighi di servizio pubblico*, in M. DE FOCATIIS - A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà di impresa e regolazione nel nuovo diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 16.

attributed to the Regulatory Authority in this context are, for the most part, consistent with a command and control model⁸².

This is how the grant of regulatory powers to the Aeg “over interventions reinforcing the grid necessary to allow the emission and full collection of the energy produced by already running generation plant from renewable sources” should be read, pursuant to Article 17, paragraph 4, of Legislative Decree no. 28 of 3 March 2011. These initiatives include “systems for the accumulation of electrical energy designed to assist the dispatching of unpredictable interventions”.

The same need to promote the integration of renewables plant is a matter of great concern to other European countries. In Germany for instance, there is an urgent need to install new grids and improve existing ones to adapt to the production capacity of renewable sources which are highly unstable as a result of their dependence on climatic conditions. In the meantime the priority is assured for renewable sources bringing conventional power stations to a stop whenever there is an excess of wind or solar power. Finally, the grid connection of plant using renewables also presents particular complexities in this context especially when, for example, it is necessary to make provision for cabling for the connection of turbines sited in the open sea⁸³.

Nonetheless, in order to avoid the situation where the administrative regulations intended to integrate generation plant from renewables into the national grid has a disproportionate effect on the functioning of competition at the electricity generation stage, support from public finances for the traditional thermo-electric reserve capacity to be used when the contribution from renewable energy is absent, must be provided in the form of circumscribed and limited capacity payments.

To the same end it will also be necessary for the Aeg to use its powers relating to the drafting of technical/economic conditions for the connection of plant to the transmission and distribution grid, to ensure the priority of plant using renewables in the connection to the electricity

⁸² See E. BRUTI LIBERATI, *Mercati dell'energia e regolazione finalistica: la disciplina delle reti di trasporto nel Terzo Pacchetto energia*, in M. DE FOCATIIS - A. MAESTRONI (a cura di), *Libertà di impresa*, cit., p. 13 ss.

⁸³ Si v., *amplius*, S. RUPPRECHT, *Disciplina delle energie rinnovabili in Germania*, F. CORTESE - F. GUELLA - G. POSTAL, *op. cit.*, p. 309.

transmission grid and that they are given precedence in dispatching. Both are provided for in the legislation⁸⁴.

It is important to emphasise, from a comparative perspective, that the same priority is included in the regulatory provisions of many national states. Under Austrian legislation for instance, transmission of energy produced by renewable sources has to be given priority over that produced by conventional sources but only when grid capacity is not sufficient to cover all access requests at the same time (§ 20 *EIWOG*)⁸⁵. German regulations too, apply a “priority principle” in relation to the connection of energy sources in that the renewables-based systems must be connected to the grid before the systems supplying energy from traditional sources (§ 5 I *EEG*)⁸⁶.

8. Conclusions.

The importance of European and international interests of environmental sustainability and the security of energy supply has given rise at one and the same time, both to reference upwards to the European level of a significant part of the sector legislation and a reinforcement of public intervention in this field.

First the occurrence and then the worsening of the financial crisis have indeed, undermined confidence in the capacity of competitive dynamics to guarantee on their own, without any public intervention, the reduction in harmful emissions and the security of energy supply through increase in energy sources. Even the economic systems more open to the competitive market option such as that of North America are no longer convinced that the reduction of such negative external effects can be ensured solely by the adoption of rules which are conditional and not imposing final objectives, imposed by independent regulators and aimed exclusively at establishing the essential conditions for the untrammelled exercise of economic private initiative in the sector.

⁸⁴ see artt. 17 ss of d.lgs. n. 28 del 2011.

⁸⁵ SEE E. ORLANDO, *Energie rinnovabili: l'esperienza austriaca*, in F. CORTESE - F. GUELLA - G. POSTAL, *op. cit.*, p. 267.

⁸⁶ SEE S. RUPPRECHT, *Disciplina delle energie rinnovabili in Germania*, in F. CORTESE - F. GUELLA - G. POSTAL, *op. cit.*, p. 303.

On the contrary, the need for public intervention has become clear, aimed specifically at guaranteeing, both in Europe and at the level of individual states, the achievement of European objectives of an environmental and policy/strategic nature.

In this new context, the significance of national planning, even though mitigated by its description as a “National Energy Strategy” and taking the form, for the part involving renewable sources, in sector planning – should consist in concrete measures to be taken at a national level to achieve the objectives defined by the European legislature on the increase in renewable sources. Even so, these measures must not be merely declamatory in nature – they must impose effective restrictions, capable of influencing subsequent administrative procedures implemented by national administrative authorities⁸⁷.

The optimum boundary between sector planning and protection of the freedom of economic initiative depends entirely on the decision to implement adequate national support regimes capable of achieving the required share of energy from renewable sources out of end consumption of energy (imposed at the European level), without an excessive compression of the exercise of economic initiative.

The residual legislative powers reserved to national states in this area is concentrated, above all in the definition of practical strategies to be implemented at a country level to encourage the balanced development of such sources in their territory in the light of Article 194 of the European Union Founding Treaty.

It is undoubtedly an area which has by now been restricted to the narrow path delineated by the European Commission’s constricting activities of co-ordination which, under EC Directive 2009/28 anticipates the related trends and assesses the outcomes with care from both the quantitative and qualitative point of view. Community enforcement indeed, is substantive in nature given that it is able to make an assessment of the merits of the national measures identified by each Member State. The trans-national dimensions of the interest to be pursued indeed, such as those of geo-political security and combating climate change, means that any planning that only takes account of the national horizon will be decidedly inadequate and leads to the expectation that there will

⁸⁷ See G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di governance*, in G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 283.

once again be a reference upwards in a further round of regulations at the European level.

The national context nonetheless remains a strategic area for discretionary political powers in the light of the subsidiarity principle, above all in relation to the issues involved in the adaptation of the national transmission grid in such a way as to make possible a full integration of those sources which, like renewables, possess specific characteristics of volatility and unpredictability.

The restrictions imposed by public authorities as a result of such planning must however, be compatible not only with the process of liberalisation of the electricity market but also with its progressive integration at the European level, guaranteeing at one and the same time, the protection of the consumers of the services and openness to competition. Both production and energy dispatching must be open to such competition through the reinforcement of the unbundling process.

The various aspects of this compatibility can only be guaranteed, including on the basis of the developments in European law contained in the approval of the third package, by the powers exercised by the national sector regulatory authorities which, as a result of their independence from political bodies and their predominantly technical composition, are more prepared to encourage market dynamics, to base their actions on technical/economic criteria and to guarantee the stability of their decisions over time. Moreover, the third European package itself adumbrates a future development characterised by a strengthening of the role of national regulatory authorities with regard both to their institutional structure and to an increase in the powers they will be able to exercise.

It is thus for these regulatory authorities to avoid a situation where the support regimes set up by national states to encourage a quantitative increase in such sources both in relation to supply and adaptations to the transmission grid, prejudices the consumers of the service and introduces dynamics tending to distort competition in the production stage as also that of energy distribution.

ABSTRACT

Monica Cocconi - *Planning and regulating the renewable electric energy.*

L'articolo si propone di affrontare un tema da tempo dibattuto e ancora al centro di numerose e contrastanti analisi: l'energia rinnovabile e il suo utilizzo.

L'Autrice evidenzia che il vantaggio che scaturisce dall'utilizzo delle fonti rinnovabili è da ricercarsi non solo nel contenimento dei danni ambientali ma anche nella riduzione della dipendenza commerciale degli Stati ad altre nazioni in materia di combustibili. Tale scopo sembra però non aver raggiunto ancora la sua completa realizzazione, a causa del fatto che la politica ambientale comunitaria, se da una parte può favorire l'introduzione della Green Energy all'interno di tutti gli Stati, dall'altra sembra inibire il potere di scelta degli stessi per quanto riguarda la selezione del tipo e della quantità di energia da adottare, con l'effetto di poter influenzare non positivamente anche determinati settori industriali. In altre parole, sembra esserci incompatibilità fra quanto stabilito dalla Commissione Europea e le diverse realtà nazionali.

Per questo motivo, l'articolo propone una panoramica del progetto europeo in materia di risorse rinnovabili e delle legislazioni degli Stati membri (Italia inclusa). Segue una descrizione di come l'attuazione del progetto può influire sugli Stati stessi. Alla luce di ciò, l'Autrice propone di riconoscere agli Stati membri la possibilità di scegliere e di adottare misure volte alla difesa dell'ambiente nonché il diritto di sfruttamento energetico, consentendo agli stessi di realizzare gli obiettivi europei.

The article introduces a long-standing topic of discussion: renewable energy and its use.

The main advantage of exploiting renewable energy is not only the reduction of environmental pollution but even the reduction of the dependence from fossil fuel foreign imports. However, this aim has not been fulfilled yet because, on the one hand, European environmental policy encourages the

introduction of Green Energy in all Member States but, on the other, it faints their power to choose the proper mix of energy sources. For this reason, European laws seems to badly affect even the industry. In other words, there is a quite great incompatibility between what is established by the European Commission and States' legislations; which doesn't allow a right implementation of EU laws.

Thus, the article provides a wide description of the European environmental project and Member States' legislations (even Italian one) and of the main effects that the European policy can have on Member States. Assuming this, the Author finally proposes to give States the opportunity to choose and to take measures aimed to the defense of the environment and the right exploitation of energy. In this way, States could fulfill European goals.

NOTE A SENTENZA

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 5000

Segue nota di Beatrice Rossi

Gli accordi integrativi del provvedimento amministrativo in tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili: inerzia o ritardo della p.a. e conseguenti responsabilità

Testo della sentenza:

FATTO

La O.R.P. s.r.l. ha proposto ricorso presso il T.A.R. Puglia, sede di Bari, per l'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Puglia (o dal Comune di Santeramo in Colle) in ordine alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno prodromici al rilascio dell'autorizzazione unica ex art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da biomasse, sito nel Comune di Santeramo in Colle, in c.da. Montefungale; nonché per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio stesso e del conseguente diritto della ricorrente (anche ai sensi dell'art. 31, comma 3, del c.p.a.) al rilascio dell'autorizzazione unica, per la nomina di un commissario "ad acta" e per il risarcimento del danno, ex art. 117, comma 6, ed art. 30, commi 2 e 4, del c.p.a..

Con la sentenza in epigrafe indicata la Sezione I di detto T.A.R. ha accolto il ricorso ed ha conseguentemente ordinato alla Regione Puglia e al Comune di Santeramo in Colle di provvedere, nel termine di trenta giorni, alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno propedeutici al rilascio di detta autorizzazione unica, nonché alla Regione Puglia di provvedere, nel termine di trenta giorni, al rilascio della autorizzazione stessa.

Con il ricorso in appello in esame il Comune di Santeramo in Colle ha chiesto l'annullamento della citata sentenza deducendo le seguenti censure:

1.- "Errores in iudicando": inammissibilità del ricorso di primo grado.

La sentenza è errata nella parte in cui ha negato natura contrattuale ad atti paritetici ed ha invece riconosciuto loro natura provvedimentoale e

conseguente soggezione alla giurisdizione del giudice amministrativo (G.A.) e all'art. 11 della l. n. 241/1990.

Erroneamente sono stati qualificati la convenzione e l'atto di impegno accordi integrativi sul contenuto del provvedimento.

Non è stato tenuto conto del capo 3 del dispositivo della determinazione commissariale n. 103/2011, mai impugnata.

2.- "Errores in iudicando". Violazione dell'art. 31, commi 2 e 3 del c.p.a.. Irricevibilità del ricorso di primo grado.

Il T.A.R. ha respinto la eccezione di tardiva proposizione del ricorso di primo grado nell'erroneo assunto che il termine per la proposizione del ricorso contro il silenzio sia quello prescrizioneale.

3.- "Errores in iudicando". Violazione dell'art. 31, comma 2, del c.p.a..

Il T.A.R. ha erroneamente ritenuto che fossero sussistenti tutti i presupposti per ritenere accertata la fondatezza della pretesa, ordinando alle Amministrazioni convenute di provvedere alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno.

Con atto notificato il 21.9.2012 e depositato il 22.9/2.10.2012 si è costituita in giudizio (ed ha inteso proporre anche appello incidentale) la O.R.P. s.r.l., che, evidenziato in particolare che gli atti in questione erano riconducibili al modello dei contratti di diritto pubblico, ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione; in subordine ha chiesto l'annullamento della sentenza di cui trattasi, da riformare ai fini almeno della statuizione sull'obbligo a provvedere alla conclusione del procedimento.

La Regione Puglia, con memoria depositata il 22.9.2012, si è costituita in giudizio, riproponendo le medesime ragioni dedotte in primo grado e chiedendo l'accoglimento dell'appello; successivamente, con memoria depositata il 12.10.2012, ha, in particolare, evidenziato la illogicità e la contraddittorietà della impugnata sentenza laddove ha affermato che la Regione può rilasciare l'autorizzazione unica solo dopo la sottoscrizione dell'atto di impegno e convenzione tra il Comune e la società e poi ha ordinato alla Regione di sottoscrivere detto atto, pur competendo ciò al Comune, e di rilasciare entro trenta giorni la autorizzazione per la realizzazione dell'impianto.

Con ordinanza 17 ottobre 2012 n. 4148 la Sezione ha accolto la istanza di sospensione della efficacia della sentenza impugnata nell'assunto che, ad un primo e sommario esame, l'appello cautelare appariva assistito da "fumus boni juris", con riferimento ai motivi C.2) e C.3).

Con memoria depositata il 27.11.2012 la O.R.P. s.r.l., evidenziata in particolare la tempestività del ricorso di primo grado, ha insistito per la reiezione dell'appello.

Con memoria depositata il 28.11.2012 il Comune appellante ha eccepito la inammissibilità della produzione di documenti nuovi in appello da parte della O.R.P. s.r.l. e quella dell'appello incidentale (per carenza di "petitum" e di "causa petendi"), nonché ha ribadito la fondatezza dell'appello.

Con memoria depositata il 3.12.2012 la O.R.P. s.r.l. ha replicato deducendo che solo parte della documentazione prodotta era diversa da quella di primo grado e che sarebbe comunque indispensabile al fine di dirimere dubbi sulla tardività del ricorso di primo grado; inoltre ha asserito che i motivi dell'appello incidentale si deducono dal contenuto del controricorso ed ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 3.12.2012 il Comune ha a sua volta replicato alle avverse argomentazioni.

Con ordinanza 14 dicembre 2012/15 gennaio 2013 n. 174 la Sezione ha disposto la acquisizione, a cura della Regione Puglia e del Comune di Santeramo in Colle, di documentazione ritenuta rilevante ai fini del decidere.

Il Comune appellante, con memoria depositata il 30.4.2013, ha dedotto che l'esito della disposta istruttoria ha confermato la fondatezza del gravame ed ha ribadito tesi e richieste; con successiva memoria depositata il 21.6.2013 ha eccepito la inammissibilità della produzione di documentazione in data 18.6.2013 da parte della O.R.P. s.r.l. e ne ha dedotto la irrilevanza, insistendo nelle già rassegnate decisioni.

La O.R.P. s.r.l., con memoria depositata il 22.6.2013, ha insistito, alla luce della prodotta documentazione, per la reiezione dell'appello principale e per l'accoglimento, in subordine, di quello incidentale, con statuizione dell'obbligo di provvedere a carico della Regione e del Comune; con successiva memoria depositata il 28.6.2013 ha replicato alle avverse deduzioni ed ha contestato la fondatezza di asserzioni contenute nelle relazioni della Regione e del Comune prodotte a seguito della istruttoria disposta dalla Sezione. Ha quindi insistito per la reiezione dell'appello principale e, in subordine, per l'accoglimento di quello incidentale.

Con note depositate il 28.6.2013 il Comune appellante ha replicato alle avverse deduzioni, contestando la rilevanza delle nuove produzioni documentali della O.R.P. s.r.l. ed insistendo nelle già rassegnate conclusioni.

Alla udienza in camera di consiglio del 9.7.2013 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dal Comune di Santeramo in Colle, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla O.R.P. s.r.l. per l'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Puglia (o dal Comune di Santeramo in Colle) in ordine alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno, prodromici al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da biomasse; inoltre per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato da detta Regione e del conseguente diritto al rilascio dell'autorizzazione unica, infine per la nomina di un commissario "ad acta" e per il risarcimento del danno. Con la sentenza è stato ordinato alla Regione e al Comune citati di provvedere, nel termine di trenta giorni, alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno propedeutici al rilascio di detta autorizzazione unica, nonché è stato ordinato alla Regione di provvedere, nel termine di trenta giorni, al rilascio della autorizzazione stessa.

2.- Con il primo motivo di appello il Comune di Santeramo in Colle ha sostenuto la erroneità della sentenza nella parte in cui ha affermato la sussistenza della giurisdizione del G.A. in materia di accertamento di silenzio inadempimento in relazione alla sua richiesta di sottoscrizione di una convenzione di diritto privato, negando natura contrattuale ad atti paritetici e riconoscendo loro natura provvedimento in quanto accordi integrativi sul contenuto del provvedimento ex art. 11 della l. n. 241/1990. Erroneamente sarebbero stati qualificati tali la convenzione e l'atto di impegno, in quanto la lettura degli allegati "A", "B" e "C" alla deliberazione commissariale n. 103/2011 ne dimostrerebbe la natura negoziale; comunque gli accordi integrativi non sarebbero assoggettabili alla procedura del silenzio inadempimento, come dimostrato dall'inimpugnato art. 3 dell'atto integrativo della convenzione, che contempla ulteriori obblighi (di cessione di area, di realizzazione di opere di urbanizzazione e di trasmissione di vincolo delle aree a parcheggio) ai quali la società non ha mai dimostrato di poter ottemperare.

Peraltro, secondo il Comune, poiché le trattative volte alla stipula degli accordi di cui trattasi sono frutto della libera volontà del Comune stesso e della società, mentre la titolarità del potere di rilascio della autorizzazione è della Regione Puglia, non poteva sussistere accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento senza la partecipazione negoziale dell'Ente titolare del potere amministrativo, cioè della Regione Puglia, in presenza di atti predisposti dal solo Comune appellante.

Detti allegati sarebbero stati quindi qualificabili come mere proposte contrattuali dal contenuto negoziale non coercibile, come tali non soggette alla procedura del silenzio rifiuto.

2.1.- Premette la Sezione che con la impugnata sentenza è stata respinta la eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione formulata dalla difesa comunale, non essendo stata condivisa la qualificazione da essa operata in merito alla natura privatistica delle convenzioni e dell'atto di impegno [ai sensi dei punti 2.3.5. e 2.3.6. dell'Allegato A della delibera di giunta regionale (G.R.) n. 35/2007 e della L.R. n. 31/2008], i cui schemi sono stati approvati dal commissario straordinario con determinazione n. 103/2011.

Detti atti, che prevedono vari obblighi a contenuto eterogeneo (comprensivi di interventi di riqualificazione e ristoro ambientale a carico della società proponente al fine del rilascio dell'autorizzazione unica), sono stati qualificati accordi integrativi sul contenuto del provvedimento (la autorizzazione unica) di cui all'art. 11 legge n. 241/1990 e successive modificazioni, aventi ad oggetto, diversamente dal contratto, "la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento", ovvero la sua sostituzione, nell'ambito di un principio di generale "consensualità" dell'azione amministrativa, o più precisamente, di negoziazione delle modalità di esercizio del potere discrezionale.

Il T.A.R. ha quindi aderito alla tesi c.d. "pubblicistica" nell'assunto che, diversamente dai contratti anche "ad oggetto pubblico", che regolano gli aspetti patrimoniali di un provvedimento già sorto, gli accordi rappresentano moduli convenzionali che precedono l'atto autoritativo, regolandone contenuto e condizioni nei limiti dei vincoli direttamente posti dalla legge, per definizione non negoziabili.

A detta qualificazione giuridica delle convenzioni e dell'atto di impegno di cui trattasi è stata fatta conseguire, in ipotesi di inerzia dell'Amministrazione titolare del potere di provvedere sul contenuto

dell'accordo, la piena ammissibilità dell'azione "contra silentium", rivestendo la posizione sostanziale del privato che ha pattuito l'accordo la consistenza di interesse legittimo di tipo pretensivo in riferimento all'esercizio di un potere di natura autoritativa, seppur in forma "mediata".

2.2.- Osserva in linea generale la Sezione che, come è noto, le controversie che rientrano nella giurisdizione del Giudice ordinario sono unicamente quelle nelle quali non entra in gioco alcun potere autoritativo dell'Amministrazione a tutela di interessi generali; ove, invece, la controversia coinvolga l'esercizio di poteri discrezionali, ovvero la verifica dell'azione autoritativa della Amministrazione sul rapporto sottostante, oppure investa l'esercizio di poteri discrezionali - valutativi dell'intero rapporto, allora entra in gioco la competenza giurisdizionale del Giudice amministrativo.

L'autorizzazione unica, rilasciata, previa conferenza di servizi, all'esito del procedimento unico di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003, assorbe in sé tutte le procedure previste dalla normativa vigente, per una valutazione complessiva e contestuale di tutti gli interessi coinvolti; in tale ambito la Regione è tenuta a svolgere una funzione fondamentale valutativa e volitiva, ai fini dell'emanazione dell'autorizzazione unica, e non meramente partecipativa in seno alla conferenza di servizi.

Ai fini del rilascio di detta autorizzazione unica la decisione collegiale della Conferenza di servizi si connota come atto presupposto alla decisione finale, atteso che il procedimento si conclude con un autonomo provvedimento adottato individualmente, al di fuori di detta Conferenza (e cioè dopo che la stessa ha esaurito la sua funzione), dalla sola Amministrazione procedente, cui, ai sensi dell'art. 12 sopra citato, è attribuita la cura dell'interesse specifico di settore (allo sviluppo della politica energetica ed al controllo sull'uso delle fonti di energia alternativa).

Quindi, mentre l'atto conclusivo dei lavori della conferenza si concreta in un atto istruttorio endo-procedimentale "a contenuto consultivo", l'atto conclusivo del procedimento è il provvedimento finale (a rilevanza esterna) con cui l'Amministrazione decide a seguito di una valutazione complessiva.

La Regione Puglia, con la deliberazione n. 16183 del 17.11.2010, per quanto emerso dalla Conferenza dei servizi e a seguito di successive verifiche, ha dato atto che il procedimento di autorizzazione in questione si era concluso positivamente ed ha invitato la società istante a trasmettere copie del progetto definitivo, ad ottemperare a quanto previsto per oneri di monitoraggio, alla

sottoscrizione dell'atto di impegno e della convenzione con il Comune interessato dall'intervento e, a conclusione dell'iter procedurale e prima dell'emissione del provvedimento di rilascio della autorizzazione unica, a dimostrare la piena disponibilità dei terreni.

Il ricorso di primo grado era volto all'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Regione o dal Comune in ordine alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno prodromici al rilascio della autorizzazione unica e alla declaratoria del diritto al rilascio di questa; sicché non può che confermarsi la piena giurisdizione del G.A. sul sostanziale "petitum" fatto valere, identificabile nell'interesse legittimo al corretto esercizio dei sopra richiamati poteri autoritativi ai fini del rilascio della autorizzazione unica, e l'ammissibilità del ricorso alla procedura di cui all'art. 31 del c.p.a..

2.3.- Aggiungasi che gli atti da sottoscrivere, pure investiti dal ricorso contro il silenzio di cui trattasi, sono stati, secondo il Collegio, correttamente assimilati dal T.A.R., ai sensi dell'art. 11 legge n. 241/1990, ad accordi integrativi del contenuto discrezionale di provvedimenti.

Tali accordi non sono negozi di diritto privato, bensì contratti ad oggetto pubblico per i quali sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo ai sensi dell'art. 11, comma 5, della l. n. 241/1990 [ora art. 133, comma 1, lett. a), punto 2, del c.p.a.].

Essi costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo attuata attraverso un modulo bilaterale e consensuale, pur rimanendo la potestà esercitata pubblica e, quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'Amministrazione e soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica.

Anche se il potere amministrativo può concretizzarsi in atti bilaterali (accordi ex art. 11 della l. n. 241/1990) ovvero atti di diritto privato (art. 1, comma 1 bis, di detta legge), con fusione tra potere amministrativo e autonomia privata in un atto bilaterale consensuale in cui essi confluiscono nella regolamentazione di interessi comuni, tuttavia l'Amministrazione, nella conclusione di tali accordi, diversamente dalla parte privata, non esercita alcuna autonomia privata (come dimostrato dalla previsione di cui al comma 4 bis dell'art. 11 della l. n. 241/1990 relativa alla necessità della previa deliberazione da parte dell'organo competente per l'adozione del provvedimento integrato o sostituito), bensì un potere unilaterale non privatistico.

In base all'art. 11 della l. n. 241/1990 gli accordi in esame, che possono essere alternativi rispetto al provvedimento (sostitutivi), ovvero rispetto alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento (integrativi), non sono quindi, secondo la Sezione, qualificabili quali contratti ad evidenza pubblica, che costituiscono invece veri e propri contratti di diritto privato, soggetti, come tali, salvo espresse disposizioni derogatorie, alla disciplina privatistica.

Gli accordi in questione, coerentemente con la loro natura giuridica, non sono disciplinati dall'insieme delle regole proprie del diritto privato, ma unicamente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti" (prevedendo il comma 2 dell'art. 11 della l. n. 241/1990 due clausole di salvezza: applicabilità di tali principi "ove non diversamente previsto" ed "in quanto compatibili").

La delineata diversità di natura giuridica si traduce in una differenziazione di disciplina processuale: per i contratti ad evidenza pubblica sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo solo con riferimento alla formazione del contratto, mentre la fase esecutiva è devoluta alla cognizione del Giudice ordinario, trattandosi di controversia di diritto civile in cui vengono in rilievo diritti soggettivi (rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario in base al tradizionale criterio di riparto); per gli accordi ex art. 11 della l. n. 241/1990 non esiste invece alcun riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo, in quanto tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi in esame sono riservate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo [art. 11, comma 5, della l. n. 241/1990 ed, attualmente, art. 133, comma 1, lett. a), punto 2, del c.p.a.].

Poiché gli accordi in questione sono qualificabili di diritto pubblico, sussistendo tutti gli elementi che come tali li caratterizzano (esercizio di un potere amministrativo e preordinazione al perseguimento dell'interesse pubblico), sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo in ordine alle relative controversie.

Del resto anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004 ha chiarito che il radicamento della giurisdizione amministrativa trova una sua giustificazione a livello costituzionale unicamente se si tratta di materie che vedono la Pubblica Amministrazione agire in veste di autorità.

L'atto di impegno e la sottoscrizione di cui trattasi nel caso di specie non potevano quindi considerarsi, come dedotto dall'appellante, mere proposte

contrattuali dal contenuto negoziale non coercibile, come tali non soggette alla procedura del silenzio rifiuto, e la procedura di cui all'art. 31 del c.p.a. è stata quindi ammissibilmente intrapresa dalla O.R.P. s.r.l. con riguardo al conseguimento della autorizzazione unica, previa adozione dei sopra indicati atti costituenti sostanziali accordi integrativi, con piena sussistenza in materia della giurisdizione del G.A..

Le censure in esame non sono quindi suscettibili di accoglimento.

3.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che il T.A.R. ha respinto la eccezione di tardiva proposizione, in data 5.3.2012, del ricorso di primo grado (a decorrere dalla comunicazione della nota regionale del 17.11.2010, con cui la O.R.P. s.r.l. era stata resa edotta della positiva conclusione del procedimento istruttorio ed invitata a perfezionare la procedura), erroneamente assumendo che il termine per la proposizione del ricorso contro il silenzio sia qualificabile come termine prescrizionale breve, anziché come termine decadenziale ex art. 2964 e seguenti del c.c., nel rilievo che la legge prevede, alla scadenza, la reiterabilità dell'istanza ed il diritto di riproporre l'azione mediante diffida all'Amministrazione comprovante la persistenza dell'interesse all'adozione del provvedimento richiesto.

Osterebbe, infatti, secondo il Comune appellante, al riconoscimento al termine di proposizione del ricorso contro il silenzio rifiuto del carattere prescrizionale, il dato letterale dell'art. 31, comma 2, del c.p.a. ed esso dovrebbe quindi essere inteso quale termine decadenziale, con tardività del ricorso introduttivo del giudizio proposto oltre il termine annuale decorrente dalla nota regionale del 17.11.2010.

3.1.- Osserva in proposito la Sezione che la Regione Puglia, con nota prot. n. 16183 del 17.11.2010 ricevuta dal Comune appellante in data 14.12.2010, aveva comunicato alle parti interessate che il procedimento di autorizzazione in questione si era concluso positivamente, invitando la società istante a trasmettere copie del progetto definitivo, ad ottemperare a quanto previsto per oneri di monitoraggio, a sottoscrivere l'atto di impegno e la convenzione con il Comune interessato dall'intervento, cioè il Comune di Santeramo in Colle, e a dimostrare la piena disponibilità dei terreni.

La sottoscrizione di detti atti, essendo propedeutica al rilascio dell'autorizzazione unica di cui trattasi, costituiva una procedura autonoma cui era comunque subordinato il rilascio dell'autorizzazione medesima.

Il termine massimo per la conclusione del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica, che, ai sensi dell'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387/2003, è di 180 giorni dalla ricezione della domanda, aveva cominciato quindi nuovamente a decorrere dalla data del 14.12.2010, di ricezione di detta comunicazione della Regione del 17.11.2010, e scadeva in data 12.6.2011.

Il termine di un anno dalla scadenza del termine per la conclusione del procedimento, stabilito dagli artt. 31, comma 2, e 117, comma 1, del c.p.a., veniva pertanto a scadere dopo un anno da detta data del 12.6.2011 (di rinnovata scadenza del termine di 180 giorni sopra evidenziato), cioè in data 12.6.2012, con conseguente tempestività del ricorso di primo grado notificato il 5.3.2012.

Aggiungasi che il Comune solo con la delibera commissariale n. 103 del 1.12.2011 aveva approvato gli schemi dell'atto di impegno e di convenzione propedeutici al rilascio dell'autorizzazione unica, sicché deve ritenersi che fosse comunque tempestivo il ricorso di primo grado notificato il 5.3.2012.

Anche la censura in esame, a prescindere dalla natura prescrizione o decadenziale del termine per la proposizione del ricorso contro il silenzio della pubblica amministrazione, è quindi insuscettibile di assenso.

4.- E' fondato invece, secondo il Collegio, il terzo motivo di appello principale.

Con esso è stato asserito che erroneamente il T.A.R., ritenuto che sussistessero tutti i presupposti (attività vincolata o assenza di ulteriori margini di esercizio della discrezionalità, senza necessità di adempimenti istruttori da parte della amministrazione) per ritenere accertata la fondatezza della pretesa (risultando dalla documentazione prodotta in giudizio che il procedimento, in esito all'esito favorevole della conferenza dei servizi, era concluso, non essendovi altre ragioni ostative e considerato che l'intervenuta approvazione di tutti gli atti propedeutici unitamente alla non contestazione del possesso della disponibilità dei terreni da parte della ricorrente, con consumazione da parte della Regione dei suoi poteri discrezionali), ha ordinato alle Amministrazioni convenute di provvedere alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno.

Invero l'A.R.P.A. Puglia, con nota prot. n. 40186 del 26.7.2012, aveva dichiarato che la O.R.P. s.r.l. non aveva ancora ottemperato a consegnare la documentazione integrativa definitiva; inoltre, nella conferenza dei servizi del 16.6.2009 l'Ente locale aveva espresso parere favorevole a condizione che

venisse individuata e ceduta al Comune gratuitamente un'area adiacente all'intervento da destinare a parcheggio pubblico, che venissero realizzate (a carico dei proponenti) opere di urbanizzazione primaria e che venisse trasmesso l'atto di vincolo delle aree destinate a parcheggio privato, preferibilmente prima del rilascio della autorizzazione unica.

Inoltre, ai sensi dell'allegato A alla deliberazione della G.R. Puglia n. 35/2007 (punto 2.3.5), parte integrante dell'atto di impegno era il progetto definitivo dell'impianto e delle opere accessorie necessarie per il suo regolare funzionamento, ma il progetto presentato dalla O.R.P. s.r.l. non sarebbe stato conforme alle prescrizioni della G.R..

Non sarebbe nemmeno stata dimostrata da detta società la disponibilità dei suoli su cui l'opera "de qua" avrebbe dovuto essere realizzata, come dovuto da parte della società, mentre la tesi del T.A.R., che sarebbe stata imputabile al Comune la mancata contestazione ad essa della indisponibilità dei suoli, avrebbe capovolto la norma processuale in punto di onere della prova di cui all'art. 63 del c.p.a., essendo tenuto il proponente, ex art. 4 bis del d. lgs. n. 387/2003, a dimostrare, prima della autorizzazione, la disponibilità in questione.

In conclusione, secondo il Comune appellante, il diritto della O.R.P. s.r.l. ad ottenere il rilascio della autorizzazione unica sarebbe stato accertato dal T.A.R. senza che la società avesse documentato la disponibilità del suolo su cui realizzare l'impianto e delle aree annesse da cedere e su cui eseguire le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, compresi i parcheggi nella misura imposta dal Comune.

4.1.- Osserva la Sezione che, secondo l'art. 31, comma 3, del c.p.a., il Giudice, con riguardo alla azione avverso il silenzio, può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata, o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione.

Il G.A., non potendo sostituirsi all'Amministrazione negli accertamenti e nelle scelte ad essa riservati, non può infatti, in nessun caso, "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", come dispone il comma 2 dell'art. 34 del c.p.a. (Consiglio di Stato, Sezione VI, 16 febbraio 2011, n. 996).

Nel caso che occupa il T.A.R., dopo aver riconosciuto la sussistenza di tutti i presupposti per la declaratoria della illegittimità del silenzio-rifiuto,

costituiti dalla titolarità in capo al soggetto istante di una posizione qualificata legittimante la richiesta e dal decorso del termine di conclusione del procedimento con conseguente formazione del silenzio, ha accolto anche la istanza di accertamento della fondatezza della pretesa.

Ciò in quanto, dalla documentazione in atti, il procedimento, dopo la conclusione della conferenza di servizi favorevole alla realizzazione del progetto, risultava concluso, avendo la Regione Puglia assunto formale impegno a rilasciare l'autorizzazione unica, subordinatamente alla sottoscrizione dell'atto di impegno e della convenzione nonché alla dimostrazione della piena disponibilità dei terreni su cui realizzare l'impianto, non essendovi altre ragioni ostative.

Secondo il T.A.R. l'avvenuta approvazione da parte del commissario straordinario del Comune di tutti gli atti propedeutici, unitamente alla mancata contestazione del possesso della disponibilità dei terreni da parte della società ricorrente, che aveva comportato la consunzione da parte della Regione dei propri poteri discrezionali, come pure l'insussistenza della necessità di approfondimenti istruttori, comportava l'obbligo di rilasciare l'autorizzazione unica, a completamento dell'iter procedimentale.

Rileva in proposito il Collegio che il rilascio della autorizzazione unica di cui trattasi non consiste affatto in un'attività vincolata e non risulta che fossero stati puntualmente posti in essere tutti i previsti adempimenti istruttori, residuando margini di esercizio della discrezionalità, connessa a complesse valutazioni di merito e di opportunità, che postulano equilibrati apprezzamenti di ordine tecnico che vanno rimessi in via esclusiva all'Amministrazione.

Invero, come in precedenza accennato, con la nota prot. n. 16183 del 17.11.2010 la Regione (preso atto che, ai sensi dell'art. 14 ter, comma 7, della l. n. 241/1990, la mancata espressione della volontà dell'Amministrazione rappresentata all'esito della conferenza dei servizi svoltasi il 16.6.2009 doveva intendersi come assenso e considerato che i sopravvenuti pareri degli Enti cui la società aveva fornito chiarimenti o integrazioni erano tutti favorevoli o favorevoli con prescrizioni) ha affermato che il procedimento di autorizzazione in questione si era concluso positivamente ed ha invitato la O.R.P. s.r.l., in particolare, a trasmettere tre copie del progetto definitivo, adeguato alle prescrizioni formulate in sede di conferenza dei servizi, e, prima della emissione del provvedimento di rilascio dell'autorizzazione unica, a dimostrare la piena disponibilità dei terreni ex comma 4 bis dell'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003.

Quanto al progetto esecutivo va rilevato che, anche se in motivazione detto provvedimento regionale conteneva l'affermazione che tutti i pareri erano favorevoli o con prescrizioni da eseguirsi nella fase esecutiva dell'opera, l'esserne stata formalmente richiesta la produzione prima del rilascio della autorizzazione unica deve ritenersi che costituisse comunque condizione apposta al rilascio stesso (ben potendo l'Amministrazione pretendere di conoscere in anticipo le modalità esecutive del progetto), con sussistenza della necessità di ulteriori adempimenti istruttori ed impossibilità di pronuncia sulla fondatezza della domanda da parte del Giudice ex art. 31, comma 3, del c.p.a..

Non può condividersi la tesi del primo Giudice che il positivo esito del verbale di deliberazione del Commissario straordinario del Comune di cui trattasi n. 103 dell'1.12.2011 comportasse il superamento della condizione, in quanto, pur essendo fatto riferimento alla citata richiesta effettuata dalla Regione con la nota del 17.11.2010, non è poi fatto cenno alla produzione di quanto richiesto, sicché la disposta approvazione dello schema di atto di impegno e di convenzione non si ritiene che possa intendersi quale circostanza sufficiente a superare la mancata dimostrazione dell'adeguamento dei progetti alle prescrizioni formulate in conferenza dei servizi.

La mancata contestazione della omessa dimostrazione dell'avvenuto adeguamento è inoltre insufficiente a dimostrare la avvenuta ottemperanza a detta condizione, considerato che, ex art. 63 del c.p.a., l'onere della prova è a carico della parte che agisce in giudizio e il Giudice può chiedere al riguardo anche d'ufficio chiarimenti o documenti. Tanto è avvenuto nel caso di specie con la adozione della ordinanza istruttoria n. 14/2012, in riscontro alla quale la Regione Puglia ha comunicato con atto prot. n. AOO 159 del 19.2.2013 che le tre richieste copie del progetto erano state depositate solo in data 12.12.2011, dopo, peraltro, la adozione di detta deliberazione n. 103/2011, con irregolarità immediatamente percepibili con riguardo ai punti T5, P12, R20.

Aggiungasi che l'acquiescenza può ritenersi sussistente solo in presenza, e ciò non risulta nel caso di specie, di un comportamento univoco, posto liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostri la chiara ed incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti.

Tanto dimostra, anche se la rilevanza di dette irregolarità è stata contestata dalla società resistente con memoria depositata il 28.6.2013, che quanto asserito al riguardo con detta deliberazione n. 103/2011 dal Commissario straordinario del Comune in questione non fosse idoneo ad

escludere il permanere di residua discrezionalità della Regione procedente al rilascio della autorizzazione in questione.

Quanto alla dimostrazione della piena disponibilità dei terreni, ulteriore formalità condizionante il rilascio di detta autorizzazione, va rilevato che anche in questo caso non può condividersi la tesi del Giudice di primo grado che la mancata contestazione da parte del Commissario straordinario, in sede di approvazione degli atti propedeutici, della loro indisponibilità e la dichiarata insussistenza di approfondimenti istruttori, comportasse l'obbligo di rilascio della autorizzazione in questione, con conseguente assenza di margini di discrezionalità in capo alla Regione.

Non è, infatti, contenuto alcun riferimento nel citato verbale di deliberazione n. 103/2011 alla richiesta effettuata dalla Regione con la nota del 17.11.2010, né era stata fornita dalla società la prova della disponibilità stessa, da fornire, ex art. 12, comma 4 bis, del d. lgs. n. 387/2003, prima del rilascio della autorizzazione unica.

In conclusione, in accoglimento "in parte qua" del motivo di ricorso in esame, va annullata la impugnata sentenza nella parte in cui ha ordinato alla Regione Puglia e al Comune appellante di provvedere entro trenta giorni alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno, nonché al rilascio della richiesta autorizzazione unica.

5.- Deve conseguentemente essere esaminato dalla Sezione l'appello incidentale, subordinatamente proposto dalla resistente O.R.P. s.r.l. al fine di ottenere la statuizione quantomeno dell'obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento.

5.1.- Innanzi tutto osserva il Collegio che la eccezione di inammissibilità dello stesso formulata dal Comune per carenza di "petitum" e di "causa petendi" non può essere condivisa, atteso che è ben chiara la richiesta formulata e i motivi della richiesta sono impliciti nelle argomentazioni contenute nel controricorso ed appello incidentale, considerato anche che, come peraltro rilevato dal T.A.R., l'autorizzazione è rilasciata a seguito di un procedimento unico che deve concludersi entro il termine massimo di 180 giorni, e che comunque O.R.P. s.r.l. ha interesse alla conclusione dello stesso.

5.2.- Nel merito va accolta la subordinata richiesta in questione, rimanendo confermata la parte di sentenza con la quale è stata riconosciuta la sussistenza dei requisiti legittimanti la impugnazione del silenzio mantenuto dalla Regione sulla istanza di cui trattasi.

Sussistono, infatti, tutti i presupposti di cui all'art. 31 del c.p.a. per l'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere, essendo titolare la O.R.P. della posizione qualificata legittimante la richiesta ed essendo inutilmente trascorso il termine di conclusione del procedimento, con formazione di illegittimo silenzio rifiuto.

L'obbligo, per l'Amministrazione preposta, di pronunciarsi entro termini perentori sulle istanze di compatibilità ambientale costituisce infatti principio fondamentale della materia non derogabile dalle Regioni, secondo il combinato disposto degli artt. 31, 43 e 44 del d. lgs. n. 152/2006.

Il termine massimo di 180 giorni dalla presentazione della richiesta, fissato dall'art. 12, comma 4, del d.lgs. n. 387/2003 per la conclusione del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica, è infatti di natura perentoria, in quanto costituisce principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia elettrica, che risulta ispirato alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità, garantendo in modo uniforme sull'intero territorio nazionale la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo. Pertanto la mancata adozione del provvedimento finale entro detto termine massimo legittima l'istante a proporre ricorso avverso il silenzio-inadempimento serbato dall'Amministrazione precedente secondo il rito dell'art. 117 del d.lgs. n. 104/2010 (Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5413), con obbligo di concludere il procedimento entro 180 giorni, cui la Regione deve inderogabilmente uniformarsi.

6.- L'appello principale deve essere conclusivamente accolto solo in parte, limitatamente al terzo motivo, e va annullata la impugnata sentenza nella parte in cui ha ordinato alla Regione Puglia e al Comune appellante di provvedere entro trenta giorni alla sottoscrizione con la O.R.P. s.r.l. della convenzione e dell'atto di impegno, nonché al rilascio della richiesta autorizzazione unica.

Deve altresì essere accolto l'appello incidentale, proposto in subordine dalla O.R.L. s.r.l., e riformata la prima decisione nel senso che va riconosciuta la illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Puglia sulla istanza di autorizzazione unica presentata dalla O.R.P. s.r.l., essendo decorsi i termini per la conclusione del procedimento, e va dichiarato l'obbligo della Regione stessa di condurre il procedimento nel rispetto della normativa di settore e di adottare

tutte le determinazioni previste dalla legge in ordine all'istanza presentata dalla ricorrente società, concludendo lo stesso nel termine tassativamente prescritto.

Va assegnato a tal fine alla Regione, ai sensi dell'art. 117, comma 2, del c.p.a, un termine ultimativo non superiore a sessanta giorni decorrente dalla comunicazione, o, se anteriore, dalla notifica della presente pronuncia; in caso di ulteriore inutile scadenza anche di tale termine la parte ricorrente in primo grado potrà formulare una nuova istanza alla Sezione al fine di ottenere la nomina di un commissario "ad acta", che provveda in luogo della Regione inadempiente.

7.- Le pregresse conclusioni consentono di soprassedere alla verifica della fondatezza delle eccezioni del Comune appellante in ordine alla ammissibilità delle produzioni documentali effettuate da controparte, stante la loro irrilevanza ai fini del decidere.

8.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a. e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, accoglie in parte l'appello principale in esame e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, annulla la impugnata sentenza nella parte in cui ha ordinato alla Regione Puglia e al Comune appellante di provvedere entro trenta giorni alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno, nonché al rilascio della richiesta autorizzazione unica. Accoglie l'appello incidentale proposto dalla O.R.P. s.r.l. e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ordina alla Regione Puglia di provvedere sulla richiesta di autorizzazione unica formulata da detta società nei termini e nei sensi di cui in motivazione. In difetto la parte ricorrente in primo grado potrà formulare una nuova istanza alla Sezione al fine di ottenere la nomina di un commissario "ad acta", perché provveda in luogo della Regione inadempiente.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2013
con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

BEATRICE ROSSI*

***Gli accordi integrativi del provvedimento amministrativo in
tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili: inerzia o ritardo della
p.a. e conseguenti responsabilità***

[commento a Consiglio di Stato, Sez. V, 14/10/2013, n. 5000]

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *La vicenda oggetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 5000 del 14.10.2013. Natura giuridica degli accordi integrativi del provvedimento amministrativo, atti istruttori endoprocedimentali e provvedimento autorizzativo* - 3. *Inerzia della P.A. e qualificazione dell'azione "contra silentium"* - 4. *La documentazione a corredo del rilascio del titolo* - 5. *Il divieto di duplicazione dei procedimenti e la responsabilità dell'Amministrazione: un caso di risarcimento del danno* - 6. *Prospettive evolutive.*

1. *Premessa*

Il Consiglio di Stato, Sezione Quinta, pronunciandosi definitivamente sul ricorso in appello proposto dal Comune di Santeramo in Colle avverso la sentenza del TAR Puglia- Bari, sez. I, n.1322/2012, nel giudizio contro la Ditta O. e la Regione Puglia concernente il silenzio su una domanda di autorizzazione per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da biomasse, ha reso, con la sentenza n. 5000 del 14 ottobre 2013, un utile approfondimento in relazione all'ambito di regolazione del procedimento amministrativo per il rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'articolo 12 del d. lgs.n.387/2003, nonché relativamente alla sua generale riconducibilità al *genus* del procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n.241/1990 e s.m.i.

Invero, sebbene sia ormai pacificamente riconosciuto che il procedimento autorizzatorio recato dalle normative di settore consegue allo svolgimento di un procedimento unico orientato al rispetto dei principi ed alle modalità di cui alla citata legge 7 agosto 1990 n.241, il giudice amministrativo,

* Collaboratore amministrativo Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente Basilicata.

chiamato sempre più spesso in funzione giurisdizionale di cognizione nelle controversie tra gli Enti titolari della funzione amministrativa e le ditte richiedenti provvedimenti di rilascio del titolo abilitativo alla costruzione ed all'esercizio di impianti da fonti rinnovabili, è intervenuto di volta in volta a chiarificazione della portata giuridica degli atti endoprocedimentali, prodromici e/o istruttori del provvedimento conclusivo, contribuendo in misura significativa alla sistematizzazione della legislazione di settore ed alla formazione di un *corpus normativo* delineato (ed altresì, ben allineato) ai principi cardine che regolano la disciplina di carattere generale.

La sentenza citata è esemplificativa del contributo giurisprudenziale offerto in una materia, quale quella di cui si discorre, peculiarmente caratterizzata nel nostro Paese da una forte ondata di diffusione ed applicazione in epoca relativamente recente.

La pronuncia giurisdizionale, intervenuta a valle dell'approvazione del Regolamento in vigore dal 13 giugno 2013 di cui al D.P.R. 59/2013¹ è, a parere di chi scrive, ancor più significativa ove si consideri che l'esclusione del procedimento unico, normato ai sensi dell'articolo 12 del d.lgs n.387/2003, dall'elenco dei titoli assorbenti la nuova Autorizzazione Unica Ambientale interviene a rafforzare e consolidare il principio della natura giuridica autonoma ed onnicomprensiva dell'atto autorizzativo in questione, ossia dell'idoneità del titolo *ex se* alla costruzione, nonché all'esercizio degli impianti da fonti rinnovabili.

Osserva, infatti, il Collegio che "l'autorizzazione unica, rilasciata previa Conferenza di servizi, all'esito del procedimento unico di cui all'articolo 12 del d.lgs.n.387/2003, assorbe in sé tutte le procedure previste dalla normativa vigente, per una valutazione complessiva e contestuale di tutti gli interessi coinvolti" e che, ai fini dell'emanazione della medesima, "la Regione è tenuta a svolgere in tale ambito una *funzione fondamentale valutativa e volitiva*, e non meramente partecipativa, in seno alla Conferenza di Servizi".

Le considerazioni che seguono, prendendo le mosse dalla vicenda oggetto della pronuncia del giudice amministrativo, vogliono fornire un breve excursus sulle fasi procedimentali che conducono al provvedimento finale,

¹ Regolamento recante la disciplina dell'autorizzazione unica Ambientale e la semplificazione di adempimenti amministrativi in materia ambientale gravanti sulle piccole imprese e sugli impianti soggetti ad autorizzazione integrata ambientale.

connotato dalla conclusione dell'iter procedimentale e dagli esiti dell'esercizio dell'azione autoritativa in capo all'Amministrazione procedente.

2. *La vicenda oggetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 5000 del 14.10.2013. Natura giuridica degli accordi integrativi del provvedimento amministrativo, atti istruttori endoprocedimentali e provvedimento autorizzativo*

Il Comune di Santeramo in Colle ha chiesto in primo luogo l'annullamento della sentenza del TAR – Puglia citata, con la quale era stato accolto il ricorso proposto dalla ditta O. per l'accertamento della illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Puglia (o dal Comune) in ordine alla sottoscrizione della convenzione e dell'atto di impegno, prodromici al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da biomasse; in secondo luogo, la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dalla detta Regione e del conseguente diritto al rilascio dell'autorizzazione unica; da ultimo, la nomina di un commissario “ad acta” ed il risarcimento del danno.

I giudici di primo grado avevano ordinato alla Regione procedente ed al Comune, di provvedere, nel termine di trenta giorni, alla sottoscrizione con la società istante della convenzione e dell'atto di impegno propedeutici al rilascio dell'autorizzazione unica, nonché all'Amministrazione regionale pugliese di provvedere, sempre nel termine di trenta giorni, al rilascio dell'autorizzazione stessa.

Con il primo motivo di appello l'Amministrazione comunale di Santeramo in Colle ha sostenuto la erroneità della sentenza nella parte in cui ha affermato la sussistenza della giurisdizione del Giudice amministrativo in materia di accertamento del silenzio (inadempimento) serbato dall'Amministrazione in relazione alla richiesta di sottoscrizione dell'atto di impegno e della convenzione, i quali, a giudizio del Comune medesimo, paiono qualificarsi come atti di diritto privato, avendo gli stessi natura contrattuale di atti paritetici.

E'dalla lettura degli allegati A, B e C alla deliberazione commissariale n.103/2011, osserva il Comune, che *per tabulas* discenderebbe la natura negoziale dei citati accordi integrativi, qualificabili come mere proposte contrattuali dal contenuto negoziale non coercibile e dunque, non soggette, in

quanto tali, alla procedura del silenzio-rifiuto. Peraltro, sempre secondo l'Ente locale, "poiché le trattative volte alla stipula degli accordi di cui trattasi sono frutto della libera volontà del Comune stesso e della società, mentre la titolarità del potere di rilascio della autorizzazione è della Regione Puglia, non poteva sussistere accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, senza la partecipazione negoziale dell'Amministrazione titolare del potere amministrativo, cioè della Regione Puglia, in presenza di atti predisposti dal solo Comune appellante".

In continuità con la pronuncia del TAR, il Consiglio di Stato chiarisce inequivocabilmente che gli accordi di cui trattasi rientrano nella più ampia categoria disciplinata dall'articolo 11 della legge n. 241/1990, per i quali sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex articolo 133, comma 1, lett.a) punto 2, del c.p.a. Gli allegati citati dall'Amministrazione comunale sono stati approvati dal commissario straordinario con la determinazione n.103/2011; detti atti prevedono vari obblighi a contenuto eterogeneo (comprensivi di interventi di riqualificazione e ristoro ambientale a carico della società proponente al fine del rilascio dell'autorizzazione unica) e, diversamente dal contratto, hanno ad oggetto "*la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento, ovvero la sua sostituzione, nell'ambito di un principio di generale consensualità dell'azione amministrativa, o più precisamente, di negoziazione delle modalità di esercizio del potere discrezionale*".

Il TAR, osservando i giudici di appello, ha, dunque, aderito alla tesi pubblicistica nell'assunto che, diversamente dai contratti anche "ad oggetto pubblico" che regolano gli aspetti patrimoniali di un provvedimento già sorto, essi rappresentano *moduli convenzionali* che precedono l'atto autoritativo, regolandone contenuto e condizioni nei limiti dei vincoli direttamente posti dalla legge, per definizione non negoziabili.

Infatti, ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica, la decisione collegiale della Conferenza dei servizi assume la precipua connotazione di atto presupposto alla decisione finale, dal momento che il procedimento si conclude con un *provvedimento autonomo* adottato al di fuori dai lavori (ed anzi, ad esito delle risultanze degli stessi) della detta Conferenza, individualmente ed esclusivamente dalla Amministrazione regionale procedente, la quale è l'unica attributaria ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 387/2003, della cura

dell'interesse specifico di settore (vale a dire la politica energetica ed il controllo sull'uso delle fonti di energia rinnovabile).

Ne discende l'ovvia conseguenza che l'atto conclusivo dei lavori della Conferenza di Servizi è *atto istruttorio endo-procedimentale con contenuto consultivo*, che costituisce cosa diversa dall'atto conclusivo del procedimento di rilascio (o diniego) del titolo abilitativo, il quale si qualifica in senso giuridico come il provvedimento finale a rilevanza esterna con il quale la P.A. assume la decisione a seguito di una valutazione di carattere complessivo. L'Amministrazione regionale pugliese ha correttamente assunto apposito atto deliberativo con il quale ha dato atto che, in seguito alle risultanze delle attività in seno alla Conferenza di servizi, nonché delle successive verifiche, il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione era stato concluso con esito positivo, invitando all'uopo la società istante a rimettere le copie progettuali definitive, ad ottemperare a quanto previsto per gli oneri di monitoraggio, alla sottoscrizione dell'atto d'impegno e della convenzione con il Comune interessato dall'intervento, nonché a dimostrare, prima dell'emissione del provvedimento finale, la piena disponibilità dei terreni.

Come può evincersi, il momento procedimentale rappresentato è quello conclusivo e finale del rilascio del provvedimento, e pur tuttavia previamente cadenzato dallo svolgimento, con esiti positivi, delle attività sopra elencate. In particolare, con riguardo agli atti di impegno e sottoscrizione della convenzione, essi sono appunto assimilabili, ai sensi della statuizione di cui alla citata legge n.241/1990, agli accordi integrativi del contenuto discrezionale di provvedimenti, costituenti contratti ad oggetto pubblico (e non anche come sostenuto dal Comune, negozi di diritto privato), ossia *“una modalità di esercizio del potere amministrativo attuata attraverso un modulo bilaterale e consensuale, pur rimanendo la potestà esercitata pubblica e, quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'Amministrazione e soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica”*.

In merito, il Collegio osserva che “anche se il potere amministrativo può concretizzarsi in atti bilaterali ex articolo 11, ovvero atti di diritto privato disciplinati dall'articolo 1 della medesima legge 241/1990 e s.m.i., con fusione tra il potere amministrativo e l'autonomia privata in un atto bilaterale consensuale in cui essi confluiscono nella regolamentazione di interessi comuni,

tuttavia l'Amministrazione, nella conclusione di tali accordi, diversamente dalla parte privata, non esercita alcuna autonomia privata, bensì un potere unilaterale non privatistico”.

Ancora, “gli accordi in esame possono essere alternativi rispetto al provvedimento (sostitutivi), ovvero rispetto alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento (integrativi)”; non sono, dunque, qualificabili quali contratti ad evidenza pubblica e non sono sottoposti, in quanto tali, alla disciplina privatistica, ma unicamente ai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, dal momento che il comma 2 dell'articolo 11 della legge n.241 prevede unicamente due clausole di salvezza, ossia l'applicabilità di tali principi “ove non espressamente previsto”, ovvero “in quanto compatibili”.

Rimarcando i principi consolidati ed espressi dalla Corte Costituzionale, il Consiglio di Stato afferma, altresì, il principio di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie degli accordi in questione, sussistendo tutti gli elementi che come tali li caratterizzano: l'esercizio di un potere amministrativo ed il perseguimento dell'interesse pubblico. Sul punto, il Collegio non manca di sottolineare che le controversie rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario sono unicamente quelle nelle quali non entra in gioco alcun potere autoritativo dell'Amministrazione a tutela degli interessi generali; ove invece, la controversia coinvolga l'esercizio di poteri discrezionali, ovvero la verifica dell'azione autoritativa della Amministrazione sul rapporto sottostante, oppure investa l'esercizio di poteri discrezionali – valutativi dell'intero rapporto, allora la competenza è rimessa in via esclusiva al giudice amministrativo.

La sottoscrizione dell'atto di impegno e della convenzione, così come correttamente assimilati agli accordi ai sensi dell'articolo 11 della legge sul procedimento amministrativo, costituiscono il momento cronologicamente antecedente, nonché prodromico alla declaratoria di rilascio della autorizzazione unica, sicché ne discende, altresì, la piena ammissibilità del ricorso alla procedura disciplinata dall'articolo 31 del c.p.a.

3. *Inerzia della P.A. e qualificazione dell'azione “contra silentium”*

La normativa di settore disciplina dettagliatamente le fasi procedurali del procedimento unico volto al rilascio dell'autorizzazione ex articolo 12 decreto legislativo n.387/2003, orientato, come si è visto, al rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge n.241/1990, nonché l'obbligo di conclusione del procedimento attraverso l'emissione di un provvedimento espresso in un arco temporale certo e definito, elementi, questi, tutti, anch'essi rientranti nell'obbligo statuito a livello di carattere generale dagli articoli 2 e 3 della citata disposizione legislativa. A norma del comma 4 dell'articolo 12 richiamato, il procedimento di rilascio del titolo deve concludersi nel termine massimo di centottanta giorni dalla presentazione dell'istanza.

Recentemente, l'intervenuta modifica di cui al decreto legislativo n.28/2011 ha ridotto il termine massimo di conclusione del procedimento a novanta giorni "fatto salvo il previo espletamento, qualora prevista, della verifica di assoggettabilità sul progetto preliminare di cui all'articolo 20 del decreto legislativo n.152/2006 e s.m.i., al netto dei tempi previsti dall'articolo 26 del medesimo decreto per il provvedimento di valutazione ambientale (il quale sopravvive all'onnicomprensività dell'autorizzazione unica in via di carattere generale). In merito, i giudici di Palazzo Spada, riprendendo, peraltro, la giurisprudenza costituzionale in materia, secondo la quale il termine di cui si discorre è ispirato alle regole di semplificazione amministrativa e di celerità volte a garantire uniformità sull'intero territorio nazionale, si è espressa nel senso della non derogabilità a livello di autorità locale, nonché del carattere di perentorietà del medesimo.

Ne discende che, di norma, il silenzio dell'Amministrazione, qualora non supportato da circostanze di carattere oggettivo, si appalesa illegittimo configurandosi quale inadempimento, e la conseguente mancata adozione del provvedimento espresso quale ingiustificato comportamento. Secondo i giudici amministrativi, dalla sopra esplicitata qualificazione giuridica delle convenzioni e dell'atto di impegno oggetto della pronuncia giurisdizionale di cui si discorre, discende, in ipotesi di inerzia dell'Amministrazione titolare del potere di provvedere sul contenuto dell'accordo, l'ammissibilità dell'azione *contra silentium* della società richiedente, "*rivestendo la posizione del privato, che ha pattuito l'accordo, la consistenza di interesse legittimo di tipo pretensivo in riferimento all'esercizio di un potere di natura autoritativa, seppur in forma mediata*".

Nel caso in esame, la Regione Puglia, con nota prot.16183 del 17.11.2010 ricevuta dal Comune appellante in data 14.12.2010, aveva comunicato alle parti interessate che il procedimento di autorizzazione in questione si era concluso positivamente, invitando la ditta istante a trasmettere le copie del progetto definitivo, ad ottemperare a quanto previsto per oneri di monitoraggio, a sottoscrivere l'atto di impegno e la convenzione con il Comune ed, in ultimo, a dimostrare la piena disponibilità dei suoli. La sottoscrizione dei detti atti costituisce, dunque, secondo il Collegio giudicante, una procedura autonoma, propedeutica al rilascio dell'autorizzazione ed alla quale è comunque subordinata la declaratoria dell'Amministrazione procedente al rilascio del medesimo.

Afferma, in merito, il Consiglio di Stato che il termine di scadenza per la proposizione del ricorso ha natura decadenziale e non prescrizione, ex articolo 2964 e seguenti del codice civile; l'istanza per l'autorizzazione può, pertanto, essere riproposta, alla scadenza, con possibilità di reiterazione dell'azione mediante diffida "comprovante la persistenza dell'interesse all'adozione del provvedimento richiesto". A ciò aggiungasi che il termine massimo per la conclusione del procedimento, fissato dalla legge in centottanta giorni dalla ricezione della domanda, nella situazione descritta in sentenza aveva cominciato a decorrere dalla data del 14.12.2010 (di ricezione della comunicazione della Regione) e scadeva il 12.06.2011. Dalla qual cosa discenderebbe, a prescindere dalle considerazioni circa la natura del termine, la tempestività del ricorso notificato dalla ditta istante.

Il tema della necessità dell'adozione da parte dell'Amministrazione procedente di un provvedimento espresso di conclusione del procedimento è di pregnante attualità e peraltro oggetto di numerose recenti pronunce giurisdizionali, tutte univocamente orientate a qualificare la perentorietà del termine di cui al comma 4 dell'articolo 12 del d.lgs n.387/2003, inteso anche dai giudici della Corte Costituzionale quale principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia.

Ciò che rileva in sostanza, non è il ritardo procedimentale in sé e per sé, nè l'eventuale diniego dell'autorizzazione, ma l'infruttuoso decorrere del tempo in assenza di motivazioni di carattere oggettivo tali da escludere l'esistenza di un comportamento colpevole dell'Amministrazione, nonché la permanenza di un interesse per l'istante.

Solo in quest'ultimo caso la fattispecie procedimentale del ritardo fa scaturire una possibile ipotesi di risarcibilità del danno relativo (da ritardo, appunto), essendo lo stesso legato inscindibilmente alla dimostrazione della meritevolezza dell'interesse da far valere, ossia l'adozione di un provvedimento favorevole (l'effettivo rilascio del titolo abilitativo), anche se intervenuto tardivamente.

4. *La documentazione a corredo del rilascio del titolo*

Osservano i giudici di Palazzo Spada che *“il giudice, con riguardo alla azione avverso il silenzio, può pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata, o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione”*. Nessuno, neanche il giudice, infatti, può sostituirsi all'Amministrazione ed alle scelte ad essa riservate, né *“pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*².

Così, la verifica dei documenti presentati a corredo dell'istanza di autorizzazione unica è demandata agli Uffici regionali proprio dalle disposizioni contenute nelle linee guida nazionali e regionali.

Al proposito, il giudice amministrativo ha sovente rimarcato che il novero dei documenti di cui l'istanza di autorizzazione unica deve essere corredata non sarebbe contenuto in via esclusiva nell'articolo 13 delle linee guida nazionali, in quanto la disposizione in questione, recante l'elenco dei documenti da allegare all'istanza di rilascio del titolo, va infatti *“letta in combinato disposto con il successivo articolo 14 (punto 2) ed il precedente articolo 6 (punto 1)*. Ancora, *“espressamente al punto 6.1 delle linee guida è contemplata la facoltà delle Regioni di prescrivere documentazione da allegare all'istanza medesima, aggiuntiva a quella indicata al paragrafo 13; documentazione “aggiuntiva” che, ai sensi e per gli effetti del successivo punto 14.2 delle stesse istruzioni, unitamente alla documentazione elencata al citato punto 13.1, è considerata contenuto minimo dell'istanza ai fini della sua procedibilità”*(cfr. TAR Puglia, Bari, sez.I, n.1508 del 7.11.2013).

² Cons. Stato, VI, 16 febbraio 2011, n. 996.

Tornando al caso esaminato, l'ARPA Puglia- osserva il Consiglio di Stato- aveva dichiarato che la ditta istante non aveva ancora ottemperato a consegnare la documentazione integrativa definitiva; ed ancora, in seno alla Conferenza di servizi, il medesimo ente locale aveva espresso parere favorevole a condizione che venisse individuata e ceduta al Comune gratuitamente un'area adiacente all'intervento da destinare a parcheggio pubblico, che venissero realizzate opere di urbanizzazione primaria e che venisse trasmesso l'atto di vincolo delle aree destinate a parcheggio privato, preferibilmente prima del rilascio dell'autorizzazione unica. Inoltre, parte integrante dell'atto di impegno era il progetto definitivo dell'impianto e delle opere accessorie necessarie per il suo regolare funzionamento. La ditta avrebbe presentato un progetto non conforme alle prescrizioni della Giunta Regionale ed, inoltre, non avrebbe dimostrato la disponibilità dei suoli ex comma 4 del d.lgs n.387/2003, richiesta normativamente prima del rilascio dell'autorizzazione unica.

Il Consiglio di Stato non manca, altresì, di sottolineare che “anche se in motivazione il provvedimento regionale conteneva l'affermazione che tutti i pareri erano favorevoli o con prescrizioni da eseguirsi nella fase esecutiva dell'opera, l'esserne stata formalmente richiesta la produzione prima del rilascio della autorizzazione unica deve ritenersi costituissero comunque condizione apposta al rilascio stesso, con sussistenza della necessità di ulteriori adempimenti istruttori ed impossibilità della pronuncia da parte del giudice della fondatezza della domanda”.

Continua il Collegio osservando che “la mancata contestazione della omessa dimostrazione dell'avvenuto adeguamento è insufficiente a dimostrare l'avvenuta ottemperanza a detta condizione”, cui occorre aggiungere che “l'acquiescenza può ritenersi sussistente solo in presenza di un comportamento univoco, posto liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostri la chiara ed incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti”.

Conclude, dunque, il Consiglio di Stato annullando la sentenza impugnata nella parte in cui ha ordinato alla Regione Puglia ed al Comune appellante di provvedere entro trenta giorni alla sottoscrizione con la ditta istante della convenzione e dell'atto di impegno, nonché al rilascio dell'autorizzazione unica.

E, pur tuttavia, “sussistono tutti i presupposti per l'accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di provvedere”, dal momento che la ditta istante è titolare di una posizione qualificata legittimante la richiesta di rilascio

del titolo ed al contempo, è decorso inutilmente il termine di conclusione del procedimento. Ne discende l'illegittimità del silenzio-rifiuto dell'Amministrazione competente, atteso che come rimarcano i giudici di Palazzo Spada "l'obbligo di pronunciarsi entro termini perentori sulle istanze di compatibilità ambientale costituisce infatti principio fondamentale della materia non derogabile dalle Regioni, secondo il combinato disposto degli articoli 31, 43 e 44 del dlgs.n.152/2006".

Il termine massimo di centottanta giorni dalla presentazione della richiesta è infatti di natura perentoria, in quanto costituisce principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia elettrica, per cui la mancata adozione del provvedimento finale entro detto termine legittima l'istante a proporre ricorso avverso il silenzio-inadempimento serbato dall'Amministrazione procedente³.

La Sezione conclude nel senso della assegnazione alla Regione di un nuovo termine ultimativo (non superiore a sessanta giorni decorrente dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notifica della presente pronuncia), decorso inutilmente il quale, la ditta potrà formulare nuova istanza al fine di ottenere la nomina di un commissario ad acta che provveda in luogo della Regione.

5. *Il divieto di duplicazione dei procedimenti e la responsabilità dell'Amministrazione: un caso di risarcimento del danno*

L'esperienza di questi anni insegna che il rilascio del titolo a costruire ed esercire impianti da fonti rinnovabili sovente "soffre" dell'impasse di procedimenti che si arenano prima dell'emanazione del provvedimento finale in sede di lavori di Conferenza di Servizi, determinando ritardi di vario genere nella conclusione del procedimento e sfociando nella violazione dell'obbligo in capo all'Amministrazione procedente di conclusione nel termine fissato perentoriamente dalla legge.

Ancora una volta è la giurisprudenza a dettare le corrette regole di pratica amministrativa. Infatti, in una sentenza resa dal TAR Lombardia, conferente con il caso che ci occupa ⁴, con la quale è stata pronunciata

³ Cons. Stato, V, 23 ottobre 2012, n. 5413.

⁴ TAR Lombardia, Milano, I, 16 novembre 2012, n. 2777.

l'illegittimità del diniego di autorizzazione unica alla costruzione ed all'esercizio di un impianto per la produzione di energia da fonte rinnovabile (nella situazione di specie, biomasse agricole), i giudici amministrativi, nell'accogliere la censura relativa alla carenza di motivazione "costruttiva" a sostegno del dissenso delle P.A. partecipanti alla Conferenza di Servizi indetta dalla Provincia di Pavia, accolgono, altresì, la domanda di risarcimento del danno in relazione al ritardo subito dalla ditta istante, condannando in solido tra loro le Amministrazioni interessate. Si tratta, in sostanza, di una dichiarazione di responsabilità a carico delle Amministrazioni partecipanti alla Conferenza di servizi, corresponsabili in uno con l'Amministrazione precedente che ha denegato l'autorizzazione sulla base dell'atto conclusivo negativo della conferenza di servizi.

I giudici lombardi osservano che "l'articolo 12 del d.lgs.n.387/2003 ha previsto il rilascio del titolo da parte della Regione o della Provincia (se delegata) di "una autorizzazione unica che sostituisce tutti i pareri e le autorizzazioni altrimenti necessari ed in cui confluiscono, con il meccanismo della Conferenza di servizi, anche le valutazioni di carattere paesaggistico e quelle relative all'esistenza di vincoli di carattere storico- artistico". Richiamando in sentenza la non univocità della giurisprudenza amministrativa circa la natura giuridica della Conferenza di servizi⁵, il Collegio propende per la natura decisoria della Conferenza, sulla base del disposto normativo di cui al DM 10.09.2010 n.47987, attuativo dell'articolo 12, comma 10, del d.lgs.n. 387/2003, il quale, nel dettare le linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, offre i seguenti "sicuri elementi testuali in favore della tesi decisoria", ossia, in particolare "l' articolo 14.6 del DM citato, nella parte in cui si prevede che la Conferenza di servizi si svolge con le modalità di cui agli articoli 14 e ss. della legge n.241 del 1990 e s.m.i.", nonché "l'articolo 15.1 in cui si stabilisce che l'autorizzazione unica, conforme alla determinazione motivata di conclusione assunta all'esito dei lavori della Conferenza di servizi, sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle Amministrazioni pubbliche".

⁵ Sulla natura istruttoria: TAR Campania, Napoli, VII, nn.9345/2009 e 157/2010; Cons. Stato, VI, n.1352/2004; sulla natura decisoria: Cons. Stato, VI, 1020/2010; TAR Campania, Napoli, V, n.1479/2010.

L'articolo 14- quater della legge n.241/1990 e s.m.i. statuisce che “ il dissenso di uno o più rappresentanti delle Amministrazioni, ivi comprese quelle preposte alla tutela ambientale, fermo restando quanto previsto dall'articolo 26 del d.lgs.n.152/2006, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, regolarmente convocate in Conferenza di servizi, *deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della Conferenza di servizi medesima e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso*”.

Viene, altresì, rimarcata la necessità che il dissenso abbia anche *contenuto propositivo, intendendo il legislatore evitare la duplicazione di procedimenti, quando sia possibile il recepimento di una soluzione condivisa*, con conseguente violazione anche del principio per effetto del quale i pareri negativi e la decisione finale devono essere *costruttivamente formulati*⁶.

Nel caso esaminato, il comportamento ostruzionistico dei Comuni partecipanti alla Conferenza di servizi al cui voto si è associata la Provincia di Pavia, ha determinato l'emanazione di un provvedimento in ritardo, dando luogo alla lesione dell'interesse pretensivo al rilascio nei termini prescritti per il procedimento cagionato dalla lentezza dell'azione amministrativa: il che significa che sebbene esso sia stato conseguito dall'istante non per ciò stesso viene a cessare la materia del contendere, dovendo essere definita la concorrente domanda risarcitoria, qualora essa sia stata avanzata nel processo.

Si è visto come⁷secondo il prevalente insegnamento giurisprudenziale “l'imputazione della responsabilità extracontrattuale della P.A. non consegue dal mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma richiede anche l'accertamento in concreto della colpa della Pubblica Amministrazione intesa come apparato”.

Da un lato, occorre che sia provata la colpa dell'Ente, dall'altro che si sia venuta a determinare, per effetto dell'inutile decorso del tempo, l'esistenza di un pregiudizio di carattere patrimoniale connesso al ritardo nella realizzazione dell'impianto.

In sostanza, come rilevato dai giudici amministrativi, il danno da ritardo non è dotato di autonomia strutturale propria ma si associa alla fattispecie

⁶ TAR Puglia, Lecce, n.3730/2008; TAR Lazio, Latina, n.1343/2009; anche TAR Lombardia, Milano, IV, n.502 del 20.02.2014.

⁷ Cons. Stato, V, sentenza n.5413/2012.

procedimentale da cui scaturisce, concretizzandosi nella riparazione in forma specifica dell'effettivo rilascio di un provvedimento favorevole e non anche, come in via ordinaria accade, in fattispecie di riparazione per equivalente. L'Amministrazione procedente (regionale o provinciale se delegata) è la sola ad avere titolo all'emanazione del provvedimento finale e pur tuttavia, essa ha anche una funzione di propulsione del procedimento e di conduzione dello stesso, in tutte le fasi cadenzate, secondo i principi normativamente sottesi al buon andamento della attività amministrativa.

Secondo il TAR Lombardia, Sezione I, le Amministrazioni interessate partecipanti alla Conferenza di servizi avevano concluso in via espressa in maniera negativa i lavori e nonostante la Provincia si sia prodigata al fine di addivenire ad una conclusione con esiti positivi, di fatto essa si è poi uniformata al dissenso espresso in seno alla Conferenza, denegando a sua volta l'autorizzazione, e così aggravando il procedimento già viziato nella formulazione dei pareri.

A sua volta, la società istante, nell'invocare l'esistenza del pregiudizio di natura patrimoniale, ha l'onere di provare il carattere di *concretezza ed attualità del danno*, unica situazione in grado di soddisfare la domanda risarcitoria⁸.

Infine, quanto alla imputabilità del danno, esso non è esclusivamente cagionato dall'Amministrazione che ha emanato l'atto finale tutte le volte in cui il provvedimento conclusivo sia stato assunto sulla base del diniego espresso da tutte le Amministrazioni presenti in Conferenza di servizi, dal che discende la corresponsabilità in parti uguali ed in solido di tutte.

6. *Prospettive evolutive*

Gli impianti per la produzione di energie rinnovabili vengono autorizzati, come si è visto, “in base a due norme fondamentali. Da un lato, la disposizione legislativa di carattere generale in materia di cui all'articolo 12 del d.lgs n.387/2003, che li assoggetta ad una autorizzazione unica, dall'altro, la norma che ne fa conseguire il rilascio all'esito di “un procedimento unico al

⁸ Nel caso descritto nella sentenza n.2777/2012, l'aumento del valore del mais desunto dai dati della Camera di Commercio, ha reso fondata la domanda in quanto incidente sul costo della biomassa che alimenta l'impianto.

quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate (Conferenza di Servizi), svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n.241 e successive modificazioni ed integrazioni”.

Una recente giurisprudenza⁹ ha avuto modo di richiamare la sentenza del Consiglio di Stato oggetto di esame, riaffermando che *“il riferimento alla legge 241/1990 non è assoluto, poiché della Conferenza dei servizi il regolamento attuativo della norma DM. 10 settembre 2010 detta una disciplina speciale all’articolo 15.1 per cui l’autorizzazione unica, conforme alla determinazione motivata di conclusione assunta all’esito dei lavori della Conferenza di servizi, sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni coinvolte..”*.

Sulle modalità di formazione della delibera finale della conferenza dispone poi l’ art. 14, comma 13, dello stesso decreto: *“gli esiti delle procedure di verifica di assoggettabilità o di valutazione di impatto ambientale, comprensive, ove previsto, della valutazione di incidenza nonché di tutti gli atti autorizzatori comunque denominati in materia ambientale di cui all’articolo 26 del decreto legislativo n.152/2006 e s.m.i., sono contenuti in provvedimenti espressi e motivati che confluiscono nella Conferenza di servizi...”*.

La detta Conferenza dunque, si qualifica quale sede dell’esame contestuale di tutti gli interessi coinvolti nella fattispecie, e risponde propriamente ad *una scelta logica prima che giuridica*: *“il legislatore ha ritenuto che la soluzione migliore possa e debba emergere attraverso la discussione ed il confronto dei vari punti di vista, considerato che alla conferenza può partecipare il privato interessato e che, evidentemente, egli può in tal modo meglio esporre le ragioni tecniche, scientifiche ed economiche delle proprie scelte e se del caso adattare alle esigenze del pubblico interesse”*¹⁰.

Senonché, mentre il carattere endoprocedimentale di tali verbali è stato pacificamente riconosciuto nel vigore del testo originario dell’articolo 14 ter comma 9 della legge 241(testo che prevedeva un *procedimento bifasico* : *all’esito dei propri lavori la conferenza adottava una determinazione conclusiva alla quale si doveva conformare come parere vincolante un distinto*

⁹ TAR Lombardia, Brescia, 1, 28 novembre 2013, n.1028.

¹⁰ Sulla tesi che le determinazioni delle amministrazioni coinvolte vanno a pena di nullità espresse in seno alla Conferenza di servizi e non con atti ad essa esterni tanto più se successivi alla chiusura dei lavori: Cons. Stato, VI, n.4400/2012; TAR Piemonte, I, n.237/2012.

provvedimento finale che costituiva l'atto impugnabile (cfr. per tutte Cons. di Stato sez.VI n.2696/2002), attualmente tale indirizzo è stato rivisto per effetto dell'abrogazione del citato comma 9 da parte dell'articolo 49, comma 2, lettera f) del d. l. 31 maggio 2010 n. 78 convertito dalla legge 30 luglio 2010 n.122, per effetto del quale parte della giurisprudenza ritiene che un distinto provvedimento finale non sarebbe più richiesto, in quanto assorbito dalla determinazione conclusiva della Conferenza¹¹.

Si sta assistendo, in conclusione, alla formazione di una nuova giurisprudenza amministrativa, ancora non univocamente orientata.

¹¹ In tal senso ad esempio TAR Lazio, n.810/2013.

ABSTRACT

Beatrice Rossi - *Gli accordi integrativi del provvedimento amministrativo in tema di impianti alimentati da fonti rinnovabili: inerzia o ritardo della p.a. e conseguenti responsabilità (nota sentenza Consiglio di Stato, Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 5000)*

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5000 del 14 ottobre 2013, ha reso un utile approfondimento in relazione all'ambito di regolazione del procedimento amministrativo per il rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'articolo 12 del d. lgs.n.387/2003, nonché relativamente alla sua generale riconducibilità al genus del procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n.241/1990 e s.m.i.

Invero, sebbene sia ormai pacificamente riconosciuto che il procedimento autorizzatorio recato dalle normative di settore consegue allo svolgimento di un procedimento unico orientato al rispetto dei principi ed alle modalità di cui alla citata legge 7 agosto 1990 n.241, il giudice amministrativo, chiamato sempre più spesso in funzione giurisdizionale di cognizione nelle controversie tra gli Enti titolari della funzione amministrativa e le ditte richiedenti provvedimenti di rilascio del titolo abilitativo alla costruzione ed all'esercizio di impianti da fonti rinnovabili, è intervenuto di volta in volta a chiarificazione della portata giuridica degli atti endoprocedimentali, prodromici e/o istruttori del provvedimento conclusivo.

La sentenza citata è esemplificativa del contributo giurisprudenziale offerto in una materia, partecipando a questo significativo processo di sistematizzazione della legislazione di settore ed alla formazione di un corpus normativo delineato (ed altresì, ben allineato) ai principi cardine che regolano la disciplina di carattere generale.

By the judgement no. 5000 of 14th October 2013, the Council of State has provided a useful in-depth analysis about the issue of single authorizations and its regulation, referred to Article 12 of the legislative decree no. 387/ 2003, as well as about its ascription to the genus of the

general administrative procedure, ruled by Law 241/1990 and subsequent amendments

Indeed, although it is now assumed that the process of authorization results from the performance of a single procedure oriented to the observation of the principles and the procedures of the above mentioned Law 241 of August 7, 1990, the administrative law judge has sometimes been called on to explain the legal nature of measures' proceedings.

He is also more and more often called on to settle disputes between the authorities in charge of the administration and the companies requesting the issue of the license allowing the construction and the working of renewable energy systems.

The above mentioned judgment is an example of the contribution offered by the case-law on a certain subject, in particular, law plays a key role in this significant process of systematizing a sectorial legislation and in the creation of a body of law that would be outlined (and also well-aligned) to the linchpin principles regulating the general framework.

OSSERVATORIO

STEFANO FANETTI*

Le fonti energetiche rinnovabili in Lombardia: tra programmazione regionale e semplificazione delle procedure amministrative

SOMMARIO: 1. *Introduzione* - 2. *Le fonti rinnovabili nella pianificazione energetica lombarda* - 2.1. *I primi anni duemila: verso l'approvazione di un Piano Energetico Regionale* - 2.2. *Il Programma Energetico Regionale del 2003* - 2.3. *Il Piano d'Azione per l'Energia del 2007* - 2.4. *La definizione di un nuovo Programma Energetico Ambientale Regionale* - 3. *L'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili in Regione Lombardia* - 3.1. *Dal decreto legislativo 387 del 2003 alle linee guida lombarde del 2009 per l'autorizzazione degli impianti FER* - 3.2. *Le linee guida regionali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili del 2012* - 4. *Conclusioni*

1. Introduzione

La Lombardia può essere annoverata tra le Regioni più virtuose sul fronte delle fonti energetiche rinnovabili (FER), soprattutto per quanto riguarda il settore elettrico. I dati in questo senso sono abbastanza eloquenti: la Lombardia è la prima Regione italiana sia per potenza installata sia per produzione, con quote pari rispettivamente al 16,4% e al 16,0% del totale nazionale nel 2012¹. Certo, bisogna riconoscere che la performance della Regione in materia di fonti rinnovabili dipende ancora in larga parte dai grandi impianti idroelettrici costruiti molti anni fa nell'arco alpino, anche se si assiste ad un'importante crescita di fonti "non tradizionali" come il fotovoltaico, le biomasse e il biogas².

E' bene, inoltre, considerare un indicatore molto importante, il consumo finale lordo di elettricità³. La Lombardia, vuoi per la sua vocazione industriale

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi dell'Insubria

¹ Fonte: GSE, *Rapporto statistico 2012. Impianti a fonti rinnovabili. Settore Elettrico*, 2013, p. 10 ss. Nel 2012, la Lombardia si è attestata ad un totale di 7.747,6 MW di potenza installata per una produzione pari a 14.743,0 GWh.

² L'eolico occupa (e presumibilmente continuerà ad occupare) una posizione marginale nel mix energetico regionale a causa delle non favorevoli condizioni anemologiche della Lombardia.

³ Il consumo finale lordo di energia elettrica (o consumo interno lordo di energia elettrica) corrisponde «alla produzione lorda di energia elettrica al netto della produzione da pompaggi,

vuoi per l'importante densità di popolazione, è la Regione con il livello di consumi più elevato⁴. Nel 2011 tale consumo è stato coperto dalle fonti rinnovabili solo in percentuale limitata (18,8%⁵) e in misura inferiore rispetto a molte altre realtà regionali⁶.

C'è poi da rilevare che ai buoni risultati sul versante della produzione elettrica da fonti rinnovabili, fanno da contraltare i non così positivi progressi sul fronte delle rinnovabili "termiche". Questo è un elemento non trascurabile, soprattutto alla luce del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico sul cosiddetto "*Burden Sharing*" del 15 marzo 2012⁷, con il quale viene ripartito tra le Regioni l'obiettivo complessivo nazionale del 17%⁸ di energia da fonti

più il saldo scambi con l'estero (o tra le Regioni)». (Fonte: GSE, *Rapporto statistico 2012*, cit., p. 3).

⁴ I dati più recenti sui consumi elettrici sono contenuti nel rapporto del GSE relativo all'anno 2011. Con un consumo finale lordo di elettricità pari a 71.051,1 GWh, la Lombardia supera nettamente tutte le altre Regioni italiane. Il dato dei consumi di Veneto, Emilia Romagna e Piemonte è inferiore alla metà del dato lombardo. (Fonte: GSE, *Rapporto statistico 2011. Impianti a fonti rinnovabili*, 2012, p. 22).

⁵ La percentuale indica il «rapporto tra la produzione normalizzata (pari al Consumo finale lordo da FER) e il consumo finale lordo» (Fonte: GSE, *Rapporto statistico 2011*, cit., p. 20). Secondo il decreto "*Burden Sharing*" del 15 marzo 2012 (su cui *infra* nota 7) «il consumo finale lordo di elettricità da fonti energetiche rinnovabili è calcolato come quantità di elettricità prodotta a livello nazionale da fonti energetiche rinnovabili, escludendo la produzione di elettricità in centrali di pompaggio con il ricorso all'acqua precedentemente pompata a monte».

⁶ Sul punto: GSE, *Rapporto statistico 2011*, cit., p. 22.

⁷ Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 15 marzo 2012 "Definizione e qualificazione degli obiettivi regionali in materia di fonti rinnovabili e definizione della modalità di gestione dei casi di mancato raggiungimento degli obiettivi da parte delle regioni e delle provincie autonome (c.d. *Burden Sharing*)" in G.U. 2 aprile 2012, n. 78. Si segnala che il titolo del decreto è stato corretto, con comunicato pubblicato in G.U. 17 aprile 2012, n. 90, sostituendo la parola "qualificazione" con la parola "quantificazione"; il titolo del decreto deve pertanto intendersi come "Definizione e quantificazione degli obiettivi regionali in materia di fonti rinnovabili e definizione delle modalità di gestione dei casi di mancato raggiungimento degli obiettivi da parte delle regioni e delle provincie autonome (c.d. *Burden Sharing*)".

Il decreto "*Burden Sharing*" è stato emanato (con ritardo) in attuazione dall'articolo 37, comma 6, del decreto legislativo 28 del 2011 e in conformità ai criteri stabiliti dall'articolo 2, comma 167, della legge 244 del 2007 (come successivamente modificato).

⁸ Con la Strategia Energetica Nazionale (SEN) del marzo 2013 l'Italia ha scelto di superare l'obiettivo del 17% fissato in sede europea, puntando al 19-20% di rinnovabili sui consumi finali lordi di energia (Strategia Energetica Nazionale, pagina 71). La SEN, che rappresenta il primo strumento programmatico della politica energetica nazionale da venticinque anni a questa parte, è stata approvata in data 8 marzo 2013 con decreto interministeriale del Ministro dello Sviluppo Economico e del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (di cui è stato dato avviso in G.U. 27 marzo 2013, n. 73); il testo della Strategia Energetica Nazionale e i relativi allegati sono consultabili sul sito web del Ministero dello Sviluppo Economico (www.sviluppoeconomico.gov.it).

rinnovabili nel consumo finale lordo di energia, fissato per il 2020 dalla direttiva 2009/28/CE⁹. Nella determinazione di questo obiettivo finale, la direttiva non si riferisce soltanto al settore elettrico, ma si estende anche al settore del riscaldamento, del raffrescamento e a quello dei trasporti¹⁰.

Il decreto “*Burden Sharing*” fissa quindi gli obiettivi intermedi e finali che le Regioni e le Province autonome devono conseguire. I *target* regionali, vincolanti a partire dal 2016, non sono settoriali, ma ricomprendono tanto la produzione di elettricità da fonti rinnovabili quanto i consumi di fonti rinnovabili termiche¹¹.

Per la Lombardia, l’obiettivo da conseguire entro il 2020 è pari ad una quota complessiva dell’11,3% di energia da fonti rinnovabili sul totale del consumo finale lordo rispetto ad un valore iniziale di riferimento del 4,9%¹². Secondo le “*traiettorie di sviluppo al 2020*”, previste dal decreto nel capitolo 4 dell’allegato I, il perseguimento dell’obiettivo complessivo al 2020 richiederebbe uno sforzo particolare sul versante del consumo di calore da fonti rinnovabili con un incremento pari al 476%, ma anche un consolidamento dell’attuale consumo di fonti rinnovabili elettriche, che dovrebbe crescere del 10%¹³.

⁹ Direttiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo 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 in G.U.U.E. 5 giugno 2009, L140/16-62. La direttiva è stata recepita in Italia con il decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 “Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle Direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE” in G.U. 28 marzo 2011, n. 71, Suppl. Ordinario n. 81.

¹⁰ Si vedano l’articolo 3 e l’allegato I della direttiva 2009/28/CE.

¹¹ Dalla ripartizione risultano invece esclusi (articolo 2 del decreto “*Burden Sharing*”) gli obiettivi definiti nel Piano d’Azione Nazionale per le energie rinnovabili sulle FER nei trasporti e sull’energia elettrica da FER importata da Stati membri e Paesi terzi.

¹² Il valore iniziale di riferimento si calcola, secondo il capitolo 4 dell’allegato 2 del decreto “*Burden Sharing*”, in base alla «*somma dei seguenti consumi regionali: · FER-E: produzione regionale elettrica lorda da fonti rinnovabili relativa all’anno 2009 rilevata da Gse, calcolata ai sensi della direttiva 28/2009; · FER-C: consumo regionale da fonti rinnovabili per riscaldamento/raffreddamento relativi all’anno 2005, forniti da Enea*».

Quanto agli obiettivi intermedi (vincolanti dal 2016), l’articolo 3 del decreto “*Burden Sharing*” prevede che la Lombardia raggiunga le seguenti quote di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia: 7,0% entro il 2012, 7,7% entro il 2014, 8,5% entro il 2016 e 9,7% entro il 2018.

¹³ In particolare, il consumo di rinnovabili termiche dovrà passare da 315 ktep a 1.815 ktep e quello di rinnovabili elettriche da 993 ktep a 1.090 ktep.

Il raggiungimento di tali traguardi non dipenderà soltanto dalle politiche che saranno messe in campo a livello centrale, ma anche dalla capacità di Regione Lombardia di migliorare ed aggiornare i propri strumenti (atti di pianificazione, normative amministrative, incentivi economici...) che hanno comunque già consentito di arrivare a risultati di rilievo, soprattutto sul fronte della produzione di elettricità da fonti rinnovabili.

Nello specifico, la Lombardia, per affrontare le molteplici sfide del settore, ha intrapreso un percorso, ormai più che decennale, che ha il suo fulcro nei documenti di pianificazione energetica (tra cui il Programma Energetico Regionale del 2003 e il Piano d'Azione per l'Energia del 2007) grazie ai quali sono state definite una serie di azioni volte alla promozione delle energie alternative. In questi contesti programmatici si può notare una crescente consapevolezza dell'importanza di adottare, a livello regionale, una normativa semplificata e chiara a presidio dei procedimenti amministrativi in materia energetica. Anche sulla scorta di queste sollecitazioni, la Lombardia, emanando le linee guida regionali per l'autorizzazione di impianti FER¹⁴, si è quindi dotata di regole coerenti ed organiche per un settore, quello rinnovabile, storicamente caratterizzato da una certa opacità normativa.

2. Le fonti rinnovabili nella pianificazione energetica lombarda

2.1. I primi anni duemila: verso l'approvazione di un Piano Energetico Regionale

Come noto, a cavallo tra la fine degli anni novanta e l'inizio degli anni duemila, sono intervenute alcune fondamentali riforme che hanno determinato un trasferimento di funzioni e compiti amministrativi dal "centro" (Stato) verso la "periferia" (Regioni ed Enti Locali) e una profonda revisione del riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni.

¹⁴ Come sarà meglio specificato nelle pagine seguenti, la Lombardia ha approvato le proprie linee guida nel 2009, per poi rivederle nel 2012 a seguito dell'entrata in vigore delle linee guida nazionali per gli impianti da fonti rinnovabili.

Il riferimento va, in primis, al decreto legislativo 112 del 1998¹⁵ con il quale, in attuazione di quanto previsto dalla legge 59 del 1997¹⁶, vengono conferite numerose funzioni amministrative a Regioni ed Enti Locali. La materia “energia” rientra tra quelle toccate dal decreto, benché la rilevanza degli interessi generali in gioco abbia suggerito di conservare allo Stato importanti prerogative¹⁷, anche rispetto al tema delle fonti energetiche rinnovabili¹⁸.

In secondo luogo, con la riforma del Titolo V della Costituzione attuata nel 2001¹⁹, la materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia elettrica” viene affidata alla competenza legislativa concorrente di Stato e Regioni (articolo 117, comma 3, Cost.); secondo la nuova architettura costituzionale le Regioni hanno potestà legislativa in tema di energia, pur nel rispetto dei principi fondamentali della materia, definiti a livello statale²⁰. La

¹⁵ Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 “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” in G.U. 21 aprile 1998, n. 92, Suppl. Ordinario n. 77.

¹⁶ Legge 15 marzo 1997, n. 59 “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa” in G.U. 17 marzo 1997, n. 63, Suppl. Ordinario n. 56.

¹⁷ L’Articolo 30 del decreto legislativo 112 del 1998 dispone che alle Regioni siano assegnate le funzioni amministrative in tema di energia non riservate allo Stato ai sensi dell’articolo 29 o non attribuite agli Enti Locali in base all’articolo 31. E’ sufficiente scorrere il lungo elenco di cui all’articolo 29 per comprendere che lo Stato conserva importanti prerogative in tema di energia. Occorre, infatti, sottolineare che, pur essendo riconosciuti alle Regioni e agli Enti Locali «*ampi spazi di autonomia decisionale vengono mantenuti fermi i principi di indirizzo e controllo nazionale in un ambito ritenuto strategico*» (così, R. GALBIATI - G. VACIAGO, *Il governo dell’energia dal decentramento alla riforma costituzionale: profili economici*, in *Mercato concorrenza regole*, a. IV, n. 2, agosto 2002, p. 365).

¹⁸ Si veda in merito il comma 2, lettera h, dell’articolo 29 che lascia allo Stato il compito di fissare gli obiettivi e i programmi nazionali in materia di fonti rinnovabili e di risparmio energetico.

¹⁹ Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 “Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione” in G.U. 24 ottobre 2001, n. 248.

²⁰ La riconduzione della materia “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia elettrica” alla competenza concorrente Stato-Regioni ha generato numerosi dubbi e perplessità in dottrina, principalmente per i rischi connessi a discipline differenziate in un ambito caratterizzato da esigenze di natura unitaria. Per un approfondimento sul “problematico” riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia si rimanda a: 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*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 35 ss.; C. BUZZACCHI, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 1 ss.; A. COLAVECCHIO, *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*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009, p. 3 ss.; C. SCARPA, *Titolo V e politica energetica: per favore, riformiamo la riforma*, in *Mercato concorrenza regole*, a. IV, n. 2, agosto 2002, p. 389 ss.; S.

riforma costituzionale, peraltro, interviene anche su numerose altre materie connesse all'energia e, in particolare, alle energie rinnovabili; si pensi, ad esempio, alla "tutela dell'ambiente" e alla "tutela della concorrenza", riservate alla competenza dello Stato, ovvero al "governo del territorio", di competenza concorrente²¹.

Sul fronte delle funzioni amministrative, le Regioni ordinarie hanno dato attuazione al decreto legislativo 112 del 1998 attraverso leggi organiche con le quali si è provveduto ad un riordino complessivo delle materie coinvolte con la ripartizione dei vari compiti tra Regioni, enti locali e autonomie funzionali (come la Camera di Commercio).

La Lombardia, in particolare, con la legge regionale 1 del 2000²² ha dettato le disposizioni per il recepimento del decreto legislativo 112 del 1998, con l'individuazione delle funzioni mantenute in capo alla Regione e di quelle trasferite o delegate agli enti locali ed alle autonomie funzionali. L'articolo 2 interviene sulla materia energia, richiamando, il piano energetico regionale²³

CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2002, p. 497 ss.; M. SPAGNOLO, *La riforma del regionalismo italiano e l'impatto sul "governo dell'energia"*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, n. 1, 2005, p. 133 ss..

A questo proposito, la Strategia Energetica Nazionale del marzo 2013 propone una modifica dell'articolo 117 della Costituzione in senso centralista «*per riportare in capo allo Stato le competenze legislative in materia di energia per quanto riguarda le attività e le infrastrutture energetiche di rilevanza nazionale*». Tale cambiamento permetterebbe di semplificare «*il processo autorizzativo, mantenendo il ruolo delle Regioni nella formazione della decisione statale in merito*», e, nel contempo, consentirebbe «*di far prevalere l'interesse nazionale rispetto a quelli di carattere più locale, oggi messi legislativamente sullo stesso piano*» (Strategia Energetica Nazionale, pagina 121).

In modo ancora più perentorio, il Governo Renzi, nell'ambito del disegno di riforma costituzionale "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione" (approvato in Consiglio dei Ministri il 31 marzo 2014), propone l'eliminazione delle "competenze concorrenti", riconducendo allo Stato materie di chiara rilevanza nazionale come "la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionali dell'energia".

²¹ Per una disamina puntuale sulle materie di rango costituzionale che interessano la disciplina delle fonti energetiche rinnovabili si veda L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra stato e regioni: un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 23 ss..

²² Legge regionale 5 gennaio 2000, n. 1 "Riordino del sistema delle autonomie in Lombardia. Attuazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (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)" in B.U.R.L. 10 Gennaio 2000, 1° Suppl. Ordinario al n. 2.

²³ La previsione dei piani energetici regionali è invero riconducibile ad una legge nazionale, la legge 10 del 1991 (legge 9 gennaio 1991, n. 10 "Norme per l'attuazione del Piano energetico

come strumento di attuazione della politica energetica regionale. In particolare, secondo l'originaria versione della norma, il piano «*contiene lo studio e l'analisi dei consumi energetici, le tendenze di domanda e offerta, il bilancio energetico regionale, l'individuazione dei meccanismi di incentivazione finanziaria*»²⁴.

Le finalità e i contenuti di tale strumento di pianificazione vengono successivamente specificati nell'ambito di una serie di documenti di programmazione regionale. In particolare, il Programma Regionale di Sviluppo della VII Legislatura²⁵ del 2000 chiarisce come sia prioritario l'obiettivo di assicurare il fabbisogno energetico lombardo attraverso la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Questo consentirebbe non solo di ridurre la dipendenza del sistema economico lombardo dall'andamento del prezzo dei combustibili tradizionali e di valorizzare le "risorse locali", ma anche di rispondere a una sempre più impellente esigenza ambientale, quella della riduzione delle emissioni di gas climalteranti.

Il tema della pianificazione energetica ritorna inoltre nei Documenti di Programmazione Economico-Finanziaria Regionale (DPEFR). Il DPEFR 2001-

nazionale in materia di uso razionale dell'energia, di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia" in G.U. 16 gennaio 1991, n. 13, Suppl. Ordinario n. 6). L'articolo 5 del suddetto provvedimento prevede espressamente che le Regioni e le Province autonome redigano piani, che, partendo da alcuni imprescindibili requisiti contenutistici (bilancio energetico regionale, individuazione dei bacini energetici territoriali, definizione di obiettivi e priorità di intervento...), determinino il quadro entro cui sviluppare le fonti energetiche rinnovabili. E' evidente che, con il trasferimento alle Regioni di numerose funzioni amministrative (operato dal decreto legislativo n. 118 del 1998) e con la differente ripartizione delle competenze normative (realizzata con la riforma del Titolo V), l'oggetto dei piani energetici finisca per essere ampliato alle nuove attribuzioni previste in capo alle Regioni.

Per una compiuta definizione di "piano energetico regionale" si rimanda alla *Relazione sullo stato di attuazione della legge recante norme per l'attuazione del Piano energetico nazionale in materia di uso razionale dell'energia, di risparmio energetico e di sviluppo delle fonti rinnovabili di energia Anno 2003 - Articolo 20, comma 1, della legge 9 gennaio 1991, n. 10* -, pag. 16 e ss; la relazione, presentata dal Ministro delle Attività Produttive Marzano e trasmessa alle Presidenze di Camera e Senato il 24 febbraio 2004, è disponibile al seguente indirizzo web: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/98422.pdf>. Un interessante approfondimento sul percorso di approvazione dei piani energetici regionali è offerto invece da C. FRATERRIGO, *Profili critici dello strumento dei piani energetici regionali: in particolare, l'esperienza della Regione siciliana*, in *Norma - Quotidiano d'informazione giuridica*, 13-12-2011, p. 3 ss. (http://extranet.dbi.it/Archivio_allegati/Allegati/27521.pdf).

²⁴ Articolo 2, comma 87 (comma successivamente abrogato dall'articolo 57, comma 4, della legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26).

²⁵ D.c.r. 10 ottobre 2000, n. VII/39 "Programma regionale di sviluppo: VII Legislatura" in B.U.R.L. 9 novembre 2000, 2° Suppl. Straordinario al n. 45.

2003²⁶, in riferimento al tema dell'energia, individua alcune precipue finalità tra cui l'incremento delle fonti energetiche rinnovabili, che andrebbero a costituire uno degli elementi centrali del futuro piano energetico regionale. L'atto riserva speciale attenzione all'apporto che le biomasse e il solare (termico e fotovoltaico²⁷) possono offrire sia nel settore elettrico che in quello del riscaldamento-raffrescamento. Altri punti salienti concernono la promozione dell'impiego delle fonti rinnovabili nell'edilizia pubblica e il miglioramento tecnologico degli impianti idroelettrici.

Il successivo DPEFR 2002-2004²⁸ rimarca l'importanza dell'adozione di un piano energetico che, imperniato su efficienza energetica e fonti rinnovabili, consenta di operare, a livello regionale, una diminuzione dei costi economici e ambientali dell'energia.

Per consolidare le indicazioni contenute nei documenti programmatici appena citati, il Consiglio regionale emana sul finire del 2002 un importante atto di indirizzo specificamente dedicato alle politiche energetiche regionali. Il documento, intitolato "Indirizzi per la politica energetica della Regione Lombardia"²⁹, rappresenta la base su cui costruire una pianificazione regionale in materia, che dia conto delle problematiche del sistema, evidenziando obiettivi e strumenti d'azione.

Il documento analizza, in primo luogo, la situazione esistente nel comparto energetico, notando, tra l'altro, lo scarso apporto che le rinnovabili (ad esclusione della fonte idroelettrica) offrono per il soddisfacimento del fabbisogno regionale.

²⁶ D.c.r. 11 ottobre 2000, n. VII/42 "Documento di Programmazione Economico-Finanziaria Regionale 2001-2003" in B.U.R.L. 10 novembre 2000, 3° Suppl. Straordinario al n. 45.

²⁷ Gli impianti fotovoltaici e quelli solari-termici sono due tecnologie rinnovabili, accomunate dallo sfruttamento di una medesima fonte energetica inesauribile, ovvero il sole. Ciò posto, vi sono notevoli differenze tra i due sistemi:

- gli impianti solari fotovoltaici sono destinati alla produzione di elettricità, convertendo l'energia solare attraverso il cosiddetto "effetto fotovoltaico". Tale fenomeno è reso possibile dall'utilizzazione di alcuni materiali semiconduttori, come il silicio;

- gli impianti solari termici sono invece utilizzati per riscaldare l'acqua sanitaria e per contribuire al riscaldamento degli edifici. A tal fine si utilizza un collettore solare all'interno del quale circola un liquido che, dopo aver ricevuto le radiazioni solari, accede ad uno scambiatore di calore, cedendo il calore all'acqua sanitaria che viene conservata in un serbatoio per poi essere utilizzata secondo le necessità.

²⁸ D.c.r. 16 ottobre 2001, n. VII/312 "Documento di Programmazione Economico-Finanziaria Regionale 2002-2004" in B.U.R.L. 9 novembre 2001, 4° Suppl. Straordinario al n. 45.

²⁹ D.c.r. 3 dicembre 2002, n. VIII/674 "Approvazione degli Indirizzi per la politica energetica della Regione Lombardia" in B.U.R.L. 23 dicembre 2002, n. 52.

Al fine di sviluppare il sistema energetico lombardo in modo sostenibile, vengono fissati alcuni target imprescindibili quali, ad esempio, la riduzione della dipendenza energetica della Regione anche attraverso la costruzione di impianti ad alta efficienza e la ristrutturazione degli esistenti, la diminuzione dei consumi e, soprattutto, lo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili.

Rispetto a quest'ultimo aspetto, viene ribadita l'importanza delle rinnovabili sia per determinare una riduzione delle emissioni di gas serra, sia per consentire l'opportuna diversificazione di fonti energetiche. E' evidente che le caratteristiche del territorio, i costi infrastrutturali e la disponibilità delle risorse sono elementi da tenere in elevata considerazione per decidere su quali fonti puntare.

La fonte idroelettrica, storicamente decisiva, è già ampiamente sfruttata e la realizzazione di nuovi grandi impianti confligge evidentemente con esigenze ambientali, come la tutela della "naturalità dei corsi d'acqua". Similmente la scarsa ventosità della Lombardia sembra precludere qualsiasi prospettiva di crescita per l'eolico.

Più interessanti appaiono, invece, le potenzialità legate alle biomasse (sia per uso termico che per uso elettrico), ai rifiuti e all'energia solare (fotovoltaica e termica), che necessita però di un ampio sostegno -economico e non- affinché possa concorrere con altre fonti di produzione di energia.

2.2. Il Programma Energetico Regionale del 2003

Raccogliendo le indicazioni fornite dai succitati documenti, nel 2003 la Regione Lombardia si dota finalmente di un proprio Programma Energetico Regionale (PER). Il PER è un documento che, a partire da un esame dell'evoluzione delle *policy* e della regolamentazione del settore (a livello sovranazionale, nazionale e regionale) e da un'analisi del contesto energetico lombardo³⁰, fissa gli obiettivi strategici e descrive le linee di intervento, individuando gli strumenti di attuazione. In questo senso, il PER dovrebbe costituire il quadro di riferimento da tenere in debito conto nella determinazione di scelte politiche e normative in materia di energia.

³⁰ Tale analisi non si limita a descrivere la situazione della domanda e dell'offerta di energia, ma si concentra anche sulle prospettive al 2010, definendo degli scenari di riferimento. Sugli scenari si veda PER, paragrafo 3.5.4, pagine 46-48.

In coerenza con quanto stabilito dagli “Indirizzi” del 2002, il PER considera lo sviluppo sostenibile del sistema energetico come la finalità ultima della politica regionale di settore. A tal scopo, il documento definisce una serie di obiettivi strategici: la riduzione dei costi dell’energia, l’abbattimento delle emissioni di gas serra, la crescita dell’industria delle nuove tecnologie energetiche, la considerazione di alcuni rilevanti questioni (l’incremento dell’occupazione, la salvaguardia dei consumatori più vulnerabili, la predisposizione di un’informazione più efficace)³¹.

Il raggiungimento di tutti questi traguardi non può evidentemente prescindere da una decisa accelerazione sul fronte delle fonti energetiche rinnovabili³². Lo sviluppo delle “energie alternative”, infatti, potrebbe portare a risultati significativi sul fronte dell’economia locale, con il coinvolgimento delle piccole imprese e la creazione di nuovi posti di lavoro, nonché garantire la sicurezza dell’approvvigionamento di energia e generare esternalità ambientali positive³³. E’ chiaro però che le fonti rinnovabili necessitano di un adeguato e diversificato supporto pubblico dal momento che presentano dei costi di produzione elevati e, di conseguenza, non garantiscono un’elevata redditività. Il documento, pertanto, dopo aver individuato le criticità del settore, definisce le potenzialità di crescita delle singole fonti e le possibili iniziative a sostegno della loro diffusione.

Come già rilevato dagli “Indirizzi per la politica energetica della Regione Lombardia”, la sola fonte rinnovabile ad aver raggiunto un grado di sfruttamento apprezzabile è l’idroelettrico³⁴, anche se non si rilevano ulteriori risorse idonee ad essere utilizzate per i grandi impianti³⁵. Una potenzialità produttiva aggiuntiva potrebbe essere comunque ottenuta dalla razionalizzazione degli impianti esistenti e dal ricorso al cosiddetto “mini-idroelettrico”³⁶.

³¹ PER, paragrafo 4.3.2, pagine 57-58.

³² La promozione delle fonti energetiche rinnovabili rientra esplicitamente tra le linee di intervento da sviluppare per il raggiungimento degli obiettivi strategici fissati dal PER. Sul punto: PER, paragrafo 4.3.2, pagina 58.

³³ Si veda PER, paragrafo 4.9.1, pagina 91.

³⁴ PER, paragrafo 4.4.4, pagina 68.

³⁵ PER, paragrafo 4.4.4.3, pagine 70-71. Con il termine “grandi impianti” il documento intende le installazioni con potenza superiore ai 3 MW.

³⁶ In generale, le centrali mini-idroelettriche si qualificano per una limitata potenza installata. Si tratta, di regola, di impianti ad acqua fluente di piccole dimensioni e collocati presso corsi d’acqua (fiumi, torrenti e canali) di portata costante. A differenza delle grandi centrali

In considerazione della scarsa ventosità della Lombardia, il PER riafferma come non esistano concreti spazi per un'utilizzazione su larga scala della fonte eolica³⁷. Al contrario, si ravvisano promettenti prospettive per il solare (termico e fotovoltaico)³⁸, per i rifiuti³⁹, per i biocombustibili⁴⁰ e per le biomasse agricole e forestali⁴¹. Anche il discorso sul geotermico può essere approfondito per quanto riguarda le risorse a bassa entalpia, non essendo state rinvenute risorse ad alta entalpia⁴².

Venendo alle "ricette" messe in campo dal documento per migliorare il contributo delle fonti rinnovabili, il PER raccomanda innanzitutto che l'iniziativa regionale non sia eccessivamente sbilanciata sul lato della "domanda", ma che si concentri anche sull' "offerta"⁴³.

Pertanto, l'azione regionale non può limitarsi ad operazioni "tradizionali" come il finanziamento degli impianti e la previsione di bandi a sostegno di alcune fonti rinnovabili (biomasse e solare), ma deve altresì dirigersi verso un sostegno al progresso tecnologico attraverso lo stimolo all'innovazione di prodotto e di processo⁴⁴ e il supporto alle nuove iniziative imprenditoriali⁴⁵. In coerenza con ciò, si ritiene prioritario destinare risorse per promuovere «*forme di 'incubazione' imprenditoriale, di 'tutoring' di nuove*

idroelettriche costruite in passato, un impianto mini-idroelettrico ha un impatto ambientale e paesaggistico, di regola, molto ridotto.

³⁷ PER, paragrafo 4.4.4.4, pagina 71.

³⁸ PER, paragrafo 4.4.4.5, pagine 71-72.

³⁹ PER, paragrafo 4.4.4.2, pagine 68-70.

⁴⁰ PER, paragrafo 4.4.4.6, pagina 72.

⁴¹ PER, paragrafo 4.4.4.1, pagina 68.

⁴² PER, paragrafo 4.4.4.7, pagina 72.

Secondo l'attuale categorizzazione operata dal decreto legislativo 22 del 2010 (decreto legislativo 11 febbraio 2010, n. 22 "Riassetto della normativa in materia di ricerca e coltivazione delle risorse geotermiche, a norma dell'articolo 27, comma 28, della legge 23 luglio 2009, n. 99" in G.U. 24 febbraio 2010, n. 45) le risorse geotermiche si distinguono in: "risorse geotermiche ad alta entalpia", con una temperatura del fluido reperito superiore a 150 °C; "risorse geotermiche a media entalpia", con una temperatura del fluido reperito compresa tra 90 °C e 150 °C; "risorse geotermiche a bassa entalpia", con una temperatura del fluido reperito inferiore a 90 °C. Le risorse geotermiche ad alta entalpia si rinvencono solo in alcuni contesti territoriali e vengono utilizzate per la produzione di energia elettrica, usando il calore del suolo per l'alimentazione di turbine. La geotermia a bassa entalpia non ha queste limitazioni territoriali, sfruttando il sottosuolo come serbatoio termico da cui assumere calore durante l'inverno ed al quale cederne d'estate.

⁴³ PER, paragrafo 4.9.2, pagine 91-92.

⁴⁴ PER, paragrafo 4.9.3.1, pagina 92 e paragrafo 6.6, pagina 104.

⁴⁵ PER, paragrafo 4.9.3.2, pagine 92-93 e paragrafo 6.6, pagina 104.

*imprese e di stimolo allo 'spin off' industriale da università e centri di ricerca di comparti tecnologicamente innovativi»*⁴⁶. Per contribuire alla svolta *green* del comparto la Regione è, inoltre, chiamata ad agevolare l'internazionalizzazione del settore, soprattutto attraverso iniziative di comunicazione, e ad intervenire sul versante della formazione e dell'informazione con l'organizzazione di corsi specialistici e il supporto allo svolgimento di periodi di tirocinio⁴⁷.

2.3. Il Piano d'Azione per l'Energia del 2007

Nel 2007, la Regione elabora un nuovo importante documento programmatico, il Piano d'Azione per l'Energia (PAE)⁴⁸, al fine di adattare le politiche regionali ad un contesto energetico profondamente cambiato⁴⁹. Il PAE nasce come strumento operativo del PER del 2003, di cui mantiene gli obiettivi strategici, rideterminando invece le "linee di intervento", che vengono articolate in "misure", a loro volta inserite in "macrotematiche" e attuate per mezzo di "azioni"⁵⁰. A seconda delle azioni che saranno intraprese⁵¹, il PAE disegna tre diversi "scenari": lo "Scenario Alto", impegnativo sia dal punto di vista economico che da quello gestionale, ma che porterebbe a raggiungere tutti gli obiettivi ambientali assunti nei contesti internazionali (protocollo di Kyoto,

⁴⁶ PER, paragrafo 6.6, pagina 104.

⁴⁷ PER, paragrafo 4.9.3.4, pagina 93 e paragrafo 6.6, pagina 105.

⁴⁸ D.g.r. 15 giugno 2007 n. VIII/4916 "Piano d'Azione per l'Energia" in B.U.R.L. 20 agosto 2007, n. 34. Accanto al documento di piano (allegato A alla d.g.r. 15 giugno 2007 n. VIII/4916) sono state approvate le "schede d'azione" (allegato B alla d.g.r. 15 giugno 2007 n. VIII/4916).

⁴⁹ Il bilancio energetico regionale del 2004 su cui è costruito il PAE certifica importanti mutamenti rispetto alla situazione del 2000 tanto sul fronte dei consumi di energia quanto su quello della produzione di energia. Senza addentrarsi in una puntuale disamina dei dati, si segnala un aumento della domanda (+5%) e una notevole crescita della potenza installata (+30%). Questo incremento non è certamente dovuto ad un migliore apporto delle fonti rinnovabili, ma dipende essenzialmente dall'entrata in funzione di nuove centrali termoelettriche a ciclo combinato, nonché all'ammodernamento e al potenziamento di impianti già in esercizio. Sul punto: PAE (documento di piano), paragrafi 2.1.1 e 2.1.2, pagine 12-15.

⁵⁰ PAE (documento di piano), paragrafo 3.1, pagine 35-36. Lo schema dell'articolazione del PAE è raffigurato a pagina 35.

⁵¹ Le "azioni" previste nel PAE sono svariate, anche se possono essere inquadrare in cinque fondamentali categorie: «- azioni di incentivazione degli interventi (intervento economico diretto di Regione Lombardia); - azioni basate su interventi volontari (derivate da Accordi volontari che prevedono impegni e obblighi); - azioni imposte dai livelli normativi e pianificatori; - azioni di semplificazione amministrativa; - azioni di sistema (accordi per attivazione filiere industriali, agro-industriali, ecc.)». PAE (documento di piano), paragrafo 3.1, pagina 36.

direttiva 2011/77/CE sulle rinnovabili⁵², direttiva 2006/32/CE⁵³ sull'efficienza degli usi finali di energia); lo "Scenario Medio", che si caratterizzerebbe per un'azione meno onerosa a cui ovviamente si accompagnerebbero risultati più modesti; lo "Scenario Tendenziale", che altro non è che la rappresentazione dello sviluppo tendenziale della situazione energetica regionale, alla luce dell'evoluzione di alcuni variabili sociali ed economiche⁵⁴.

Rispetto alle linee di intervento, il documento considera anzitutto una politica energetica volta ad una riduzione dei gas climalteranti, al fine del miglioramento della qualità dell'aria e del contestuale raggiungimento degli obiettivi di Kyoto. Questo aspetto si lega necessariamente a due fondamentali questioni: la diminuzione dei consumi energetici (nel rispetto della direttiva 2006/32/CE concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici) e l'incremento della quota di fonti energetiche rinnovabili nel mix energetico regionale (per contribuire a centrare i target della direttiva 2001/77/CE). Infine, ancora una volta, torna il tema della sicurezza dell'approvvigionamento, a cui si riconnettono la riduzione dei costi economici e ambientali e lo sviluppo dell'economia locale⁵⁵.

Da quanto appena descritto, appare come le energie rinnovabili siano centrali per perseguire il raggiungimento dei principali traguardi enunciati dal PAE. Il documento, tuttavia, non nasconde le difficoltà nella crescita delle rinnovabili, sottolineando «*la distanza tra la potenzialità teorica e l'effettivo sviluppo*»⁵⁶ di tali fonti ed evidenziando il rischio, che, in assenza di strategie mirate, le FER finiscano per essere relegate ad un ruolo marginale, soprattutto alla luce dell'incremento dei consumi energetici e dell'aumentata produzione energetica degli impianti termoelettrici.

Dunque, che fare? Nell'ambito della macrotematica "Fonti energetiche rinnovabili", sono previste azioni specifiche - ben quindici - in relazione alle diverse "misure", ovvero alle varie fonti energetiche rinnovabili su cui si

⁵² 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 in G.U.C.E. 27 ottobre 2001, L283/33-40.

⁵³ Direttiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2006 concernente l'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e recante abrogazione della direttiva 93/76/CEE del Consiglio in G.U.U.E. 27 aprile 2006, L114/64-85.

⁵⁴ PAE (documento di piano), paragrafo 1.3, pagine 7-8 e paragrafo 4, pagine 74-80.

⁵⁵ PAE (documento di piano), paragrafo 1.1, pagina 4 e paragrafo 3.2, pagine 36-41.

⁵⁶ PAE (documento di piano), paragrafo 3.3.2, pagina 52.

concentra il PAE⁵⁷. Tali azioni sono elencate e descritte dall'allegato B del PAE⁵⁸ e vanno appunto nella direzione di soddisfare i principali punti programmatici del documento di pianificazione. Senza entrare nel dettaglio, bisogna sottolineare come il documento leghi l'importanza delle rinnovabili alla loro "vocazione territoriale"⁵⁹. Con tale espressione il PAE indica le potenzialità in termini economici, occupazionali e di marketing che le rinnovabili possono avere in numerose aree della Regione⁶⁰. Questo vale sicuramente per le biomasse, per le quali è fondamentale creare delle filiere che colleghino la gestione delle foreste, dell'agricoltura e della zootecnia con la produzione di energia verde⁶¹.

Anche il mini-idroelettrico (con potenza fino a 3 MW) potrebbe essere sviluppato a partire da infrastrutture già esistenti (i piccoli salti degli acquedotti comunali o dei canali di irrigazione) senza provocare alcun impatto negativo sul territorio. Diverso, invece, il discorso legato al grande idroelettrico, la sola fonte rinnovabile rilevante nella composizione del quadro energetico regionale. In questo caso, le esigenze produttive si scontrano con le esigenze di salvaguardia ambientale (garanzia del Deflusso Minimo Vitale⁶²) e con le necessità dell'uso irriguo e potabile delle acque. Per questo l'unica opzione possibile pare quella di procedere ad un "repowering" degli impianti in funzione⁶³.

In merito all'eolico, il PAE mantiene tutte le cautele già espresse dal PER. Diversi elementi ostano ad uno sviluppo su larga scala di questa fonte;

⁵⁷ Il PAE prevede azioni per le seguenti fonti energetiche: idroelettrico, biomasse, rifiuti, solare termico, solare fotovoltaico ed eolico. Il geotermico, pur analizzato nelle sue possibilità di sfruttamento, non è invece oggetto di azioni specifiche.

⁵⁸ PAE (schede d'azione), pagine 119-183.

⁵⁹ Il PAE (documento di piano) interviene espressamente sul punto a pagina 52 affermando che «è fondamentale agganciare le politiche di sviluppo delle fonti rinnovabili alle politiche di risparmio energetico nei diversi settori finali e soprattutto enfatizzare, ove possibile e sensato, la forte vocazione territoriale che le fonti rinnovabili dovrebbero possedere».

⁶⁰ Si pensi ad esempio alla possibilità di rendere alcuni siti (rurali o remoti) autonomi dal punto di vista energetico attraverso il ricorso alle fonti energetiche rinnovabili.

⁶¹ PAE (documento di piano), paragrafo 3.3.2.2, pagine 55-56.

⁶² Secondo l'articolo 31 delle Norme Tecniche di Attuazione del PTUA - Programma di Tutela e Usi delle Acque in Lombardia, che riprende le indicazioni della delibera Autorità di bacino del fiume Po 7 del 2004, il deflusso minimo vitale è «*il deflusso che, in un corso d'acqua naturale, deve essere presente a valle delle captazioni idriche al fine di mantenere vitali le condizioni di funzionalità e di qualità degli ecosistemi interessati*», compatibilmente con un equilibrato utilizzo della risorsa idrica» (d.g.r. 29 marzo 2006, n. VIII/2244 "Approvazione del Programma di tutela e uso delle acque, ai sensi dell'articolo 44 del d.lgs. 152/99 e dell'articolo 55, comma 19 della l.r. 26/2003" in B.U.R.L. 13 aprile 2006, 2° Suppl. Straordinario al n. 15).

⁶³ PAE (documento di piano), paragrafo 3.3.2.1, pagine 53-55.

alla fondamentale considerazione della debolezza del vento si accompagna l'impatto ambientale e paesaggistico che non sembra poter essere contemperato dalle scarse aspettative di produzione. Certamente interessante, soprattutto ai fini dell'autoconsumo, è invece il settore delle piccole turbine eoliche anche in relazione ai modesti effetti sull'ambiente circostante⁶⁴.

Il PAE concentra poi la sua attenzione sull'energia solare. Si tratta di una tecnologia potenzialmente installabile ovunque, salvo ovviamente specifiche zone connotate da un elevato ombreggiamento. Il PAE opera comunque una distinzione tra solare fotovoltaico (che, ricevendo un ampio supporto nell'ambito delle politiche di incentivazione previste a livello nazionale, non può essere oggetto di un ulteriore contributo economico da parte della Regione⁶⁵) e solare termico⁶⁶. Quest'ultimo deve essere supportato con un forte investimento, sia in termini di ricerca sia in termini di incentivazione, per operare una riduzione dei costi tale da renderlo competitivo rispetto ai combustibili fossili per il raffrescamento e il riscaldamento degli edifici. Peraltro, il massiccio utilizzo del solare termico porterebbe ad evitare tutte quelle esternalità negative connesse all'utilizzo delle fonti energetiche tradizionali⁶⁷.

Un'altra risorsa di cui viene considerato l'utilizzo è quella geotermica. Il documento fa proprie le osservazioni del PER rispetto al geotermico a bassa entalpia, l'unica economicamente sfruttabile per la riduzione dei consumi di fonti non rinnovabili⁶⁸.

⁶⁴ PAE (documento di piano), paragrafo 3.3.2.7, pagine 68-69. Tali impianti si caratterizzano per aerogeneratori di limitata potenza e di piccole dimensioni, in grado di funzionare con un'intensità di vento inferiore a quella necessaria per le grandi installazioni eoliche. Il PAE si riferisce, in particolare, ad «*impianti di potenza compresa tra poche centinaia di Watt e 30 kW, con generatori a bassa velocità di rotazione (a partire da 3 m/s) e con un utilizzo circoscritto ad utenze singole*».

⁶⁵ PAE (documento di piano), paragrafo 3.3.2.5, pagina 66. Il PAE, invero, propone che la Regione agisca anche sul fronte del fotovoltaico. Non si suggerisce di mettere in campo azioni di supporto a carattere generale, ma, piuttosto, di favorire la diffusione di questa tecnologia sugli edifici pubblici.

⁶⁶ PAE (documento di piano), paragrafo 3.3.2.4, pagine 59-65.

⁶⁷ Il documento contiene un'interessante analisi dei costi-benefici del solare termico. Secondo il PAE il costo dell'incentivazione regionale sarebbe molto inferiore rispetto ai costi esterni connessi alla produzione di energia tramite gas naturale e olio combustibile.

⁶⁸ PAE (documento di piano), paragrafo 3.3.2.6, pagina 67-68.

Qualche aggiustamento alle azioni messe in campo dal PAE è apportato dall'aggiornamento del Piano stesso, intervenuto nel 2008⁶⁹. L'esigenza di rivedere alcuni obiettivi e alcuni strumenti d'azione dipende essenzialmente dall'evoluzione del quadro "politico-normativo", tanto sul piano nazionale, quanto su quello europeo. Tra le principali novità il documento cita il recepimento, da parte dell'Italia, della direttiva 2006/32/CE (con il decreto legislativo 115 del 2008⁷⁰) e gli impegni assunti dal Consiglio Europeo dell'8-9 marzo del 2007, con il lancio della cosiddetta strategia comunitaria del 20-20-20 entro il 2020⁷¹.

Per quanto riguarda l'incentivazione delle fonti rinnovabili, il documento sottolinea la necessità di rivedere forme di finanziamento previste a livello regionale, soprattutto in relazione all'articolo 2, comma 152, della legge finanziaria 2008⁷², che vieta di cumulare incentivi pubblici in conto capitale o in conto interesse con il supporto proveniente dal sistema dei certificati verdi o dalla tariffa onnicomprensiva⁷³.

2.4. La definizione di un nuovo Programma Energetico Ambientale Regionale

A partire dalle determinazioni del Consiglio Europeo del marzo 2007, che hanno posto le basi della nuova politica del 20-20-20, a livello europeo sono state introdotte normative innovative che hanno imposto un significativo

⁶⁹ L'aggiornamento del PAE è stato adottato con d.g.r. 22 dicembre 2008, n. VIII/8746 "Determinazioni in merito al Piano d'Azione per l'Energia approvato con DGR 4916/2007".

⁷⁰ Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115 "Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE" in G.U. 3 luglio 2008, n. 154.

⁷¹ Gli obiettivi che si intendono realizzare sono: la riduzione delle emissioni di gas serra del 20% rispetto ai livelli del 1990 (ovvero del 30% nel caso in cui venga concluso un accordo internazionale in materia di cambiamenti climatici), il risparmio del 20% dei consumi energetici rispetto alle proiezioni per il 2020, il raggiungimento della quota del 20% di energie rinnovabili sul totale dei consumi energetici dell'Unione Europea (con il conseguimento, da parte di tutti gli Stati membri, della quota del 10% di biocarburanti nel totale dei consumi di benzina e gasolio per autotrazione). La versione riveduta delle Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo dell'8 e 9 marzo 2007 è disponibile all'indirizzo web: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/it/07/st07/st07224-re01.it07.pdf>.

⁷² Legge 24 dicembre 2007, n. 244 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)" in G.U. n. 300 del 28 dicembre 2007 n. 300, Suppl. Ordinario n. 285.

⁷³ PAE (Documento di Piano – Aggiornamento 2008), paragrafo 2, pagina 8.

cambiamento di prospettiva nella pianificazione degli interventi nazionali e regionali di programmazione energetica.

A questo proposito bisogna menzionare il Pacchetto Clima-Energia del 2009⁷⁴ ed, in particolare, la già citata direttiva sulle fonti energetiche rinnovabili (direttiva 2009/28/CE) e la direttiva sull'*emission trading* (direttiva 2009/29/CE⁷⁵), che stabiliscono obiettivi cogenti in materia di rinnovabili e di riduzione dei gas serra. Con la direttiva 2010/31/UE⁷⁶ il legislatore europeo è invece intervenuto in materia di prestazione energetica degli edifici, ponendo le basi per un importante impegno sull'efficienza energetica che potrebbe rappresentare un'occasione per rilanciare il comparto edile.

Nello specifico, sul tema delle rinnovabili, la direttiva 2009/28/CE prevede espressamente che ciascun Stato membro adotti un proprio Piano di Azione Nazionale per le fonti rinnovabili⁷⁷. L'Italia ha conseguentemente redatto il proprio Piano, trasmettendolo alla Commissione Europea nel luglio 2010⁷⁸. Questo documento programmatico individua e descrive le azioni che, per ciascun settore di intervento (elettricità, riscaldamento/raffreddamento, trasporti), devono essere intraprese al fine di centrare gli obiettivi fissati in sede europea ed, in primis, il target del 17% di rinnovabili sui consumi lordi. Questo obiettivo, come già notato nel paragrafo introduttivo, è stato successivamente ripartito su base regionale dal decreto "*Burden Sharing*", assegnando alla Lombardia l'obiettivo vincolante dell'11,3% di energia da fonti rinnovabili entro il 2020.

⁷⁴ Il Pacchetto Clima-Energia comprende: la direttiva sull' "*Emission Trading Scheme*" (direttiva 2009/29/CE), la decisione "*Effort sharing*" (decisione 406/2009/CE), la direttiva per la promozione delle fonti energetiche rinnovabili (direttiva 2009/28/CE), la direttiva concernente la cattura e lo stoccaggio geologico della CO₂ (direttiva 2009/31/CE), la direttiva sulla qualità dei carburanti (direttiva 2009/30/CE) ed, infine, il regolamento sui nuovi limiti di emissione CO₂ delle auto (regolamento 443/2009/CE). Il Pacchetto è stato "idealmente" completato qualche anno dopo dalla direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica.

⁷⁵ Direttiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 che modifica la direttiva 2003/87/CE al fine di perfezionare ed estendere il sistema comunitario per lo scambio di quote di emissione di gas a effetto serra in G.U.U.E. 5 giugno 2009, L140/63-87.

⁷⁶ Direttiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 maggio 2010 sulla prestazione energetica nell'edilizia in G.U.U.E. 18 giugno 2010, L153/13-35.

⁷⁷ Articolo 4 della direttiva 2009/28/CE.

⁷⁸ Il testo del Piano di Azione Nazionale è disponibile all' indirizzo web: <http://approfondimenti.gse.it/approfondimenti/Simeri/AreaDocumentale/Documenti%20Piano%20di%20Azione%20Nazionale/PAN%20DETTAGLIO.pdf>.

In considerazione di questo quadro politico-normativo significativamente mutato e di una situazione energetica regionale in costante evoluzione, la Giunta regionale ha promosso la predisposizione di un nuovo documento di programmazione energetica, formulando una proposta al Consiglio regionale⁷⁹. Nel luglio del 2012 tale proposta è stata accolta dal Consiglio regionale, che ha dunque approvato gli Indirizzi per la definizione del nuovo Programma Energetico Ambientale Regionale⁸⁰.

Negli “Indirizzi” viene anzitutto riepilogata la programmazione energetica regionale, dando atto degli sforzi intrapresi dalla Lombardia sul fronte delle rinnovabili e dello sviluppo sostenibile. Oltre ai già citati PER e PAE, il nuovo documento richiama anche strumenti di più recente stesura come il Piano Strategico delle Tecnologie per la Sostenibilità Energetica in Lombardia del 2009⁸¹ e il Piano per una Lombardia Sostenibile del 2010⁸².

Il Piano Strategico del 2009 contiene una dettagliata analisi delle tecnologie energetiche il cui sviluppo è ritenuto essenziale per centrare gli obiettivi previsti a livello europeo in materia di energia e clima. Si tratta di dodici ambiti, molti dei quali (sonde geotermiche verticali, biomasse per il teleriscaldamento, biogas, impianti solari termici e impianti solari fotovoltaici) direttamente afferenti al settore delle fonti energetiche rinnovabili. Ad ogni

⁷⁹ D.g.r. 23 maggio 2012, n. IX/3508 la “Proposta al Consiglio regionale per l’approvazione degli indirizzi in base ai quali predisporre il nuovo programma energetico ambientale regionale”.

⁸⁰ D.c.r. 24 luglio 2012, n. IX/532 “Approvazione degli indirizzi per la definizione del nuovo programma energetico ambientale regionale” in B.U.R.L. 9 agosto 2012, n. 32.

Secondo l’attuale versione dell’articolo 30, comma 1, della legge 26 del 2003 (su cui *infra* paragrafo 3.1), gli “Indirizzi” approvati dal Consiglio regionale su proposta della Giunta regionale, compongono, assieme al Programma energetico ambientale regionale (PEAR), la pianificazione energetica lombarda.

Il Programma energetico ambientale regionale, approvato dalla Giunta regionale, è lo strumento atto al conseguimento degli obiettivi individuati dagli “Indirizzi”. Il PEAR, di durata quinquennale e aggiornabile con cadenza annuale, contiene una serie di previsioni riguardanti, tra l’altro, i fabbisogni energetici regionali e le linee di azione (anche rispetto allo sviluppo delle rinnovabili).

Esso deve, inoltre, recepire gli obiettivi sulle rinnovabili fissati dal decreto “Burden Sharing” e incrementare «di almeno il 50 per cento gli obiettivi relativi alla copertura da fonti energetiche rinnovabili di origine termica, fotovoltaica e da biogas sul consumo finale lordo di energia, da raggiungere entro il 2020» (articolo 30, comma 2-bis, della legge 26 del 2003; comma aggiunto dall’articolo 25, comma 4, della legge regionale 7 del 2012).

⁸¹ D.g.r. 29 luglio 2009, n. VIII/10021 “Presenza d’atto della comunicazione dell’Assessore Buscemi avente ad oggetto «Valutazione Strategica delle Tecnologie per la sostenibilità energetica»”.

⁸² D.g.r. 10 febbraio 2010, n. VIII/11420 “Presenza d’atto della comunicazione del Presidente Formigoni avente ad oggetto «Piano Lombardia Sostenibile»”.

tecnologia è associato un *business case*⁸³, che permette di comparare le tecnologie per individuare quelle teoricamente più efficaci ed applicabili sul territorio lombardo.

L'altro documento programmatico al quale si riferiscono gli "Indirizzi" è l'ambizioso Piano per una Lombardia Sostenibile (PLS), con cui si intende definire un' "Azione Clima" regionale quale contributo al conseguimento dei *target* del Pacchetto Clima-Energia. L'obiettivo fondamentale del PLS è quello «di far diventare la Lombardia una Regione ad alta efficienza energetica e a bassa intensità di carbonio»⁸⁴. Chiaramente alle finalità di carattere ambientale si accompagnano anche ampie aspettative in termini economici ed occupazionali: le risorse che Regione Lombardia potrebbe stanziare, pari a circa 1 miliardo di Euro, potrebbero fungere da volano per spingere gli investimenti (che si stima possano raggiungere 2 - 2,5 miliardi di Euro) e per creare 40.000-60.000 nuovi posti di lavoro legati al comparto della *green economy*⁸⁵. Il PLS si fonda su una serie di azioni (oltre settanta), suddivise in "verticali" (interventi a breve o medio termine negli ambiti tematici mobilità, reti e infrastrutture, imprese, edifici, territorio) e "trasversali" (interventi di sistema e di lungo periodo, che integrano diversi ambiti di competenza e massimizzano «la leva di efficacia attraverso l'intreccio di funzioni di regolazione, incentivazione, promozione e divulgazione»⁸⁶). Nello specifico del tema delle rinnovabili, il documento propone un approccio "realista" ispirato alla sostenibilità economica e alla vocazione del territorio al fine di valorizzare al massimo le potenzialità di sviluppo delle varie fonti, senza tralasciare altri elementi chiave quali la semplificazione normativa e le politiche di sostegno⁸⁷.

⁸³ Il business case è elaborato in forza di un modello di calcolo degli effetti della diffusione della tecnologia, articolato in sei momenti:

«1. Definizione dell'ambito di applicazione della tecnologia;

2. Individuazione e dimensionamento della domanda e definizione scenari di penetrazione misura;

3. Definizione della curva di costo della tecnologia;

4. Descrizione degli impatti sulla filiera;

5. Quantificazione del contributo e del costo delle misure alla riduzione della CO₂eq;

6. Descrizione di costi e dei benefici indiretti e individuazione degli elementi di possibile criticità». (Piano Strategico delle Tecnologie per la Sostenibilità Energetica in Lombardia, pagina 8).

⁸⁴ Piano Lombardia Sostenibile, pagina 2.

⁸⁵ Piano Lombardia Sostenibile, pagina 18.

⁸⁶ Piano Lombardia Sostenibile, pagina 12.

⁸⁷ Piano Lombardia Sostenibile, pagina 8.

Dopo aver considerato il contesto normativo-programmatico a livello lombardo, nazionale ed europeo, gli Indirizzi per la definizione del nuovo PEAR, operano un'analisi della situazione energetica lombarda sulla quale vengono costruiti i criteri e gli obiettivi strategici del nuovo PEAR. Dall'approvazione del PER del 2003 il sistema elettrico regionale è divenuto progressivamente più efficiente, grazie soprattutto al *repowering* e al *revamping* di impianti termoelettrici esistenti e alla costruzione di nuove centrali a ciclo combinato. Tale evoluzione del parco centrali ha consentito una riduzione del deficit energetico regionale e un calo delle emissioni inquinanti. In questo contesto, le fonti rinnovabili rappresentano comunque un elemento di grande rilevanza, coprendo una quota importante della potenza installata⁸⁸.

Nonostante queste positive evoluzioni, molto rimane da fare per raggiungere i traguardi previsti dal decreto "*Burden Sharing*" e, più in generale, per garantire la sostenibilità energetica e il miglioramento della qualità dell'aria. A tal fine, gli "Indirizzi" definiscono una serie di macro-obiettivi che andranno a costituire l'ossatura del nuovo PEAR.

Il primo obiettivo è il governo delle infrastrutture e dei sistemi per la grande produzione di energia, evidenziando, tra l'altro, l'importanza di una «*gestione "smart" dei flussi del sistema energetico*»⁸⁹. L'attenzione del documento investe poi la necessità di valorizzare i potenziali di risparmio energetico nei settori d'uso finale (ad esempio, promuovendo tecniche di contabilizzazione che rendano gli utenti consapevoli dei consumi e rilanciando la riqualificazione degli immobili pubblici) e l'importanza di migliorare l'efficienza energetica dei processi e dei prodotti (a cominciare dal recupero del calore dei processi industriali per elettricità e/o riscaldamento, nonché dalla promozione delle aggregazioni delle imprese in distretti energetici)⁹⁰.

Le energie rinnovabili sono chiaramente ritenute di importanza strategica nella pianificazione energetica regionale. In questo senso, gli Indirizzi raccomandano che la diffusione degli impianti FER avvenga secondo una programmazione che miri alla crescita di filiere efficienti e sostenibili⁹¹. Per

⁸⁸ Indirizzi per la definizione del nuovo PEAR, in B.U.R.L. 9 agosto 2012, n. 32, pagina 6.

⁸⁹ Indirizzi per la definizione del nuovo PEAR, in B.U.R.L. 9 agosto 2012, n. 32, pagina 8.

⁹⁰ Indirizzi per la definizione del nuovo PEAR, in B.U.R.L. 9 agosto 2012, n. 32, pagina 9.

⁹¹ Indirizzi per la definizione del nuovo PEAR, in B.U.R.L. 9 agosto 2012, n. 32, pagina 8. A proposito di filiere tecnologiche e territoriali, un caso emblematico è rappresentato dalle biomasse agroforestali (si veda sul punto la pagina 6 degli "Indirizzi").

favorire tutto questo, il documento auspica che il nuovo PEAR tenga in dovuto conto le problematiche burocratico-amministrative, definendo le linee di indirizzo per gli Enti Locali affinché le procedure amministrative siano rese più semplici ed efficienti «*e si affermi un sistema organizzato a livello regionale di gestione dei processi e dei loro esiti*»⁹².

Gli “Indirizzi” richiamano altresì l’organizzazione del Registro delle Fonti Energetiche Regionale (REFER)⁹³ per consentire il controllo dello sviluppo delle rinnovabili nel territorio regionale. Una speciale attenzione è riservata, inoltre, alle rinnovabili termiche e, in particolare, alle tecnologie considerate più innovative ed efficienti, come le “pompe di calore”.

Da ultimo, il documento si concentra sulla promozione della “*supply chain*”⁹⁴ lombarda per la sostenibilità energetica. In sostanza, il PEAR dovrà puntare con convinzione sullo sviluppo del sistema regionale della *green economy*, tenendo conto dei potenziali vantaggi economici e ambientali. Le opzioni, in questo senso, sono diverse, ma complementari. In particolare, viene sottolineata l’importanza di promuovere le filiere produttive locali e di favorire l’innovazione tecnologica nel mondo produttivo, soprattutto per ciò che concerne l’utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili; in secondo luogo si assegna un ruolo molto rilevante alla formazione al fine di qualificare gli operatori che, a vario titolo, sono attori del settore energetico.

Posto il forte collegamento tra *green economy* e competitività del “sistema Lombardia”, più volte richiamato negli “Indirizzi”, l’auspicio espresso in sede politica è quello di adottare al più presto la nuova programmazione energetica in modo da definire analiticamente obiettivi, azioni e strumenti idonei al raggiungimento di importanti obiettivi di rilancio economico e di sostenibilità ambientale.

A questo proposito, occorre sottolineare che la precedente Giunta (guidata da Roberto Formigoni) ha dato inizio al procedimento per

⁹² Indirizzi per la definizione del nuovo PEAR, in B.U.R.L. 9 agosto 2012, n. 32, pagina 8.

⁹³ Su cui *infra* paragrafi 3.1. e 3.2..

⁹⁴ La locuzione “*supply chain*” è traducibile in italiano con l’espressione “catena di approvvigionamento”. Per un approfondimento sul tema: J. T. MENTZER - W. DEWITT - J. S. KEEBLER - S. MIN - N. W. NIX - C. D. SMITH - Z. G. ZACHARIA, *Defining Supply Chain Management*, in *Journal of Business Logistics*, Vol. 22, No. 2, 2001, p. 1 ss.; S. CROOM - P. ROMANO - M. GIANNAKIS, *Supply chain management: an analytical framework for critical literature review*, in *European Journal of Purchasing & Supply Management*, No. 6, 2000, p. 67 ss.

l'approvazione del PEAR e al connesso procedimento di Valutazione Ambientale Strategica con la d.g.r. 6 agosto 2012, n. IX/3977⁹⁵; con la medesima deliberazione si è inoltre provveduto ad approvare gli orientamenti iniziali del PEAR in conformità a quanto stabilito dagli “Indirizzi” (allegato A) e ad adottare il “Modello metodologico procedurale e organizzativo della Valutazione Ambientale Strategica del PEAR” (allegato B). Mediante successivo provvedimento dirigenziale⁹⁶ sono stati invece individuati «*i soggetti competenti in materia ambientale, gli enti territorialmente interessati e gli altri soggetti interessati, all'iter decisionale, da invitare alla conferenza di valutazione*», le «*modalità di svolgimento della conferenza di valutazione*» e, infine, «*i settori del pubblico interessati all'iter decisionale*», per i quali vengono stabilite modalità di coinvolgimento (accesso alla documentazione e previsione di momenti partecipativi).

L'iter del PEAR, rallentato dalla fine anticipata della IX legislatura, è ripreso, dopo le elezioni e l'insediamento del nuovo governo regionale, con la prima Conferenza di VAS, tenutasi il 12 novembre 2013⁹⁷. In questa sede, sono stati presentati il Documento Preliminare al PEAR e il Documento di *Scoping*, aprendo il confronto con i soggetti competenti in materia ambientale, gli enti territorialmente interessati e il pubblico interessato. Nel corso della Conferenza sono stati, inoltre, illustrati i prossimi passaggi nel percorso di approvazione del PEAR e le tempistiche prospettate⁹⁸.

⁹⁵ D.g.r. 6 agosto 2012, n. IX/3977 “Avvio del procedimento di approvazione del Programma Energetico Ambientale Regionale (PEAR) - art. 30 della l.r. 26/2003 - e della relativa valutazione ambientale – VAS” in B.U.R.L. 13 agosto 2012, n. 33.

⁹⁶ D.G. Ambiente, energia e reti, D.d.u.o. 25 settembre 2012, n. 8253 “Individuazione dei soggetti competenti in materia ambientale e degli enti territorialmente interessati chiamati a partecipare alla conferenza di valutazione ambientale - VAS del programma energetico ambientale regionale (PEAR) e definizione delle modalità di informazione e comunicazione” in B.U.R.L. 1 ottobre 2012, n. 40.

⁹⁷ La documentazione relativa alla prima Conferenza di VAS è disponibile sul sito di Regione Lombardia al seguente indirizzo: http://www.reti.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=Redazionale_P&childpagename=DG_Reti%2FDetail&cid=1213634677221&pagename=DG_RSSWrapper.

⁹⁸ Il passaggio successivo alla prima Conferenza sarà la convocazione dei tavoli di approfondimento per poi procedere al deposito del PEAR. Le osservazioni potranno essere presentate precedentemente al deposito (inviandole all'indirizzo ambiente@pec.regione.lombardia.it) o successivamente sul documento definitivo. Dopo la seconda Conferenza, il PEAR sarebbe dovuto giungere ad approvazione a maggio o giugno del 2014. Come del tutto evidente, questa tempistica non è stata rispettata.

3. L'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili in Regione Lombardia

3.1. Dal decreto legislativo 387 del 2003 alle linee guida lombarde del 2009 per l'autorizzazione degli impianti FER

Come rilevato anche dagli Indirizzi per la definizione del nuovo PEAR, lo sviluppo delle fonti energetiche è fortemente legato alla progressiva semplificazione delle procedure per l'autorizzazione degli impianti. Il tema ovviamente non interessa unicamente la Regione Lombardia, ma ha rilievo nazionale, per non dire europeo, considerando la centralità che lo snellimento dei processi amministrativi ha nelle Direttive sulle fonti rinnovabili⁹⁹. In Italia, proprio la fase di autorizzazione degli impianti FER rappresenta uno dei maggiori ostacoli alla crescita del settore¹⁰⁰, nonostante gli interventi normativi diretti a ridurre la complessità dell'iter procedurale.

In questo senso, l'articolo 12 del decreto legislativo 387 del 2003¹⁰¹ disciplina, seppure in modo "embrionale", un regime autorizzativo semplificato per la costruzione e l'esercizio degli impianti a fonti rinnovabili, definendo tali opere di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti¹⁰². La razionalizzazione delle procedure passa attraverso la previsione di un'autorizzazione unica, rilasciata

⁹⁹ Già con la direttiva 2001/77/CE si riconosce la fondamentale importanza del "tema autorizzazioni"; il considerando 20 richiama la necessità di tener conto della specificità del settore quando si intenda regolare le procedure autorizzative per gli impianti di produzione di elettricità da fonti rinnovabili, mentre l'articolo 6 indica i principi che dovrebbero ispirare la regolamentazione del procedimento: la riduzione degli ostacoli (normativi e non), la razionalizzazione e l'accelerazione delle procedure, la garanzia di norme oggettive, trasparenti e non discriminatorie. Anche la vigente direttiva sulle fonti rinnovabili (2009/28/CE) sottolinea la necessità di procedure obiettive, trasparenti, semplificate, non discriminatorie e proporzionate, richiamando gli effetti negativi che la scarsa trasparenza e l'assenza di coordinamento possono avere rispetto allo sviluppo delle fonti rinnovabili (considerando 40-41 e articolo 13). A livello italiano, la nuova Strategia Energetica Nazionale torna sul tema, ribadendo l'opportunità di accelerare e semplificare le procedure amministrative nel settore energetico (Strategia Energetica Nazionale, pagina 117).

¹⁰⁰ Si veda sul punto M. RAGWITZ (ET AL), *Assesment of National Renewable Energy Action Plans*, Fraunhofer, 2011 (disponibile al sito: http://www.eufores.org/fileadmin/eufores/Projects/REPAP_2020/Assesment_of_NREAPs__REPAP_report_-_interim_status_.pdf).

¹⁰¹ Decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 "Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità" in G.U. 31 gennaio 2004, n. 25, Suppl. Ordinario n. 17.

¹⁰² Articolo 12, comma 1, del decreto legislativo 387 del 2003.

dalle Regioni, che possono delegare questa funzione alle Province¹⁰³. L'autorizzazione deve essere conforme alle normative in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico artistico, e costituisce, se necessario, variante allo strumento urbanistico. Il rilascio di tale titolo abilitativo avviene a seguito di un procedimento unificato, a cui partecipano tutte le amministrazioni interessate secondo lo schema della Conferenza di Servizi¹⁰⁴, con l'applicazione di tempistiche molto ristrette¹⁰⁵. Le procedure appena descritte non si applicano, secondo il comma 5 dell'articolo 12, a certe tipologie impianti, per le quali sono previsti adempimenti semplificati¹⁰⁶.

L'articolo 12, dopo aver stabilito che gli impianti possono essere collocati in zone agricole, prevede che siano adottate delle linee guida¹⁰⁷ dirette a disciplinare lo svolgimento del procedimento unico e, nel contempo, a garantire un corretto inserimento degli impianti nel paesaggio. Le Regioni, dando attuazione a tali linee guida "nazionali", sono legittimate a individuare le

¹⁰³ Tale regola conosce alcune eccezioni; in primo luogo, per gli impianti offshore l'autorizzazione non è rilasciata dalle Regioni (o dalle Province delegate), ma dal Ministero dei Trasporti, sentiti il Ministero dello Sviluppo Economico e il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (articolo 12, comma 3, del decreto legislativo 387 del 2003, come modificato dall'articolo 2, comma 158, lettera c, della legge 244 del 2007). In secondo luogo, grazie ad una modifica legislativa recentemente introdotta, è stata assegnata al Ministero dello Sviluppo Economico (e non più alla Regione) la competenza per l'autorizzazione di impianti da fonti rinnovabili con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW. Si veda, in merito, l'articolo 31 del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 46 "Attuazione della direttiva 2010/75/UE relativa alle emissioni industriali (prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento)" in G.U. 27 marzo 2014, n. 72, Suppl. Ordinario n. 27.

¹⁰⁴ La Conferenza di Servizi è compiutamente regolata dalla legge 241 del 1990 e successive modificazioni e integrazioni (legge 7 agosto 1990, n. 241 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" in G.U. 18 agosto 1990, n. 192).

¹⁰⁵ In particolare, si prevede la convocazione della Conferenza di Servizi «entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione» (articolo 12, comma 3). In secondo luogo, è stabilito un termine massimo per la conclusione del procedimento unico; questo termine, che nella versione originaria della norma era di centoottanta giorni, è ora fissato in novanta giorni al netto dei tempi previsti per l'eventuale Valutazione d'Impatto Ambientale (articolo 12, comma 4, come modificato dall'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo 28 del 2011).

¹⁰⁶ Si tratta della Procedura Abilitativa Semplificata (P.A.S.), prevista dall'articolo 6 del decreto legislativo 28 del 2011 in luogo della Denuncia di Inizio Attività (D.I.A.), e della Comunicazione di inizio lavori per attività in Edilizia Libera (C.E.L.). Sul punto si veda *infra* paragrafo 3.2..

¹⁰⁷ Le linee guida sono da adottarsi in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle Attività Produttive, di concerto con il Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Ministro per i Beni e le Attività Culturali (articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 387 del 2003).

aree e i siti inidonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti. Una successiva modifica della norma ha, inoltre, imposto alle Regioni di adattare le proprie normative alle linee guida (quando emesse)¹⁰⁸.

Nonostante l'incontestabile esigenza di definire regole nazionali uniformi per orientare le Regioni, l'emanazione delle linee guida è avvenuta soltanto nel settembre del 2010¹⁰⁹. Questo importante ritardo non ha fatto che aggravare l'incertezza in un contesto regolatorio già di per sé complicato a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione. In assenza di riferimenti chiari a livello centrale, le Regioni sono, infatti, intervenute in modo differenziato per disciplinare il procedimento autorizzativo di cui all'articolo 12, e, in alcuni casi, per definire propri criteri per la localizzazione degli impianti. Tali normative si sono spesso rivelate in contrasto con le finalità di promozione delle FER e di semplificazione amministrativa perseguite dal legislatore europeo e nazionale, generando un notevole aumento del contenzioso, tanto davanti al giudice amministrativo, tanto davanti alla Corte Costituzionale, che, in numerose sentenze, si è pronunciata per l'incostituzionalità di svariate disposizioni legislative regionali¹¹⁰.

¹⁰⁸ Ci si riferisce qui alla modifica introdotta dall'articolo 2, comma 158, della legge finanziaria 2008 secondo il quale «*le Regioni adeguano le rispettive discipline entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida. In caso di mancato adeguamento entro il predetto termine, si applicano le linee guida nazionali*».

¹⁰⁹ Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 10 settembre 2010 "Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili" in G.U. 18 settembre 2010 n. 219. La scelta di utilizzare la veste giuridica del decreto ministeriale per l'emanazione delle linee guida ha suscitato perplessità circa la sua conformità alla lettera dell'articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 387 del 2003. Si veda, a questo proposito, L. CUOCOLO, *op. cit.*, p. 110 ss..

¹¹⁰ Non è questa la sede per effettuare una puntuale analisi della copiosa giurisprudenza sul tema, anche se pare opportuno accennare ad alcune significative sentenze della Corte Costituzionale. Uno dei casi più conosciuti riguarda l'articolo 1, comma 1, della legge della Regione Puglia 9 del 2005, con cui si stabiliva una sospensione dei procedimenti di autorizzazione unica e delle procedure di valutazione d'impatto ambientale (fino alla definizione e all'approvazione del piano energetico ambientale regionale e comunque non oltre il 30 giugno 2006). La Corte, con sentenza 364 del 2005, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione legislativa regionale per violazione dell'articolo 117, comma 3, della Costituzione. La norma si poneva, infatti, in chiaro contrasto con il termine di cui all'articolo 12, comma 4, del decreto legislativo 387 del 2003, configurabile come "principio fondamentale" in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia.

Analogo ragionamento viene svolto nella sentenza 282 del 2009, avente ad oggetto diversi articoli della legge della Regione Molise 15 del 2008; tra le norme dichiarate incostituzionali, vi è anche quella che determinava limiti massimi di potenza installabili nelle more della definizione, mediante provvedimenti statali, degli obiettivi indicativi regionali. Tale disposizione si traduceva nei fatti in una sospensione delle autorizzazioni per gli impianti eccedenti le soglie prescritte, con

Anche Regione Lombardia è ovviamente intervenuta per normare in tema di procedure relative agli impianti alimentati da fonti rinnovabili. In primo luogo, nel più ampio contesto della legge regionale 26 del 2003¹¹¹, la Regione si è preoccupata di distribuire le funzioni in materia di energia tra i diversi livelli territoriali (Regione, Province e Comuni)¹¹². Mentre alla Regione è assegnato,

la conseguente violazione del termine massimo per la conclusione dei procedimenti autorizzativi, stabilito dal già richiamato articolo 12, comma 4, del decreto legislativo 387 del 2003.

La Corte Costituzionale, ribadendo la natura di principio fondamentale dell'articolo 12, si è trovata anche a censurare leggi regionali che comportavano aggravati burocratico-procedurali per l'installazione degli impianti FER. Così, ad esempio, in un'interessante sentenza, la 124 del 2010, la Corte ha sancito l'incostituzionalità di numerose disposizioni della legge della Regione Calabria 38 del 2010), tra cui quella che stabiliva che la domanda di autorizzazione fosse corredata da un atto amministrativo non richiesto dalla normativa nazionale, ossia dalla deliberazione favorevole del Consiglio comunale sul cui territorio si collocava il progetto. La norma regionale contestata introduceva, infatti, «un ulteriore adempimento in contrasto con le finalità di semplificazione perseguite dal legislatore statale» (punto 8.2 del Considerato in diritto).

In numerosi pronunciamenti, la Corte Costituzionale ha altresì chiarito che le Regioni, in attesa dell'emanazione delle linee guida nazionali, non avrebbero potuto individuare autonomamente i criteri per il corretto inserimento degli impianti FER nel paesaggio. A titolo esemplificativo, nella già citata sentenza 282 del 2009 (punto 4.1 del Considerato in diritto) si legge che «*Il bilanciamento tra le esigenze connesse alla produzione di energia e gli interessi, variamente modulati, rilevanti in questo ambito impone, infatti, una prima ponderazione concertata in ossequio al principio di leale cooperazione*»; pertanto, secondo la Corte, solo dopo l'adozione delle linee guida in sede di Conferenza unificata (ex articolo 12, comma 10, del decreto legislativo 387 del 2003), le Regioni sarebbero potute intervenire per «*adeguare i criteri così definiti alle specifiche caratteristiche dei rispettivi contesti territoriali*».

Per una puntuale analisi della giurisprudenza costituzionale sul tema: L. CUOCOLO, *op. cit.*, p. 79 ss.; L. NANNIPIERI, *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 *www.rivistaaic.it*, n. 0/2010; L. BITTO, *Le linee guida e le Regioni*, in AA.VV., *Autorizzazione di impianti da fonti rinnovabili. Linee guida per l'Autorizzazione Unica e i procedimenti semplificati*, IPSOA, Milano, p. 33 ss.; L. AMMANNATI, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *questa Rivista*, 3, 2011, p. 1 ss.; E. DI SALVATORE, *La materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" nella giurisprudenza della Corte costituzionale (Gennaio-Maggio 2010)*, in *www.rivistaaic.it*, n. 0/2010; 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: il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 63 ss..

¹¹¹ Legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26 «Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche» in B.U.R.L. 16 dicembre 2003, 1° Suppl. Ordinario al n. 51. La legge, come recita l'articolo 1, «*costituisce il testo di riordino delle leggi regionali nelle predette materie*».

¹¹² Nel disciplinare il settore energetico, la legge 26 del 2003 determina altresì gli obiettivi della propria politica di settore e individua le azioni necessarie per il loro raggiungimento. In questo

tra i diversi compiti¹¹³, quello della pianificazione energetica, l'ambito delle rinnovabili è ripartito tra le differenti articolazioni territoriali. In particolare, ai Comuni spetta «*di favorire la diffusione delle fonti energetiche rinnovabili, l'uso razionale dell'energia ed il risparmio energetico, anche operando tramite i propri strumenti urbanistici e regolamentari*»¹¹⁴; le Province sono, invece, deputate ad «*adottare interventi per la promozione e l'incentivazione delle fonti energetiche rinnovabili e del risparmio energetico*» e, soprattutto, sono responsabili del procedimento autorizzativo degli impianti FER ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 387 del 2003¹¹⁵.

Bisogna comunque sottolineare che, per evidenti ragioni di uniformità, la Regione si è riservata il compito di «*unificare le procedure per il rilascio dei provvedimenti autorizzativi in campo energetico, ambientale e territoriale*»¹¹⁶. Questo ruolo è stato ulteriormente rafforzato dalla modifica legislativa operata dalla legge regionale 10 del 2009 (articolo 3, comma 1, lettera n)¹¹⁷, con cui viene aggiunta la lettera i-bis alle funzioni regionali in materia di energia elencate dall'articolo 29 della legge regionale 26 del 2003. La norma introdotta stabilisce che alla Regione spetta l'adozione di linee guida per «*semplificare ed armonizzare sul territorio regionale le procedure amministrative di autorizzazione all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*»¹¹⁸.

senso l'articolo 25 inserisce, tra le finalità, la riduzione delle emissioni di gas climalteranti, il contenimento dei consumi e la garanzia dell'approvvigionamento, rimarcando l'importanza delle fonti rinnovabili.

¹¹³ Articolo 29 della legge regionale 26 del 2003.

¹¹⁴ Articolo 27 della legge regionale 26 del 2003.

¹¹⁵ Articolo 28 della legge regionale 26 del 2003. La disposizione circa la competenza provinciale per il procedimento di autorizzazione unica (di cui al comma 1, lettera e-bis) è stata introdotta dall'articolo 3, comma 1, della legge regionale 18 del 2006.

¹¹⁶ Articolo 29, comma 1, lettera b della legge regionale 26 del 2003.

¹¹⁷ Legge regionale 29 giugno 2009, n. 10 "Disposizioni in materia di ambiente e servizi di interesse economico generale – Collegato ordinamentale" in B.U.R.L. 30 giugno 2009, 2° Suppl. Ordinario al n. 26.

¹¹⁸ La lettera i bis) del comma 1 dell'articolo 29 è stata poi sostituita con l'articolo 11, comma 1, della legge regionale 11 del 2011. La nuova formulazione della lettera i-bis prevede che tra le funzioni della Regione vi sia quella di «*adottare, con deliberazione della Giunta regionale, linee guida per l'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 28, comma 1, lettera e-bis), finalizzate ad armonizzare sul territorio regionale e a semplificare le procedure amministrative e di autorizzazione all'installazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, graduando le procedure di cui all'articolo 6, commi 9 e 11, del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 (Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e*

In forza di tali disposizioni e nell'attesa delle linee guida nazionali, Regione Lombardia è intervenuta con la d.g.r. 25 novembre 2009, n. VIII/10622¹¹⁹, con la quale sono state adottate le linee guida regionali per l'autorizzazione agli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

Le linee guida si preoccupano di unificare nel territorio regionale il procedimento amministrativo applicabile agli impianti FER ad eccezione degli impianti idroelettrici (che rimangono regolati dalla normativa regionale concernente l'utilizzazione delle acque pubbliche di cui al regio decreto 1775 del 1933¹²⁰) e degli impianti geotermici. Tuttavia, delle diverse rinnovabili considerate dal documento¹²¹ soltanto l'eolico e il fotovoltaico vengono trattati specificamente da un punto di vista tecnico-procedurale¹²², prevedendosi altresì linee guida per la valutazione ambientale degli impianti alimentati da queste fonti¹²³.

Prescindendo da una descrizione dettagliata di queste linee guida (ora non più in vigore), bisogna tuttavia segnalare la sostanziale coerenza della disciplina regionale con quanto disposto a livello nazionale dall'articolo 12 del decreto legislativo 387 del 2003. Questo si ravvisa, ad esempio, nella chiara indicazione fornita dal paragrafo 2.1, secondo cui la Regione, in osservanza di quanto stabilito dal comma 10 dell'articolo 13 del decreto legislativo 387 del 2003, procederà ad individuare i siti inidonei all'installazione di impianti FER solo dopo l'approvazione delle linee guida nazionali¹²⁴.

2003/30/CE)» ed in conformità con i principi e i contenuti del provvedimento di Giunta che individuerà le aree non idonee di cui al comma 1-bis».

¹¹⁹ D.G.R. 25 novembre 2009 n. VIII/10622 "Linee guida per l'autorizzazione di impianti per la produzione di energia da Fonti Energetiche Rinnovabili (FER) – Impianti fotovoltaici ed eolici e per la valutazione ambientale degli stessi impianti" in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48.

¹²⁰ Regio decreto 11 dicembre 1933 n. 1775 "Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici" in G.U. 8 gennaio 1934, n. 5.

¹²¹ Le linee guida si riferiscono ai seguenti impianti: eolici, fotovoltaici, a biomassa, a gas di discarica, a gas residuati dai processi di depurazione e biogas.

¹²² Linee guida rinnovabili Lombardia 2009, paragrafi 8 e 9, in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48, pagine 14-17.

¹²³ Linee guida rinnovabili Lombardia 2009, allegato II, in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48, pagine 20-28.

¹²⁴ Il paragrafo 2.1 delle linee guida del 2009 prosegue sottolineando che: «Dall'emanazione delle presenti linee guida e fintantoché non si sia proceduto all'individuazione delle predette aree non idonee, nessuna area o sito del territorio regionale è da considerarsi aprioristicamente non

Dopo aver definito, nel paragrafo 3.1, l'introduzione di un catasto degli impianti a Fonti Energetiche Rinnovabili all'interno del proprio Sistema Informativo Regionale Energia e Ambiente (SIRENA), le linee guida affrontano le regole autorizzative applicabili alla agli impianti FER, operando una categorizzazione tra impianti a seconda del loro iter autorizzativo.

Seguendo la ripartizione operata dal legislatore italiano, le linee guida stabiliscono una procedura particolarmente semplificata per alcune tipologie di interventi (di cui all'articolo 11, comma 3, del decreto legislativo 115 del 2008), ovvero le installazioni eoliche con altezza non maggiore di 1,5 metri e con diametro inferiore a 1 metro e gli impianti solari e fotovoltaici, purché siano integrati o aderenti ai tetti esistenti, abbiano lo stesso orientamento e la stessa inclinazione della falda esistente, non rechino alcuna modifica al profilo dell'edificio e non superino l'estensione delle falde del tetto¹²⁵. Questi sono assimilati ad interventi di manutenzione ordinaria e sono soggetti unicamente ad una comunicazione preventiva al Comune senza che sia necessario, per la loro installazione, acquisire anticipatamente alcun atto di autorizzazione, valutazione, parere o assenso da parte di qualsiasi amministrazione¹²⁶. Per impianti più importanti, ma con potenza comunque non superiore a determinate soglie¹²⁷, è invece prevista la Denuncia di Inizio Attività (D.I.A.)¹²⁸. Gli impianti che eccedono le potenze appena citate sono, invece, soggetti ad autorizzazione unica.

Le linee guida procedono quindi a disciplinare il procedimento unico, che ricalca, con qualche specificazione, lo schema dell'articolo 12 del decreto legislativo 387 del 2003¹²⁹. L'iter procedimentale prende le mosse dalla presentazione della domanda, redatta nelle forme definite nel facsimile allegato alle linee guida ed accompagnata dal progetto definitivo dell'impianto, delle

idonea per l'installazione degli impianti per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile (...)».

¹²⁵ Linee guida rinnovabili Lombardia 2009, paragrafo 4.3, in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48, pagina 7.

¹²⁶ La norma contiene alcune eccezioni per alcune categorie di impianti e tipologie di edifici, oggetto di vincolo.

¹²⁷ Tali soglie sono individuate dalla tabella A allegata al decreto legislativo 387 del 2003 e sono pari a: 60 kW per l'eolico, 20kW per il fotovoltaico, 200kW per le biomasse e 250kW per i gas di discarica, i gas residuati e il biogas.

¹²⁸ Linee guida rinnovabili Lombardia 2009, paragrafo 4.2, in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48, pagina 6.

¹²⁹ Linee guida rinnovabili Lombardia 2009, paragrafo 4.4, in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48, pagine 7-9.

opere connesse, delle infrastrutture indispensabili, della sua dismissione e delle opere necessarie al ripristino dei luoghi nelle condizioni ambientali precedenti alla realizzazione. Il richiedente è tenuto a dimostrare la titolarità del diritto di proprietà o di altro diritto reale, o, comunque, a rendere noto il titolo sulla cui base ha la disponibilità delle aree dove saranno posizionati gli impianti¹³⁰.

Entro 15 giorni dal ricevimento della domanda l'amministrazione competente comunica l'avvio del procedimento o richiede eventuali integrazioni¹³¹. Il procedimento unico si svolge nella forma della Conferenza di Servizi, che, in conformità alle tempistiche dettate dall'articolo 12, comma 4, del decreto legislativo 387 del 2003, viene convocata dall'Amministrazione Provinciale competente entro trenta giorni dal ricevimento dell'istanza¹³². Nella Conferenza di Servizi, vengono raccolti pareri, autorizzazioni, valutazioni, assensi rilasciati dalle amministrazioni coinvolte¹³³. I soggetti partecipanti hanno facoltà di domandare al richiedente integrazioni progettuali, ma possono farlo una sola volta e, comunque, entro 90 giorni dall'inizio del procedimento¹³⁴. Al termine dei lavori della Conferenza¹³⁵, il responsabile del procedimento rilascia l'autorizzazione unica o il provvedimento di diniego, che deve essere adeguatamente motivato.

3.2. Le linee guida regionali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili del 2012

Conseguentemente all'entrata in vigore delle già citate linee guida nazionali per l'autorizzazione degli impianti FER del settembre 2010 le linee

¹³⁰ Per maggiori dettagli si vedano i paragrafi 4.4.1, dedicato appunto alla presentazione dell'istanza, e 5.1, che specifica la documentazione da allegare alla domanda.

¹³¹ Nel caso in cui non venga comunicata l'improcedibilità nel termine predetto, il procedimento si intende avviato.

¹³² Linee guida rinnovabili Lombardia 2009, paragrafo 4.4.2, in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48, pagina 8.

¹³³ Gli enti partecipanti alla Conferenza di Servizi sono elencati al paragrafo 6 delle linee guida. Quanto al coordinamento tra autorizzazione unica e altri procedimenti come, ad esempio, la valutazione di impatto ambientale si veda il paragrafo 4.5 delle linee guida.

¹³⁴ Linee guida rinnovabili Lombardia 2009, paragrafo 4.4.4, in B.U.R.L. 1 dicembre 2009, 1° Suppl. Straordinario al n. 48, pagina 8.

¹³⁵ In accordo con il termine originariamente previsto dall'articolo 12, comma 4, del decreto legislativo 387 del 2003, il paragrafo 4.4.5 stabilisce che la Conferenza di Servizi «*conclude i propri lavori entro 180 giorni dalla comunicazione di avvio del procedimento*».

guida regionali del 2009 divengono inapplicabili¹³⁶. Si pone quindi la necessità di costruire un nuovo strumento che, in coerenza con le indicazioni fornite a livello centrale, definisca l'iter procedimentale per gli impianti a fonte rinnovabile e specifichi i parametri per l'individuazione delle aree non idonee alla loro installazione.

A questo fine, poco dopo l'approvazione delle linee guida nazionali, la Regione inaugura un percorso concertato volto all'armonizzazione delle prassi autorizzative degli impianti FER, istituendo uno specifico Tavolo di confronto con le Province lombarde e ANCI Lombardia¹³⁷. Tale percorso si conclude nel 2012 con l'approvazione delle nuove linee guida regionali per l'autorizzazione degli impianti per la produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili¹³⁸.

Facendo riferimento ai notevoli cambiamenti occorsi nella legislazione nazionale e regionale¹³⁹, le linee guida disciplinano, in modo piuttosto dettagliato¹⁴⁰, le procedure autorizzative per la costruzione, l'installazione e l'esercizio degli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili, puntualizzando quanto previsto dalle linee guida nazionali. Il documento stabilisce, inoltre, i criteri per l'individuazione delle aree non idonee alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti energetiche rinnovabili, demandando ad un successivo atto della Giunta la puntuale identificazione di tali siti. Le linee guida si preoccupano, poi, di dare

¹³⁶ Sul punto è intervenuta una comunicazione della Struttura Risorse Energetiche regionale diretta alle Province che ha chiarito come le linee guida regionali non fossero più applicabili a partire dal 3 gennaio 2011.

¹³⁷ Si veda il decreto 5 ottobre 2010, n. 10074, del Dirigente della Struttura Risorse Energetiche della Direzione Generale Ambiente Energia e Reti.

¹³⁸ D.g.r. 18 aprile 2012, n. IX/3298 "Linee guida regionali per l'autorizzazione degli impianti per la produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili (FER) mediante recepimento della normativa nazionale in materia" in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17.

¹³⁹ Basti ricordare, a livello nazionale, l'entrata in vigore del decreto legislativo 28 del 2011 che, tra l'altro, definisce le procedure amministrative per gli impianti FER secondo un principio di proporzionalità, introducendo, al posto della D.I.A. ed accanto all'autorizzazione unica e alla comunicazione di attività in edilizia libera, una nuova specifica disciplina, la Procedura Abilitativa Semplificata (P.A.S.). Sul fronte regionale è opportuno fare riferimento alle già citate modifiche introdotte dalla legge regionale 11 del 2011 all'articolo 29, comma 1, lettera i-bis, della legge regionale 26 del 2003 laddove si stabilisce che spetta alla Giunta regionale l'adozione di linee guida, «finalizzate ad armonizzare sul territorio regionale e a semplificare le procedure amministrative e di autorizzazione all'installazione di impianti di energia da fonti rinnovabili, graduando le procedure di cui all'art. 6, commi 9 e 11, del decreto legislativo 28 del 2011».

¹⁴⁰ In effetti, al già corposo documento si uniscono cinque allegati tecnici.

indicazioni per biomasse combustibili, sottoprodotti e rifiuti, di fissare le condizioni d'uso dei prodotti di processo in uscita dagli impianti per la produzione di energia elettrica da FER, di fornire le indicazioni tecniche relative alle opere pertinenziali, di determinare i criteri per le misure compensative¹⁴¹.

Entrando nello specifico del provvedimento, le linee guida partono dalla delimitazione del proprio campo di applicazione (paragrafo 1.1), costituito da (quasi) tutti gli impianti alimentati da fonti rinnovabili: eolici, solari fotovoltaici, a biomasse, a gas di discarica, gas residuati da depurazione e biogas ed idroelettrici¹⁴².

Il documento prosegue con la posizione di un corposo apparato definitorio (paragrafo 2.1). Le definizioni, rilevanti per l'applicazione delle disposizioni delle linee guida, sono in gran parte mutuata dalla normativa nazionale, anche se non mancano elementi di originalità¹⁴³.

Il paragrafo 2.2 chiarisce invece i principi generali concernenti la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. In primis, si ricorda che tale attività, inserendosi nella più generale disciplina della produzione di energia elettrica, è liberalizzata e, pertanto, la Regione si impegna a garantire che ai soggetti pubblici e privati sia consentito di operare in condizioni paritetiche, pur nel rispetto degli obblighi stabiliti dalla legge in materia ambientale. In secondo luogo, si sottolinea che la Lombardia intende conciliare lo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili con la tutela dell'ambiente, definendo una

¹⁴¹ L'ultima parte del documento (parte X) è dedicata ad una breve disciplina dei controlli e delle sanzioni.

¹⁴² Per gli impianti idroelettrici l'avvio del procedimento autorizzativo di cui all'articolo 12, commi 3 e 4 del decreto legislativo 387 del 2003 è comunque subordinato all'ottenimento della concessione che segue il procedimento di cui al regolamento regionale 2 del 2006 (paragrafo 1.1 delle linee guida rinnovabili Lombardia 2012).

¹⁴³ A titolo esemplificativo si può far riferimento al concetto di biogas (punto c, paragrafo 2.1. delle linee guida rinnovabili Lombardia 2012), rispetto al quale le linee guida non si limitano alla semplice individuazione delle tipologie di gas rientranti nella categoria (ovvero i gas di cui all'articolo 2, comma 1, lettera a del decreto legislativo 387/2003: «gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas»), ma forniscono una specifica definizione («Il biogas è costituito da una miscela di gas (con composizione formata indicativamente da: metano in percentuali mediamente comprese tra il 50% e l'80%, idrogeno molecolare, anidride carbonica) prodotto dalla fermentazione batterica anaerobica di residui organici provenienti da rifiuti, vegetali in decomposizione, carcasse animali, liquami zootecnici o fanghi di depurazione, scarti dell'agro-industria»). Per un approfondimento sul punto si rimanda a A. BALESTRERI, *Fonti energetiche rinnovabili: le linee guida della Lombardia*, in *Ambiente & Sicurezza*, 12 giugno 2012 N. 11, p. 98 ss..

programmazione atta a consentire il raggiungimento della quota minima di produzione di energia da FER stabilita dal decreto “*Burden Sharing*”.

Le linee guida della Lombardia, in applicazione al punto 4.1 delle linee guida nazionali, precisano poi gli oneri informativi a carico dei Gestori di rete. Questi sono tenuti ad inviare, ogni quattro mesi ed in formato elettronico, a CESTEC S.p.A. «*i dati circa le soluzioni di connessione e i loro relativi aggiornamenti (...) degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili accettate dal soggetto che realizza l'impianto*»¹⁴⁴.

Il documento interviene anche sul tema della trasparenza amministrativa di cui al punto 6.1 delle linee guida nazionali, richiamando l'istituzione, nell'ambito del Sistema Informativo Regionale Energia e Ambiente (SIRENA), di uno specifico Registro degli impianti a Fonti Energetiche Rinnovabili, distinti per tipologia impiantistica¹⁴⁵.

Sulla base dei dati acquisiti dal SIRENA, viene redatto e trasmesso annualmente ai competenti ministeri la relazione *ex* punto 7.1 delle linee guida nazionali in cui sono riportate, tra l'altro, il numero delle domande di autorizzazione, il numero dei procedimenti conclusi con il relativo esito e il tempo medio delle procedure¹⁴⁶.

A conclusione della Parte II, le linee guida si occupano degli oneri istruttori (di cui al punto 9.1 delle linee guida nazionali), stabilendo che questi siano diretti unicamente a coprire le spese sostenute dall'amministrazione precedente e non siano comprensivi di tariffazioni e/o diritti di segreteria relativi all'attività di altri Enti e delle imposte di bollo. Tali oneri non possono in ogni caso qualificarsi come misure di compensazione e non devono essere superiori ad un determinato importo (uguale allo 0,03% dell'investimento per la

¹⁴⁴ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, paragrafo 2.4, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagina 11.

¹⁴⁵ A questo proposito, le linee guida regionali prevedono che, per popolare e aggiornare il Registro, le Province e i Comuni della Lombardia debbano inviare, entro il 30 giugno e il 31 dicembre di ogni anno, le informazioni concernenti lo stato dei titoli abilitativi rilasciati o in corso di procedimento a Cestec S.p.A.; ora, a seguito dell'intervenuta fusione per incorporazione di Cestec S.p.A. in Finlombarda S.p.A., i dati vanno trasmessi a quest'ultima società (paragrafo 2.5 delle linee guida rinnovabili Lombardia 2012). Il Registro è consultabile al seguente link: <http://www.energiailombardia.eu/fer/387>.

¹⁴⁶ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, paragrafo 2.6, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagina 12.

costruzione dell'impianto e del collegato impianto per la connessione alla rete di trasmissione/distribuzione dell'energia elettrica)¹⁴⁷.

Dopo le disposizioni di carattere generale, le linee guida entrano nel vivo focalizzandosi sulle procedure da espletare per ottenere i titoli abilitativi necessari alla costruzione e all'esercizio degli impianti FER. In modo analitico e completo vengono definite e trattate la comunicazione di inizio lavori per attività in regime di edilizia libera (C.E.L.), la procedura abilitativa semplificata (P.A.S.) e l'autorizzazione unica (A.U.), distinguendo minuziosamente gli interventi sottoposti ai tre diversi procedimenti¹⁴⁸.

La C.E.L.¹⁴⁹ è una modalità autorizzativa molto semplice e consiste in una comunicazione da inoltrare, prima dell'inizio dei lavori, al Comune¹⁵⁰. Quanto all'ambito di applicabilità di questa procedura, va segnalato che le linee guida regionali sfruttano, seppure in modo parziale, la possibilità offerta dall'articolo 6, comma 11, del decreto legislativo 28 del 2011, secondo cui le Regioni e le Province autonome possono estendere il regime della C.E.L., oltre alle ipotesi previste nelle linee guida nazionali, applicandolo «*ai progetti di impianti alimentati da fonti rinnovabili con potenza nominale fino a 50 kW, nonché agli impianti fotovoltaici di qualsivoglia potenza da realizzare sugli edifici (...)*»¹⁵¹.

Un'analitica descrizione degli interventi assoggettati a C.E.L. è contenuta nel paragrafo 3.1 delle linee guida regionali, dove, nell'ambito delle

¹⁴⁷ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, paragrafo 2.7, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagina 12.

¹⁴⁸ Le linee guida, in particolare, precisano quali impianti debbano essere sottoposti a CEL, PAS o AU, con una dettagliata distinzione per fonte, considerando le specifiche tecnico-costruttive e la potenza da installare.

In questo senso, un efficace strumento è offerto dai quadri sinottici di cui agli allegati 2.1 (fotovoltaico), 2.2 (eolico), 2.3 (biomasse e biogas) e 2.4 (idroelettrico), che consentono di individuare facilmente il titolo abilitativo necessario in base alle caratteristiche dell'impianto (potenza, collocazione...).

Per una puntuale disamina delle tipologie di impianti soggette a C.E.L., P.A.S. e A.U. si veda anche A. QUARANTA, *Linee guida rinnovabili della Lombardia: un primo passo per la sostenibile certezza del diritto*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 10/12, 2012, p. 853 ss..

¹⁴⁹ La Comunicazione di inizio lavori per attività in Edilizia Libera (CEL) trova la sua disciplina generale nell'articolo 6 del D.P.R. 380 del 2001.

¹⁵⁰ Tale comunicazione deve essere accompagnata dalla documentazione minuziosamente descritta nel paragrafo 3.2 delle linee guida regionali.

¹⁵¹ A differenza di altre Regioni, la Lombardia non ha esteso in modo generalizzato l'applicazione della C.E.L., preferendo graduare tale possibilità in relazione alla potenza ed alle caratteristiche degli impianti. Si veda sul punto il paragrafo 1.1 delle linee guida regionali.

diverse fonti rinnovabili richiamate, vengono poste precise differenziazioni in funzione della collocazione, delle caratteristiche tecnico-costruttive e (talvolta) della potenza degli impianti¹⁵².

Occorre, poi, specificare che la C.E.L. rappresenta il titolo abilitativo per la costruzione, installazione ed esercizio degli impianti di produzione di energia, e non si estende alle opere per la connessione alla rete elettrica, che devono essere autorizzate autonomamente.

La seconda modalità autorizzativa prevista dalle linee guida del 2012 è la Procedura Abilitativa Semplificata (P.A.S.). La P.A.S. è stata introdotta dall'articolo 6 del decreto legislativo 28 del 2011 al posto della D.I.A. per gli impianti di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida nazionali¹⁵³. Il succitato articolo 6¹⁵⁴ prevede, similmente a quanto stabilito per la C.E.L., la facoltà da parte di Regioni e Province autonome di ampliare il campo di applicazione della

¹⁵² Particolarmente dettagliata è la categorizzazione degli impianti fotovoltaici da sottoporre a C.E.L.; questi sono divisi per collocazione (edifici - tetti piani, edifici - tetti non piani, edifici - frangisole, pergole, tettoie o altre pertinenze, pensiline e serre) e ulteriormente differenziati in base a precise caratteristiche.

Si considerino, ad esempio, gli impianti fotovoltaici su tetti piani di edifici esistenti; in primo luogo, qualora l'edificio non ricada nel campo di applicazione Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (decreto legislativo 42 del 2004) e gli impianti siano aderenti o integrati nel tetto, si applica la C.E.L. indipendentemente dalla capacità di generazione. Nel caso invece di impianti, non aderenti o integrati ovvero - pur aderenti o integrati - posti su edifici soggetti al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, per i quali la superficie complessiva dei moduli fotovoltaici non supera quella del tetto dell'edificio su cui sono collocati, le linee guida operano una distinzione a seconda che la realizzazione avvenga dentro o fuori la zona A (centro storico) ex decreto del Ministro per i Lavori Pubblici 1444 del 1968: se l'edificio è all'esterno, la C.E.L. si applica a prescindere dalla capacità di generazione; se l'edificio o l'impianto industriale è all'interno, viene fissata la soglia di 200 kWe, semprechè «*gli interventi non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari, non comportino modifiche delle destinazioni di uso, non riguardino le parti strutturali, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari, non implicino incremento dei parametri urbanistici...*». Infine, rispetto agli impianti per i quali la superficie complessiva dei moduli fotovoltaici è superiore a quella del tetto su cui sono posti, la C.E.L. è prevista per capacità di generazione non superiore a 200 kWe; se l'intervento avviene su edifici o impianti industriali all'interno della zona A, oltre al rispetto della succitata soglia, si richiede, per l'applicazione della C.E.L., che questo non determini alterazioni dei volumi e delle superfici delle singole unità immobiliari, non comporti modifiche delle destinazioni di uso, non attenga alle parti strutturali, non generi un aumento del numero delle unità immobiliari e non implichi incremento dei parametri urbanistici.

¹⁵³ L'introduzione della P.A.S. ha avuto il "merito" di fugare i dubbi interpretativi sorti in merito all'applicazione della S.C.I.A. (segnalazione certificata di inizio attività, introdotta dalla legge 122 del 2010) in luogo della D.I.A.. Si veda sul punto C. CHIERCHIA, *Energia da fonti rinnovabili, la Pas ha sostituito Dia e Scia. La nuova procedura*, in *Edilizia e Territorio*, Il Sole 24 ore, n. 15-16/2011, p. 6 ss..

¹⁵⁴ Articolo 6, comma 9, del decreto legislativo 28 del 2011.

procedura di P.A.S., estendendolo agli impianti aventi potenza nominale fino a 1 Mwe. Anche in questo caso, la Lombardia ha utilizzato in modo selettivo tale possibilità, graduandola in funzione delle differenti tecnologie, fonti energetiche e potenze da installare¹⁵⁵.

L'elenco degli impianti soggetti a P.A.S. è contenuto nel paragrafo 3.3; con una certa dose di semplificazione, si tratta di interventi che hanno, in dipendenza dei casi, un impatto costruttivo o una potenza installabile maggiori rispetto agli impianti soggetti a C.E.L., ma che non presentano quelle caratteristiche (dimensionali, di potenza, di impatto) tali per cui trova applicazione il regime di A.U¹⁵⁶.

In coerenza con la normativa nazionale, le linee guida regolano la P.A.S. prevedendo che trenta giorni prima di iniziare i lavori sia presentata al Comune territorialmente interessato dall'intervento una dichiarazione del proponente l'impianto e le opere connesse, ovvero del soggetto che ha la disponibilità degli immobili su cui insistono le opere o le infrastrutture connesse¹⁵⁷. Alla dichiarazione devono essere allegati una serie di documenti, tra cui: la ricevuta di pagamento degli oneri istruttori; gli elaborati grafici atti a illustrare l'intervento (firmati da un professionista abilitato); la documentazione fotografica e la planimetria; il preventivo relativo alla connessione in rete; una dettagliata relazione (sottoscritta da un progettista abilitato) che comprovi che il progetto è compatibile con gli strumenti urbanistici approvati e i regolamenti edilizi in vigore e rispetti la norme in materia di distanze minime e di sicurezza e quelle igienico-sanitarie; le copie dei titoli attestanti la proprietà, il possesso o la disponibilità dell'area interessata.

Ricevuta la dichiarazione, il competente ufficio comunale ha un termine di trenta giorni per verificare l'assenza di uno dei requisiti dichiarati e per notificare, di conseguenza, un ordine motivato per la non effettuazione dell'intervento. In mancanza di provvedimenti da parte del Comune nel termine predetto, l'attività deve ritenersi assentita e il proponente può procedere con la costruzione delle opere connesse.

¹⁵⁵ In merito alle "estensioni" si veda il paragrafo 1.1 delle linee guida regionali.

¹⁵⁶ Tra gli interventi sottoposti a P.A.S. si possono citare gli impianti fotovoltaici su barriere acustiche aventi una capacità di generazione inferiore o uguale a 1 Mwe e gli impianti idroelettrici realizzati su acquedotti e fognature, aventi una capacità di generazione inferiore o uguale a 1 Mwe.

¹⁵⁷ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, paragrafo 3.4, pagine in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagine 20-22.

L'evidente intento semplificatorio, portato avanti con la P.A.S. e la C.E.L., è stato ulteriormente rafforzato da Regione Lombardia con successivi interventi che hanno reso ancora più lineare lo svolgimento di tali procedimenti. In particolare, con il decreto 10545 del 2012¹⁵⁸, è stato stabilito che le presentazioni delle istanze di procedura abilitativa semplificata e delle comunicazioni di inizio lavori per attività di edilizia libera, così come la gestione amministrativa e tecnica di detti procedimenti, avvengano esclusivamente per via telematica. L'istanza relativa alla P.A.S. e la comunicazione di inizio lavori devono essere presentate nelle anzidette modalità, in conformità con la modulistica adottata dal decreto 10484 del 2012¹⁵⁹. Per attuare tali adempimenti, sono messi a disposizione degli applicativi informatici (FERPAS e FERCEL) nell'ambito della piattaforma MUTA (Modello Unico Trasmissione Atti), a cui si può accedere gratuitamente. Recentemente, con il decreto 5220 del 2014¹⁶⁰, sono stati approvati nuovi modelli per la presentazione delle istanze di C.E.L. e P.A.S. in sostituzione dei precedenti e sono stati previsti alcuni miglioramenti agli applicativi FERCEL e FERPAS¹⁶¹.

¹⁵⁸ D.G. Semplificazione e digitalizzazione, d.d.u.o. 21 novembre 2012, n. 10545 "Approvazione della procedura informatizzata per la presentazione della comunicazione di inizio lavori per attività in edilizia libera (CEL) e per la presentazione dell'istanza di procedura abilitativa semplificata (PAS) previste dal punto 3 dell'allegato 1 della d.g.r. 3298/2012 ed entrata in vigore delle procedure FERCEL e FERPAS per il rilascio dei titoli abilitativi per la costruzione, installazione ed esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili di cui ai punti 1.1, 3.2 e 3.4 dell'allegato 1 della d.g.r. 3298/2012" in B.U.R.L. 10 dicembre 2012, n. 50.

¹⁵⁹ D.G. Ambiente, energia e reti, d.d.s. 20 novembre 2012, n. 10484 "Approvazione della modulistica per la presentazione della comunicazione di inizio lavori per attività in edilizia libera (CEL) e per la presentazione dell'istanza di procedura abilitativa semplificata (PAS) per il rilascio dei titoli abilitativi per la costruzione, installazione ed esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili di cui ai punti 3.1 e 3.3 della d.g.r. 3298/2012" in B.U.R.L. 10 dicembre 2012, n. 50.

¹⁶⁰ D.G. Ambiente, energia e sviluppo sostenibile, d.d.s. 17 giugno 2014, n. 5220 "Approvazione dei nuovi modelli per la presentazione delle istanze di CEL e PAS per costruire, installare ed esercire gli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti energetiche rinnovabili e contestuale revoca della precedente modulistica, approvata con decreto n. 10484 del 20 novembre 2012. Introduzione delle migliori logiche, amministrative ed informatiche agli applicativi informatici FERCEL e FERPAS di cui al decreto 21 novembre 2012, n. 10545" in B.U.R.L. 24 giugno 2014, n. 26.

¹⁶¹ A questo recentissimo decreto di Regione Lombardia ha, peraltro, fatto seguito un importante intervento normativo a livello nazionale. Con l'articolo 30, comma 1, del decreto legge 91 del 2014 (decreto legge 24 giugno 2014, n. 91 "Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo

Il terzo e ultimo titolo abilitativo previsto nelle linee guida è l'autorizzazione unica. Tale procedimento riguarda gli impianti più importanti, ovvero quelli che - per potenza installata, per caratteristiche dimensionali, per collocazione... - sono maggiormente impattanti¹⁶².

Dopo aver individuato gli interventi sottoposti ad A.U., le linee guida definiscono, al paragrafo 4.1, i contenuti minimi dell'istanza autorizzatoria da presentare alla Provincia territorialmente competente; tale domanda deve corrispondere a precisi requisiti ed essere accompagnata da una corposa produzione documentale¹⁶³. Nell'ottica di uno snellimento delle procedure amministrative, Regione Lombardia, specularmente a quanto già approvato per la C.E.L. e per la P.A.S., ha adottato, con il decreto 11674 del 2013¹⁶⁴, un

sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea” in G.U. 24 giugno 2014, n. 144), è stato introdotto, dopo l'articolo 7 del decreto legislativo 28 del 2011, l'articolo 7-bis, in base al quale, a far data dal 1° ottobre 2014, si utilizzerà un modello unico per la comunicazione relativa alla realizzazione, la connessione e l'esercizio degli impianti FER, per i quali è prevista la C.E.L. Tale modello sarà approvato dal Ministero dello Sviluppo Economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed il sistema idrico (AEEG).

¹⁶² L'accurato elenco degli impianti sottoposti ad autorizzazione unica è contenuto nel paragrafo 3.5 delle linee guida rinnovabili Lombardia 2012. L'autorizzazione si applica, tra gli altri, agli Impianti fotovoltaici con moduli ubicati al suolo aventi una capacità di generazione uguale o superiore a 20 kWe, agli impianti fotovoltaici a inseguimento (con una capacità di generazione sopra i 20 kWe o sopra i 200 kWe, a seconda che siano o non siano necessarie autorizzazioni ambientali o paesaggistiche di competenza di amministrazioni diverse dal Comune) e agli impianti eolici «realizzati in edifici o impianti industriali per i quali gli interventi non alterino i volumi e le superfici delle singole unità immobiliari, non comportino modifiche delle destinazioni di uso, non riguardino le parti strutturali, non comportino aumento del numero delle unità immobiliari, non implicino incremento dei parametri urbanistici e aventi una capacità di generazione superiore a 200 kWe».

¹⁶³ Tra i documenti da produrre ci sono:

- 1) la cartografia di inquadramento territoriale dell'impianto in scala 1:10.000;
- 2) l'estratto del piano regolatore o del piano di governo del territorio e il relativo stralcio delle norme tecniche di attuazione, con l'indicazione dell'ubicazione dell'impianto;
- 3) l'estratto della mappa catastale in scala 1:2000 con le visure delle proprietà;
- 4) i disegni dei vari componenti, apparecchiature e strutture di sostegno che formano l'impianto;
- 5) la documentazione fotografica che descriva lo stato del sito prima dell'intervento;
- 6) gli schemi di connessione dell'installazione alla rete;
- 7) la relazione tecnica, sottoscritta da professionisti abilitati.

Ulteriore documentazione è richiesta in dipendenza della tipologia di impianto che si vuole installare (paragrafo 4.1 delle linee guida rinnovabili Lombardia 2012).

¹⁶⁴ D.G. Ambiente, energia e sviluppo sostenibile, d.d.s. 6 dicembre 2013, n. 11674 “Approvazione della modulistica per la presentazione della richiesta di autorizzazione unica (AU) per la costruzione, installazione ed esercizio di impianti di produzione di energia

modello per la presentazione dell'istanza di autorizzazione unica, stabilendo altresì che, a partire dal 20 gennaio 2014, la gestione amministrativa e tecnica del procedimento avvenga esclusivamente in via telematica attraverso l'applicativo FERAU¹⁶⁵.

Il procedimento di autorizzazione unica, che ricalca sostanzialmente quello previsto dalle linee guida nazionali, è descritto con dovizia di particolari al paragrafo 4.2¹⁶⁶. L'iter procedimentale prende le mosse, nei casi previsti, dalla verifica dell'assoggettabilità alla V.I.A. e dall'eventuale svolgimento della valutazione di impatto ambientale¹⁶⁷. Dopo l'espletamento di questi passaggi preliminari, è possibile avviare il procedimento di autorizzazione unica, che, nel rispetto di quanto stabilito dalla normativa nazionale, deve seguire la forma della Conferenza di Servizi (di cui alla legge 241 del 1990).

I successivi momenti procedurali seguono senza contraddizioni le disposizioni nazionali. L'amministrazione competente, se l'istanza è ritenuta procedibile, ha tempo trenta giorni dal ricevimento per convocare la Conferenza di Servizi¹⁶⁸. Nella Conferenza vengono raccolti tutti gli atti di assenso necessari per il rilascio dell'autorizzazione unica¹⁶⁹. Alla conclusione dei lavori

elettrica alimentati da fonti rinnovabili di cui al punto 3.5 della d.g.r. 3298/2012", in B.U.R.L. 17 dicembre 2013, n. 51.

¹⁶⁵ Su richiesta delle Province, la Regione ha deciso di prorogare, dal 20 gennaio al 20 febbraio 2014, l'esclusività della presentazione della domanda di A.U. e della gestione dei procedimenti di A.U. in modalità telematica. Si veda D.G. Ambiente, energia e sviluppo sostenibile, d.d.s. 17 gennaio 2014, n. 215 "Modifica del d.d.s. 6 dicembre 2013, n. 11674. Proroga dei termini di adozione della gestione amministrativa e tecnica in modalità informatizzata della procedura di autorizzazione unica (AU) per la costruzione, installazione ed esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili di cui al punto 3.5 della d.g.r. 3298/2012", in B.U.R.L. 22 gennaio 2014, n. 4.

¹⁶⁶ In ossequio alla normativa nazionale, le linee guida della Lombardia ricordano che la durata massima del procedimento di autorizzazione unica, al netto della procedura di V.I.A. è di novanta giorni.

¹⁶⁷ Le linee guida dedicano ampio spazio alla verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale (paragrafi 4.2.1 e 4.2.2) e al procedimento di V.I.A. (paragrafi 4.2.3, 4.2.4 e 4.2.5). Per avere un quadro chiaro degli impianti sottoposti alla verifica di assoggettabilità a V.I.A. e degli impianti direttamente ricadenti in V.I.A. è utile riferirsi ai già citati quadri sinottici di cui agli allegati 2.1 e seguenti.

¹⁶⁸ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, paragrafo 4.2.7, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagina 30.

¹⁶⁹ Lo svolgimento della Conferenza di Servizi e l'acquisizione dei pareri è compiutamente delineato dal paragrafo 4.2.8 delle Linee guida rinnovabili Lombardia 2012. Da notare, ai fini del non aggravio del procedimento, che le amministrazioni coinvolte e «tenute a rilasciare le valutazioni tecniche o i pareri possono chiedere integrazioni alla documentazione istruttoria una sola volta entro la conclusione dei lavori della Conferenza(...)».

della Conferenza di Servizi (e comunque non oltre il termine di 90 giorni), l'amministrazione competente emana l'autorizzazione oppure emette un provvedimento di diniego che deve indicare le motivazioni tecnico e/o amministrative. Non sono previste sanzioni specifiche in caso di mancato rispetto dei termini di conclusione del procedimento, tuttavia, le linee guida fanno salvo il diritto del privato di dimostrare il danno relativo a tale inosservanza¹⁷⁰.

Dopo aver descritto i diversi momenti del procedimento di autorizzazione unica, le linee guida (paragrafo 4.3) si occupano del coordinamento tra il medesimo procedimento di A.U. e altri procedimenti, come l'autorizzazione paesaggistica, l'A.I.A. (autorizzazione integrata ambientale) e l'autorizzazione alle emissioni all'atmosfera. L'idea centrale è quella di operare, a vantaggio delle pubbliche amministrazioni e dei privati, una definizione analitica dei rapporti tra le diverse procedure in modo da prevenire il consueto caos burocratico che insorge tra procedimenti potenzialmente confliggenti.

Le linee guida passano successivamente ad elencare gli enti con titolarità decisionale nel procedimento amministrativo (paragrafo 4.4) e a definire l'importo delle fidejussioni per la rimessa in pristino delle aree interessate (paragrafo 4.5), per poi dare contezza dei contenuti del provvedimento di autorizzazione unica. Rispetto a quest'ultimo punto, vale la pena ricordare il carattere "omnicomprensivo" della A.U.. Essa, infatti, sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, nulla osta o atto di assenso¹⁷¹ e costituisce titolo per la costruzione e l'esercizio dell'impianto, nonché dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere, valendo come variante allo strumento urbanistico¹⁷². Quanto alla durata del titolo abilitativo, il paragrafo 4.6.1 delle linee guida ricorda che l'autorizzazione unica non è soggetta a scadenza.

Oltre alla puntuale regolamentazione dei procedimenti autorizzativi, le linee guida offrono precisazioni molto rilevanti rispetto alle biomasse, le misure di compensazione e le aree non idonee per la realizzazione degli impianti.

¹⁷⁰ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, paragrafo 4.2.9, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagina 31.

¹⁷¹ L'elenco indicativo degli atti di assenso che confluiscono nel procedimento unico è riportato dall'allegato I delle linee guida.

¹⁷² Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, paragrafo 4.6, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagina 38.

Quanto al primo aspetto, si traccia una distinzione tra le diverse tipologie di biomasse (biomasse combustibili, biomasse sottoprodotti e biomasse rifiuti)¹⁷³. Oltre a fare chiarezza rispetto ad un tema trattato in modo alquanto caotico dal legislatore centrale, le indicazioni offerte dal documento sono volte al raggiungimento di importanti obiettivi, quali, ad esempio, la valorizzazione del contenuto energetico di sottoprodotti e rifiuti ricavati da alcune filiere industriali, la garanzia di tutela dell'ambiente e della salute umana in conformità con quanto previsto dalle norme in vigore¹⁷⁴.

Rispetto alle misure compensative, le linee guida regionali, tenendo in considerazione i criteri designati dall'allegato 2 delle linee guida nazionali, prevedono l'ammissibilità di compensazioni esclusivamente ambientali e non monetarie, con un costo non superiore al «3% dei proventi derivanti dalla valorizzazione dell'energia elettrica prodotta annualmente dall'impianto»¹⁷⁵. A questo proposito, si riportano alcuni possibili esempi di misure compensative, come le cinturazioni perimetrali di vegetazione per mascherare gli impianti fotovoltaici al suolo, eolici e a biomasse.

In merito alle aree non idonee alla realizzazione degli impianti, la parte V delle linee guida si limita, come detto, a fornire i criteri in base ai quali Regione Lombardia procederà, con successivo provvedimento, all'individuazione¹⁷⁶. Tra i principi enunciati vi sono, da una parte, la tutela del suolo agricolo e la difesa delle produzioni agroalimentari locali e, dall'altra, il temperamento delle esigenze di salvaguardia ambientale, paesaggistica ed artistica con le necessità imprenditoriali e produttive, anche in relazione alle specifiche caratteristiche e vocazioni del territorio. Le linee guida chiariscono inoltre che l'individuazione delle aree e dei siti non idonei non implica alcun

¹⁷³ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, parte VI, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagine 41-43.

¹⁷⁴ Sul tema si veda la presentazione della Dirigente della Struttura Ricerca e innovazione in campo energetico di Regione Lombardia Silvana Di Matteo (S. DI MATTEO, *L'autorizzazione degli impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. Le Linee Guida di Regione Lombardia*, disponibile al link: http://www.ors.regione.lombardia.it/resources/pagina/N138a321625d468c85b7/N138a321625d468c85b7/slide_Di_Matteo_presentazione_Linee_guida_FER.pdf).

¹⁷⁵ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, parte IX, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagina 49.

¹⁷⁶ Linee guida rinnovabili Lombardia 2012, parte V, in B.U.R.L. 27 aprile 2012, n. 17, pagine 39-40.

divieto preliminare, ma si configura come atto di accelerazione e semplificazione dell'iter del procedimento autorizzativo.

4. Conclusioni

Come più volte sottolineato, la questione “autorizzazioni”, con procedure amministrative spesso lente e disarmoniche tra le varie Regioni, ha rappresentato per l'Italia una delle più grosse barriere allo sviluppo delle fonti energetiche rinnovabili. Come nota il Piano d'Azione Nazionale del 2010 «*un aspetto problematico del decentramento amministrativo in materia si è rivelato il modo autonomo con cui ogni livello di governo territoriale ha dato attuazione pratica alle linee di indirizzo in tema autorizzativo stabilite dalla legislazione statale*»¹⁷⁷. Affermazione senz'altro condivisibile, senonché le scarse “linee di indirizzo” statali si sono rivelate inidonee a favorire un grado sufficiente di omogeneizzazione normativa. Le linee guida nazionali del settembre 2010 hanno, in parte, posto rimedio a questo problema, dettando un comune denominatore per le discipline regionali, che, in materia, sono sorte in modo copioso.

Regione Lombardia si è, da tempo, proposta di superare gli ostacoli (anche di carattere burocratico) per consentire di sfruttare appieno le potenzialità delle fonti rinnovabili e di centrare gli ambiziosi obiettivi contenuti nei propri strumenti di pianificazione energetica e i target fissati dal decreto “*Burden Sharing*”. La semplificazione amministrativa rappresenta il filo conduttore di due importanti iniziative regionali: le linee guida per l'autorizzazione di impianti FER del 2009 e le successive linee guida del 2012.

In particolare, con le linee guida regionali del 2009 si è cercato di dare un'incisiva risposta al ritardo nell'approvazione delle linee guida nazionale con il dichiarato intento di dotarsi di procedure semplici ed armoniche per la valorizzazione delle fonti rinnovabili e per il raggiungimento degli obiettivi comunitari. Su questa base sono state costruite anche le linee guida regionali del 2012, che chiaramente hanno dovuto rispettare le indicazioni contenute nelle linee guida nazionali (nel frattempo finalmente approvate).

Senza dubbio le nuove linee guida costituiscono un elemento di chiarezza nell'intricato panorama normativo sulle fonti energetiche rinnovabili,

¹⁷⁷ Piano di azione nazionale per le energie rinnovabili, pagina 40.

anche alla luce di alcuni provvedimenti attuativi già adottati¹⁷⁸. Rimane, tuttavia, un passaggio non secondario da affrontare, ovvero l'individuazione delle aree e dei siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti.

La decisione di riservare ad un successivo provvedimento la determinazione dei luoghi non adatti al posizionamento di impianti FER è diretta, nelle intenzioni della Giunta regionale¹⁷⁹, ad assicurare un miglior coinvolgimento degli Enti Locali e degli altri soggetti interessati. Un proposito che appare condivisibile, se non altro in considerazione delle non secondarie problematiche di "accettabilità sociale" delle infrastrutture energetiche (e non solo)¹⁸⁰. La cosiddetta "sindrome NIMBY"¹⁸¹ pare, infatti, un fenomeno molto diffuso nel comparto delle rinnovabili anche in Lombardia, traducendosi in proteste e contestazioni contro la costruzione degli impianti, i cui progetti

¹⁷⁸ Il riferimento va alla procedura informatizzata e alla modulistica per P.A.S. e C.E.L. (su cui, *supra*, paragrafo 3.2.).

¹⁷⁹ Si leggano le parole dell'Assessore all'Ambiente, Energia e Reti Marcello Raimondi del 23 aprile 2012, riprese dal sito internet della Regione Lombardia al seguente indirizzo: <http://www.regione.lombardia.it/cs/Satellite?c=News&childpagename=Regione%2FDetail&cid=1213515120984&pagename=RGNWrapper>.

¹⁸⁰ La ritardata definizione delle aree non idonee è stata, peraltro, oggetto di un'interrogazione a risposta immediata, presentata dal Consigliere Regionale Giuseppe Villani nella seduta consiliare del 5 novembre 2013.

In ogni caso, l'indicazione delle aree non idonee dovrebbe avvenire in tempi abbastanza stretti, nell'ambito del nuovo P.E.A.R..

¹⁸¹ Senza pretese di esaustività, il termine NIMBY (acronimo di *Not In My Back Yard*, traducibile con "non nel mio giardino") indica un atteggiamento di protesta da parte della collettività verso infrastrutture di pubblico interesse (centrali elettriche, discariche, termovalorizzatori) nel timore di possibili ricadute negative sul territorio circostante e sulla popolazione insediata nelle vicinanze. Non si vuole qui entrare con poche battute nell'ampio dibattito in corso sul concetto di NIMBY e sulla sua idoneità a descrivere la complessità dei fenomeni di contestazione verso le nuove installazioni. Sul tema si segnalano tra i tanti: D. VAN DER HORST, *NIMBY or not? Exploring the relevance of location and the politics of voiced opinions in renewable energy siting controversies*, in *Energy Policy*, 35/5, 2007, p. 2705 ss.; M. WOLSINK, *Wind power implementation: The nature of public attitudes: Equity and fairness instead of 'backyard motives'*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 11/6, 2007, p. 1188 ss.; P. HUBBARD, *NIMBY by another name? A reply to Wolsink*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 31/1, 2006, p. 92 ss.; G. AVALLONE, «NIMBY»: *definizione e critica di un concetto dell'analisi ambientale*, in L. STRUFFI (a cura di), *Crisi economica, crisi ambientale, nuovi modelli sociali. Atti del 7° convegno dei sociologi dell'ambiente italiani*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2011, p. 333 ss..

vengono in molti casi abbandonati¹⁸². Un migliore coinvolgimento dei cittadini, anche attraverso i propri rappresentanti istituzionali, nella fase della definizione delle aree idonee alla costruzione degli impianti FER potrebbe forse costituire un parziale antidoto all'insorgere di un sentimento di ostilità rispetto alle infrastrutture fondamentali per produrre sempre più energia pulita in Lombardia.

¹⁸² E' possibile avere un quadro completo delle contestazioni in essere grazie ai dati forniti dall'Osservatorio Nimby Forum (per informazioni sul progetto: <http://www.nimbyforum.it/>).

ABSTRACT

Stefano Fanetti - *Le fonti energetiche rinnovabili in Lombardia: tra programmazione regionale e semplificazione delle procedure amministrative*

Il presente articolo si propone di indagare sulle principali politiche e scelte normative adottate dalla Lombardia in materia di fonti rinnovabili e, in particolare, nel settore elettrico, per poter raggiungere i traguardi fissati in campo energetico ed ambientale. L'attenzione sarà principalmente focalizzata sulla programmazione energetica e sulle procedure amministrative per la costruzione e l'esercizio degli impianti a fonti energetiche rinnovabili (FER). Trattasi di due aspetti che presentano una forte interdipendenza, in quanto l'ambito autorizzativo-amministrativo costituisce, in molti casi, un elemento di complessità idoneo ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi di politica energetica che riguardano le rinnovabili.

This article aims to investigate the key policy and regulatory choices taken by Lombardy Region in the field of renewable energy sources and, in particular, in the electricity sector, in order to achieve its targets for energy and environment. The focus will be mainly on energy planning and administrative procedures for construction and operation of renewable energy systems. These two aspects have a high degree of interdependence, as the administrative procedures represent, in many cases, an element of complexity that may hinder the achievement of policy objectives concerning renewable energy.