

**COMPETENZA CONCORRENTE E FONTI SECONDARIE NEL
“GOVERNO” DELLE ENERGIE RINNOVABILI**

CESARE MAINARDIS*

Sommario

1. Introduzione. – 2. La disciplina delle fonti energetiche rinnovabili (FER), in un quadro normativo multilivello. – 3. Il concorso – non sempre riuscito – di Stato e Regioni nella regolazione di una materia concorrente: l'esempio delle FER. – 3.1. (segue) Vincoli statali e discrezionalità regionale. – 3.2. (segue) Legge, amministrazione e una autonomia non sempre ben esercitata. – 4. Norme tecniche e competenza legislativa concorrente. – 4.1. (segue) L'eccezione alla regola, anche nel settore delle FER. – 4.2. (segue) Qualche critica ad un orientamento – in apparenza – consolidato. – 5. Leale collaborazione, “*ponderazione concertata*” e fonti secondarie.

Abstract

The paper – after a brief overview of the multilevel discipline on renewable energies sources (RES) at the EU, state and regional level – explores two profiles. The first concerns the concurrence of state and regional competences, with particular reference to the localization of the RES on the territory and to the discipline of the authorization procedure. The second instead concerns the integration - by secondary state sources - of the legislative parameter with the consequent limitation of regional legislative autonomy.

Suggerimento di citazione

C. MAINARDIS, *Competenza concorrente e fonti secondarie nel “governo” delle energie rinnovabili*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Ferrara.
Contatto: cesare.mainardis@unife.it

1. Introduzione

Le fonti energetiche rinnovabili (FER) costituiscono un settore la cui rilevanza è via via cresciuta negli ultimi decenni: affermatesi inizialmente come mezzo di salvaguardia dell'ambiente in vista di un progressivo affrancamento da altre fonti inquinanti, sono divenute successivamente una componente significativa dei processi di sviluppo economico legati alla cd. green economy; sino a rappresentare oggi, nella (auspicata) ripartenza post pandemia, uno dei "pilastri" su cui intende poggiare l'ambizioso piano di rilancio dell'Unione Europea (*Next Generation EU*)¹.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano siamo di fronte ad una classica materia – o porzione di materia² – di natura concorrente ("*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*"), regolata in prima battuta da fonti sovranazionali ed intersecata da altri settori di competenza statale (la tutela dell'ambiente su tutti) e regionale (il governo del territorio, ad esempio; o la potestà primaria di tutela del paesaggio per alcune autonomie speciali)³. Il quadro normativo d'insieme è dunque complesso: per un verso, esso risente – come accennato – di significativi condizionamenti derivanti dai vincoli comunitari e, prima ancora, dagli obblighi internazionali assunti dal nostro Paese; per altro verso, tale quadro risulta conformato da due decenni di giurisprudenza

¹ Approvato dal Consiglio Europeo straordinario del 21 luglio 2020: documentazione ed informazioni aggiornate in www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-recovery-plan.

² La produzione di energia da fonti rinnovabili è infatti inquadrata, dalla prevalente giurisprudenza costituzionale, nell'ambito della materia "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" di cui all'art. 117, comma 3 Cost. (ad es, Corte cost. nn. 189/2014, 156/2016, 14/2018, 106/2020), seppure con significative interferenze e sovrapposizioni con altri settori dell'ordinamento: e, in particolare, con la competenza trasversale della "*tutela dell'ambiente*", in passato ritenuta prevalente (ad es., Corte cost. n. 166/2009), ed oggi invece ricostruita come "intrecciata" o sovrapposta alla materia dell'energia (ad es., Corte cost. n. 86, 286/2019) – profilo sul quale torneremo ampiamente nel prosieguo di questo scritto. Peraltro, per il giudice costituzionale la previsione generale ascrivita alla competenza concorrente corrisponde alla nozione di "*settore energetico*" di cui alla l. n. 239/2004, e ricomprende, in generale, la "*politica energetica nazionale*" (Corte cost. 383/2005).

³ Sulle fonti energetiche rinnovabili, nell'ampia bibliografia – limitata al post riforma costituzionale del 2001 – cfr., intanto, E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; C. BUZZACCHI (a cura di), *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Giuffrè, Milano, 2010; P. RANCI (a cura di), *Economia dell'energia*, Bologna, 2011; F. CORTESE, F. GIUNTELLA, G. POSTAL (a cura di), *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale*, Cedam, Padova, 2013; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2013, Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013; E.A. CARNEVALE, P. CARROZZA, G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, R. ORRÙ (a cura di), *Verso una Politica Energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Giuffrè, Milano, 2011; M.T. RIZZO, *La materia "energia" e la competenza legislativa stato – regioni*, ESI, Napoli, 2013; M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia. Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Giuffrè, Milano, 2014.

costituzionale che, anche dopo la riforma del Titolo V, ha continuato a rappresentare un rilevante fattore di razionalizzazione della cornice normativa di matrice tanto statale che regionale.

Premessa una ricostruzione del quadro normativo in materia di FER, all'incrocio dunque tra competenze multilivello (par. 2)⁴, questa riflessione intende affrontare due profili in particolare (peraltro, del tutto indipendenti tra loro): il primo riguarda le dinamiche Stato-Regioni nella regolazione congiunta – e non sempre riuscita, come vedremo – di un settore di competenza concorrente (par. 3); il secondo è invece inerente ad un aspetto peculiare della potestà legislativa concorrente: ovvero l'attitudine delle fonti secondarie a saldarsi con i precetti legislativi e costituire, così, parametro di legittimità per le leggi regionali (par. 4 e 5).

2. La disciplina delle fonti energetiche rinnovabili (FER), in un quadro normativo multilivello

La disciplina in materia di FER si colloca dunque all'incrocio tra competenze sovranazionali, statali e regionali. Guardando allo stato dell'arte, emerge come il legislatore statale abbia via via configurato, a partire dal 2003, un assetto regolatorio razionale ed omogeneo, le cui coordinate possono così riassumersi: un procedimento autorizzativo unico - approvato, nei suoi contenuti, in sede di Conferenza unificata - ispirato a principi di massima concentrazione e semplificazione, per la costruzione e la successiva gestione degli impianti di produzione di energia "pulita"⁵; un provvedimento autorizzativo, di spettanza

⁴ Cfr., sul punto, F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in AA.VV., *Il nuovo diritto*, cit., p. 35 ss.; L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili*, cit., p. 26 ss. A. COLAVECCHIO, *Il nuovo riparto di competenza Stato-Regioni nella materia "energia"*, in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2009, p. 6 ss.; C. BUZZACCHI, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Il prisma energia*, cit., ss.; G. DE VERGOTTINI, *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Annuario di diritto dell'energia*, cit., p. 17 e ss.; G. COZZOLINO, *Produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117.3.)*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *Le materie dell'art. 117 nella giurisprudenza costituzionale dopo il 2001*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 363.

⁵ Cfr. l'art. 12, commi 3 e 10 del d.lgs. n. 387/2003, e s.m., che rimandano per la disciplina dettagliata del procedimento a "linee guida" da approvarsi in sede di Conferenza unificata su proposta dei Ministeri competenti: poi in effetti adottate con il d.m. del M.I.S.E. 10.9.2010, *Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili* (in particolare, Allegato 1 per la disciplina del procedimento). In argomento, cfr. P. M. VIPIANA, *La disciplina delle energie rinnovabili: modelli procedurali a confronto*, in *Quad. Reg.*, 2/2011, p. 465 ss.; C. VIVIANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. e App.*, 2011, p. 775 ss. Sulle "Linee Guida" cfr., per un primo commento, L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili*, cit., p. 14 ss.; A. QUARANTA, *Le linee guida sulle energie rinnovabili e la mancanza di una programmazione energetica (parte prima) e (parte seconda)*, in *Amb. e Sviluppo*, 2011, p. 47 ss., p. 141 ss.; M. SANTINI, *Le energie rinnovabili tra qualità dell'ambiente e vincoli territoriali: le linee guida della Conferenza Unificata*, in *Urb. e app.*, 3/2011, p.283 ss.

regionale – o provinciale – capace di incidere, se necessario, anche sull’assetto pianificatorio locale nonché di apporre il vincolo preordinato all’esproprio, in ragione della pubblica utilità riconosciuta a tali impianti⁶; una disciplina relativa alla localizzazione degli impianti particolarmente articolata, e frutto - anche qui - di un procedimento collaborativo tra Stato e Regioni nella determinazione dei principi normativi, ed un successivo intervento regionale a livello amministrativo all’esito di una articolata istruttoria e a salvaguardia di interessi concorrenti⁷; svariati regimi di sostegno alla produzione di energia da FER, di spettanza statale, volti ad incentivare tale attività riducendo, in misura proporzionata, il divario di costo rispetto all’energia prodotta dalle fonti non rinnovabili⁸.

La *ratio* di questa disciplina, facilmente intuibile, è quella di assecondare la produzione di energia da fonti rinnovabili, temperando la tutela dell’ambiente con quella del paesaggio interessato dalla localizzazione degli impianti: il tutto al fine di assicurare certezza giuridica tanto agli operatori privati quanto alle P.A. chiamate al rilascio dei provvedimenti autorizzativi. Il “*principio di massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili*”, più volte affermato dalla giurisprudenza costituzionale (e dedotto dal quadro normativo sovranazionale e statale⁹) è anche funzionale al raggiungimento degli obiettivi di produzione di energia “pulita” assunti dal nostro Paese in sede europea, condividendo una politica di progressivo affrancamento dalle fonti fossili¹⁰.

⁶ Cfr. l’art. 12, commi 3 e 4 del d.lgs n. 387 cit.; in argomento, N. DURANTE, *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. Giur. dell’Edilizia*, 2-3/2011, p. 73 ss. È previsto altresì un regime autorizzativo semplificato per impianti di minore potenza, in grado di favorirne al massimo grado la realizzazione: cfr. gli artt. 6 e 6-bis del d.lgs n. 28/2011.

⁷ Cfr. l’art. 12, comma 10 del d.lgs. n. 387 cit. e l’Allegato n. 3 alle Linee Guida di cui al d.m. 10.9.2010. Per un primo commento alla normativa allora introdotta cfr. N. DURANTE, *La non idoneità delle aree e dei siti all’installazione di impianti di produzione di energia alternativa*, in *Riv. Giur. dell’Edilizia*, 5/2011, p. 227 ss.

⁸ Disciplina da ultimo prevista dal Titolo V del d.lgs. n. 28/2011, artt. 23 e ss., e normativa attuativa di rango regolamentare di cui, in particolare, ai d.m. del MISE 12.7.2012, 23.6.2016, 4.7.2019, con – in estrema sintesi – incentivi assegnati per la produzione di energia da FER: a) a cadenza periodica; b) con accesso a “sportello”, a registro oppure tramite asta, a seconda delle diverse fattispecie e con modalità che sono variate nel tempo; c) con procedure gestite, e ancor prima normate dal G.S.E. Gestore Servizi Energetici, società per azioni interamente partecipata dal Ministero dell’economia e delle finanze. Sul profilo dei meccanismi di sostegno, contemplati dalla normativa dell’UE e concretizzati dai singoli Stati, cfr. ad es. T. M. MOSCHETTA, *I regimi nazionali di sostegno all’energia prodotta da fonti rinnovabili: questioni di coerenza con i principi del mercato comune dell’Unione europea*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 2/2015, p. 103 ss.

⁹ *Ex multis*, Corte cost. nn. 224/2012, 177/2018.

¹⁰ La normativa europea (Direttiva 2009/28/CE, vigente sino al 2021; Direttiva 2001/2018/UE, per il nuovo obiettivo al 2030) assegna a ciascuno Stato membro una quota di produzione, che è una frazione del totale che si intende raggiungere, secondo il meccanismo del cd. *burden sharing* – rivolto appunto a ripartire equamente tra gli Stati il “peso” degli adempimenti necessari per conseguire un

Tale quadro normativo, come si diceva, poggia su solide fondamenta sovranazionali che, al contempo, hanno anche posto vincoli incisivi per il legislatore italiano. Innanzitutto, le stesse politiche dell'UE in questo settore risultano influenzate dal diritto internazionale e, in particolare, dal Protocollo di Kyoto (risalente al 1997), a cui è seguito l'Accordo di Parigi (2015): entrambi adottati nell'ambito della *Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici* (UNFCCC), e poi ratificati dall'UE unitamente ad oltre 190 diversi Paesi. Il Protocollo di Kyoto era volto sostanzialmente a ridurre, nei 25 anni successivi, l'emissione dei cd. gas serra, con obiettivi comuni, un'azione sinergica tra le parti contraenti e la previsione di espliciti meccanismi per "governare" i costi economici a carico di alcuni Stati¹¹; l'Accordo di Parigi, in ideale prosecuzione del primo, punta all'obiettivo di contenere il riscaldamento globale, impegnando i firmatari ad un'ulteriore riduzione dei gas nocivi, con aiuti economici per i Paesi più in difficoltà nell'adeguarsi agli impegni assunti e per quelli in via di sviluppo. Ecco dunque che, in ambito comunitario, le FER hanno rappresentato uno degli strumenti attraverso cui perseguire gli obiettivi di salvaguardia del clima, intersecando i temi del risparmio e dell'efficienza energetica; ma le fonti rinnovabili hanno costituito oggetto di regolazione da parte dell'UE anche sotto il diverso profilo della creazione di un mercato interno dell'energia, in una prospettiva liberalizzatrice e con la convinzione, a monte, del loro potenziale inerente allo sviluppo economico¹². E così, all'esito di una serie di atti di *soft law*¹³, è giunta l'adozione della Direttiva

obiettivo comune. A livello nazionale, il riparto tra Regioni è contenuto nel d.m. del M.I.S.E. 15.7.2012 con obiettivo al 2020. Per una riflessione sul meccanismo citato, vedi L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili*, cit., 10 ss.

¹¹ Sulla attuazione del protocollo di Kyoto, M. CARLI, G. CARPANI, M. CECCHETTI, T. GROPPI, A. SINISCALCHI (a cura di), *Governance ambientale e politiche normative: l'attuazione del protocollo di Kyoto*, Il Mulino, Bologna, 2008.

¹² Su questo duplice profilo cfr. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile ed energie rinnovabili*, in AA.VV., *La regolamentazione*, cit., p. 6 ss.; M. COCCONI, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in *Riv. Quad. Dir. Amb.*, 1-2/2012, p. 25 ss. Sul rapporto tra energie rinnovabili e sviluppo sostenibile cfr. M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quadr. Dir. Amb.*, 1-2/2012, p. 62 ss., per una connessione con il principio di integrazione. Il "principio dello sviluppo sostenibile" è espressamente recepito dal Codice dell'Ambiente (d.lgs n. 152/2006 e s.m.) all'art. 3-quater, a commento del quale vedi S. RIZZIERI, in L. COSTATO, F. PELLIZZER (a cura di), *Comm. Breve al Cod. dell'Ambiente*, Cedam, Padova, 2012.

Sui profili della sicurezza, della competitività in un'ottica liberalizzatrice e della sostenibilità ambientale nell'evoluzione della normativa europea, oltre agli autori citati nella nota 16, cfr. G. CERRINA FERONI, *Contesto e prospettive delle energie rinnovabili in Italia: tra diritto e politica*, in *Federalismi.it*, 13/2014, p. 1 ss.; A. TOMMASINI, *Fonti rinnovabili in funzione della "sostenibilità" (ambientale e alimentare)*, in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, L. MEZZETTI, P.L. PETRILLO (a cura di), *Ambiente, Energia Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Vol. I, Tomo I, Cesifin online, Firenze, 2016, p. 496 ss.

¹³ Riassunti, ad es., da M. RAGAZZO, *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 37 ss.

2001/77/CE¹⁴, espressamente rivolta alla promozione dell'energia elettrica prodotta da tali fonti, e contenente una serie di principi che hanno guidato una prima implementazione normativa da parte degli Stati membri: obiettivi nazionali di produzione di energia "pulita"; valutazione dei regimi nazionali di sostegno all'attività produttiva da FER; semplificazione delle procedure amministrative; equo trattamento per la connessione alla rete elettrica nazionale, queste le coordinate normative riprese e sviluppate dalla successiva Direttiva 2009/28/CE¹⁵, forte del fondamento convenzionale nel frattempo intervenuto e che vede ora, nell'art. 194 del TFUE, "lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili" come uno degli obiettivi dichiarati della "politica dell'Unione nel settore dell'energia"¹⁶.

La complessa trama normativa di matrice europea si sviluppa dunque lungo quattro direttrici: la compatibilità tra lo sviluppo delle FER e la tutela ambientale; la libertà in capo a ciascuno Stato quanto alle modalità con cui perseguire gli obiettivi di produzione¹⁷, a partire dalla scelta tra le diverse tipologie di FER; la doverosa semplificazione, a livello nazionale, dei procedimenti autorizzativi (ampiamente intesi) e dell'accesso alle reti elettriche; la previsione di

¹⁴ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio "sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità".

¹⁵ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio "sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE".

¹⁶ Benché anche prima del Trattato di Lisbona la questione energetica sia sempre stata al centro del processo di integrazione europea: sul punto M. COCCONI, *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Il Dir. dell'Econ.*, 2014, p. 137 ss. Sull'evoluzione del quadro normativo europeo, ampiamente, M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011, *passim*; M. RAGAZZO, *Le politiche*, cit., p. 37 ss.; M. COCCONI, *Poteri pubblici*, cit., in particolare il Cap. 1; più di recente, G. MARCHIANÒ, *Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni agricoli*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, 4/2020, p. 10 ss.

¹⁷ Obiettivi inizialmente fissati per il 2020, ai sensi della Direttiva 2009/28/CE, nella riduzione del 20% delle emissioni di gas serra rispetto ai livelli del 1990, nella riduzione del 20% del consumo di energia e, con riferimento alla promozione dell'energia proveniente da fonti rinnovabili, il raggiungimento di una quota pari al 20% rispetto alla quantità complessiva di energia consumata nell'Unione Europea. Le istituzioni dell'Unione europea hanno poi aggiornato tale obiettivo, elevandolo al 32% della domanda complessiva di energia entro il 2030, previsione ora tradotta nella Direttiva 2001/2018/UE - di cui si farà cenno alla nota n. 19. Gli obiettivi sono stati rispettati, sino a qui, dall'Italia, posto che già nel 2015 la produzione di energia da fonti rinnovabili ha raggiunto una penetrazione sui consumi finali lordi pari al 17,5%, superando così l'obiettivo (pari al 17%) fissato dall'UE nella tabella di marcia predisposta nel 2007, e da raggiungersi entro il 2020 per il nostro Paese. Più problematica appare oggi la situazione in vista dei futuri obiettivi da conseguire entro il 2030, come emerge anche dalla discussione parlamentare relativa al recepimento della Direttiva 2001/2018/UE cit. - attualmente in corso -, tanto da spingere il legislatore a considerare meccanismi giuridici volti a semplificare, e favorire ulteriormente la realizzazione degli impianti FER: cfr., ad es., quanto riportato a livello giornalistico da *Il Sole 24ore* del 31.10.2020, p. 5.

Molti dati utili possono essere poi reperiti nel documento che espone la Strategia Energetica Nazionale (S.E.N.), adottata dal MISE e dal MATTM con Decreto dd. 10.11.2017, in attuazione delle previsioni di cui alla Direttiva 2009/28/UE.

regimi di sostegno, al fine di incentivare la produzione di energia “pulita” (altrimenti più costosa di quella ricavata da fonti fossili), con ampia discrezionalità per i singoli Stati quanto agli strumenti prescelti purché ispirati a principi di proporzionalità¹⁸.

Gli ampi e dettagliati “*considerando*” della Direttiva 2009/28¹⁹ riassumono, da ultimo, tali criteri-guida poi tradotti nell’articolato di principio che si rivolge agli Stati membri: ecco quindi “*il maggiore ricorso all’energia da fonti rinnovabili*” come misura necessaria, tra le altre, per rispettare i parametri imposti dal Protocollo di Kyoto (considerando n. 1); garantendo peraltro, in ogni procedura autorizzativa relativa alle FER, il rispetto della normativa ambientale dell’UE all’esplicito fine di “*assicurare coerenza*” tra i due valori (considerando n. 44); l’aggancio tra una “*politica energetica sostenibile e competitiva*” e una conseguente “*crescita economica*”, avendo le FER un “*impatto positivo sullo sviluppo regionale e locale, sulle prospettive di esportazione, sulla coesione sociale e sulla creazione di posti di lavoro*” con particolare riferimento alle PMI e ai produttori indipendenti (considerando nn. 3 e 4); la determinazione dei meccanismi con cui individuare, nell’ambito dell’UE e in capo a ciascuno Stato, l’obiettivo di produzione da FER entro il 2020, anche al fine di “*creare certezza per gli investitori nonché stimolare lo sviluppo costante di tecnologie*” (considerando n. 9 e ss.); la necessità di “*un corretto funzionamento dei regimi di sostegno nazionali*” non solo per assicurare, e di nuovo, la “*fiducia degli investitori*” ma anche per perseguire gli obiettivi di produzione minima (considerando n. 25); la previsione a livello nazionale di una procedura autorizzativa, comunque denominata, “*obiettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata*”

¹⁸ Sulle misure di sostegno alla produzione di energia da FER, cfr. G. MARCHIANÒ, *Regolazione*, cit., p. 15 ss. La Corte di Giustizia ha finora considerato compatibili con i principi del mercato comune e della libera concorrenza le misure di sostegno alle energie rinnovabili in ragione degli obiettivi di tutela ambientale: cfr., sul punto, la Comunicazione della Commissione, *Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell’ambiente e dell’energia 2014-2020*, 2014/C, in G.U.U.E. dd. 28.6.2014. Sulla compatibilità dei regimi di sostegno nazionali alla produzione di energia rinnovabile con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato, cfr. ancora T. M. MOSCHETTA, *I regimi nazionali*, cit., p. 103 ss. Vedi anche, sul punto, L. SALVINI, *Le politiche pubbliche finanziarie e fiscali per lo sviluppo delle reti di energia*, in AA.VV., *Annuario*, cit., p. 77 ss.

¹⁹ In argomento, ad es., F. GUELLA, *Modelli di disciplina delle energie rinnovabili a livello sovranazionale*, in AA.VV., *La regolamentazione*, cit., p. 39 e ss. Ricordiamo poi che la Direttiva 2009/28/CE verrà abrogata con effetto dal 1 luglio 2021, essendo gli Stati membri tenuti a recepire, entro il giorno prima, le nuove prescrizioni contenute nella Direttiva 2018/2001/UE, *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla promozione dell’uso di energia da fonti rinnovabili (rifusione)*, pubblicata in G.U.U.E. il 21 dicembre 2018, che individua al 2030 gli obiettivi vincolanti che l’UE pone in capo ai singoli Paesi nell’ambito di un quadro comune per la promozione di energia da FER. A commento della nuova direttiva, ed anche per un suo inquadramento nel contesto del cd. *Winter package* (composto da altri otto atti normativi dell’UE, in materia – tra l’altro - di efficienza e rendimento energetico) cfr. R. MICCÙ – M. BERNARDI, *Sostenibilità ambientale, energie rinnovabili ed efficientamento*, in *Riv. Giur. AmbienteDiritto.it*, 4/2019, p. 113 ss.

(considerando n. 40), caratteri parimenti ripetuti per marcare la previsione dei costi di connessione alla rete elettrica da parte dei produttori da FER (considerando n. 62).

Il legislatore nazionale ha recepito esattamente tali principi, come si evince dalla succinta schematizzazione esposta in apertura di questo paragrafo: dapprima con il d.lgs n. 387/2003²⁰, dando attuazione alla prima Direttiva 2001/77, è stata introdotta una articolata disposizione normativa (l'art. 12) che rappresenta il vero e proprio baricentro nella disciplina della localizzazione e della autorizzazione alla realizzazione di impianti FER, bilanciando opposti e concorrenti interessi²¹ – disciplina ulteriormente specificata dalle successive Linee Guida, approvate in sede di Conferenza Unificata con la forma del Decreto ministeriale ed espressione del concorso collaborativo tra Stato e autonomie territoriali. In seconda battuta, e in attuazione della Direttiva n. 2009/28, è stato poi emanato il d.lgs n. 28/2011, rivolto ad introdurre ulteriori semplificazioni procedurali e, soprattutto, una rinnovata disciplina generale dei regimi di sostegno alla produzione di energia da FER, la cui applicazione è ancora in corso²².

Ma la ricostruzione di tale quadro normativo sarebbe del tutto incompleta senza fare riferimento all'intervento, a valle, da parte della giurisprudenza costituzionale che, in quasi due decenni, ha contribuito – come vedremo - a puntellare le scelte del legislatore statale: cassando soprattutto i frequenti tentativi regionali di differenziare oltre misura il quadro regolatorio in materia di fonti rinnovabili. Ed è proprio da questo aspetto che merita partire per affrontare il primo spunto di riflessione, relativo alle dinamiche Stato–Regioni nella regolazione di materie – o porzioni di materia – di competenza concorrente, riflesso di interessi a cavallo tra centro e territori.

3. Il concorso – non sempre riuscito – di Stato e Regioni nella regolazione di una materia concorrente: l'esempio delle FER

Come si accennava in chiusura del precedente paragrafo, ben può dirsi come una copiosa ed uniforme giurisprudenza costituzionale abbia senz'altro contribuito a razionalizzare il riparto di competenze Stato-Regioni e, in definitiva, la

²⁰ D.lgs. 29.12.2003, n. 387, *Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità*.

²¹ Come affermato più volte dalla giurisprudenza costituzionale: *ex multis*, Corte cost. 14/2018 (e precedenti ivi richiamati), che riconosce nella “ponderazione concertata”, imposta dal comma 10 dell'art. 12 cit., la chiave di volta nel governo dei contrapposti interessi che insistono nella materia – torneremo su questo profilo nei par. 3 e 5.

²² A commento delle semplificazioni introdotte dal d.lgs n. 28/2011, *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*, cfr. in particolare M. COCCONI, *Promozione*, cit., p. 33 ss.

disciplina stessa della materia. E ciò, in particolare, sotto due profili: in primo luogo, riconoscendo nell'art. 12 del d.lgs n. 387/2003, e nei principi da esso espressi, il "punto di equilibrio" nel bilanciamento tra opposti interessi e, di conseguenza, tra competenze statali e regionali inevitabilmente sovrapposte²³; in secondo luogo, dando vita ad un orientamento assai coerente nel difendere le esigenze di una regolazione omogenea sull'intero territorio nazionale, annullando sistematicamente normative regionali che pretendano di introdurre regole divergenti – in larghissima parte maggiormente restrittive quanto alla possibilità di realizzare impianti FER sul territorio, e di conseguenza penalizzanti per la produzione di energia da fonti rinnovabili²⁴.

I precedenti sono numerosi, e testimoniano la caparbia volontà (di almeno la metà) dei legislatori regionali di derogare al quadro normativo dettato a livello statale: tentativo che appare due volte forzato, sia nei contenuti (e lo dimostrano le decisioni di annullamento del giudice costituzionale), sia nel metodo (e sul punto ritorneremo). Tali "strappi" rispetto alle norme statali di principio trovano declinazione in un nutrito catalogo di disposizioni regionali, puntualmente censurate dalla Corte costituzionale: ecco dunque l'introduzione, prima dell'adozione delle Linee Guida del 2010, di divieti alla localizzazione degli impianti in assenza di una cornice unitaria, voluta dal legislatore in nome del principio di leale collaborazione²⁵; l'imposizione di moratorie, variamente motivate, nel rilascio dei titoli autorizzativi²⁶; i divieti generali ed indiscriminati, sull'intero territorio regionale, alla localizzazione di impianti FER²⁷;

²³ *Ex multis*, Corte cost. nn. 124/2010, 192/2011, 224/2012, 307/2013, a commento della quale cfr. A. MOSCARINI, *Linee guida statali e legislazione concorrente*, *Giur. cost.*, 2013, p. 4922 ss., 14/2018. Sul punto vedi, ad es., M. DE LUCIA, *La localizzazione degli impianti da fonti di energia rinnovabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 637 ss. e 641.

²⁴ Per un raro esempio contrario cfr. ad es. C. Cost. n. 366/2010 (a commento della quale vedi A. COLAVECCHIO, *Il "punto" sulla giurisprudenza costituzionale in tema di impianti da fonti rinnovabili (note a margine della sentenza n. 366 del 2010)*, in *Riv. Quad. di Dir. dell'Amb.*, 2011, p. 106 ss.) che censura un tentativo regionale di sottrarre al procedimento di A.U. determinate fattispecie di impianti, in un'ottica dunque di maggiore semplificazione.

²⁵ Corte cost. nn. 166/2009 (punto n. 6 - Regione Basilicata), a commento della quale vedi L. BITTO, *La Corte boccia le restrizioni regionali alla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2009; 282/2009 (punto n. 4 - Regione Molise); 119/2010 (punto n. 3 - Regione Puglia); 168/2010 (punto n. 4 - Regione Valle d'Aosta); 44/2011 (punto n. 5 - Regione Campania). Su questo profilo cfr., ad es., M. COCCONI, *Promozione*, cit., p. 36 ss.

²⁶ Corte cost. nn. 364/2006 (punto n. 3 - Regione Puglia); 282/2009 (punto n. 6 - Regione Molise); 168/2010 (punto n. 5 - Valle d'Aosta); 192/2011 (punto n. 2 - Regione Piemonte); 308/2011 (punto n. 3 - Regione Molise); 85/2012 (punto n. 3 - Regione Veneto); 177/2018 (punto n. 4 - Regione Campania); 106/2020 (punto n. 5.1. - Regione Basilicata).

²⁷ Corte cost. nn. 124/2010 (punto n. 7 - Regione Calabria); 308 /2011 (punto n. 3 - Regione Molise); 224/2012 (punto n. 4 - Regione Sardegna); 13/2014 (punto n. 3 - Regione Campania), a commento della quale vedi S. SILVERIO, *Sui limiti alla potestà legislativa regionale in materia di "localizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile"*, *Forum di Quad. cost.*, 2014; 166/2014, a commento della quale vedi C. BATTIATO, *Regioni ed energie rinnovabili: ancora una volta la scure della*

l'individuazione puntuale di aree non idonee in assenza, però, di adeguata attività istruttoria²⁸; i limiti quantitativi alla produzione di energia "pulita"²⁹; le indebite restrizioni nell'accesso alle procedure autorizzative semplificate, per impianti di taglia minore³⁰; gli esborsi monetari come condizione per il conseguimento dei titoli autorizzativi³¹; la necessità di acquisire pareri vincolanti per il rilascio dell'autorizzazione unica³²; le restrizioni al principio del libero mercato concorrenziale in materia di produzione di energia³³, e in particolare la previsione di limiti ingiustificati all'attività imprenditoriale in questo settore³⁴; la creazione di nuove competenze autorizzatorie in capo ai Comuni³⁵; svariati aggravamenti procedurali e, più in generale, deviazioni illegittime rispetto agli schemi procedurali definiti dalle fonti statali – con modalità però collaborative³⁶.

Anche nei confronti delle Autonomie speciali la giurisprudenza costituzionale ha ribadito con fermezza il vincolo dei principi dettati dalla legislazione statale. Le maggiori competenze legislative, soprattutto rivolte alla tutela del

Corte costituzionale si abbatte su norme regionali relative alla localizzazione di impianti di energia da fonti rinnovabili, in www.giurcost.org; 69/2018 (punto n. 5 – Regione Veneto); 86/2019 (punto n. 3.1.2 – Regione Basilicata); 148/2019 (punto n. 6 – Regione Friuli Venezia Giulia); 286/2019 (punto n. 3.1.1. - Regione Basilicata); 106/2020 (punto n. 2 – Regione Basilicata).

Il profilo è stato fatto valere anche dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento a divieti introdotti dagli Enti Locali: cfr., seppure in relazione a diverse fattispecie, e con varietà di accenti, TAR Marche, 24.2.2012, n. 142; TAR Toscana, 7.4.2011, n. 629; 11.10.2011, n. 1473; TAR Puglia – Lecce, 29.6.2011, n. 1218; 14.12.2011, n. 2156; 12.7.2012, n. 1270; TAR Campania - Napoli, 15.1.2010, n. 157; TAR Lazio – Latina, 22.12.2009, n. 1345; TAR Piemonte, 15.2.2012, n. 237; Cons. Stato, sez. IV, 27.4.2012, n. 2473; TAR Molise, 23.6.2016, n. 281; Tar Campania – Napoli, 6.9.2013, n. 4192; Cons. Stato, sez. IV, 27.9.2018 n. 5564; Tar Sardegna, 21.4.2017, n. 271.

²⁸ Corte cost. nn. 86/2019 (punto n. 2.8.2. – Regione Basilicata), a commento della quale vedi C. PELLEGRINO, *Ambiente ed Energia: la Corte costituzionale conferma i suoi orientamenti e il suo ruolo di supplezza ermeneutica*, *Le Regioni*, 2019, p. 843 ss.; 286/2019 (punto n. 7.2. - Regione Basilicata).

²⁹ Corte cost. n. 124/2010 (punto n. 3 – Regione Calabria).

³⁰ Corte cost. nn. 99/2012 (punto n. 3 – Regione Sardegna); 86/2019 (punto n. 3.2.2. – Regione Basilicata).

³¹ Corte cost. nn. 282/2009 (punto n. 7 – Regione Molise); 124 /2010 (punto n. 9 – Regione Calabria).

³² Corte cost. nn. 124/2010 (punto n. 8 – Regione Calabria); 189/2014 (punto n. 3 – Regione Basilicata).

³³ Corte cost. nn. 124/2010 (punto n. 4 – Regione Calabria); 310/2011 (punto n. 8.1. - Regione Calabria).

³⁴ Corte cost. nn. 124/2010 (punto n. 2.2. – Regione Calabria); 86/2019 (punto n. 3.4.2. - Regione Basilicata).

³⁵ Corte cost. n. 194/2010 (punto n. 2 - Regione Molise).

³⁶ Corte cost. nn. 119/2010 (punto n. 4 - Regione Puglia), a commento della quale vedi 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*, *Rivista AIC*, 4/2010; 124/2010 (punto n. 6 – Regione Calabria); 267/2016 (punto n. 4.1. – Regione Puglia) 69/2018 (punto 11 – Regione Veneto); 286/2019 (punto n. 3.2. - Regione Basilicata); 106/2020 (punto n. 3 – Regione Basilicata).

paesaggio, possono consentire una regolazione parzialmente diversa della materia³⁷ ma nel rispetto di coordinate normative ritenute inderogabili sull'intero territorio nazionale: viene dunque riaffermato, in linea generale, il principio di massima diffusione delle fonti rinnovabili come criterio ispiratore di ogni normazione di dettaglio; e, più in particolare, il necessario rispetto del rapporto regola-eccezione tra aree idonee ed inidonee ad ospitare impianti FER, con congrui oneri di motivazione per le decisioni restrittive – coordinate normative, quelle ora enunciate, che divengono dunque parametro di legittimità delle disposizioni legislative introdotte dalle Autonomie speciali³⁸.

Se questo è il quadro di insieme, ben può dirsi come, nella materia in esame, vi sarebbero oramai tutte le condizioni per una regolazione concorrente tra Stato e Regioni in un quadro di accettabile stabilità e chiarezza: quadro fornito dalla cornice normativa statale, consolidata nell'ordinamento da oltre un decennio, espressione di principi sovranazionali di matrice soprattutto europea; ma anche da una giurisprudenza costituzionale granitica nel bocciare previsioni locali che, con forme diverse, tentino di rallentare, “complicare” o disincentivare l'attività di produzione di energia da fonti rinnovabili. A fronte di ciò possono quasi sorprendere i reiterati tentativi regionali, anche recenti, di aggirare le disposizioni di principio, unificanti a livello nazionale: ma la circostanza, invero, porta semmai a qualche riflessione ulteriore.

3.1 (segue) Vincoli statali e discrezionalità regionale

La disciplina sovranazionale prima, e nazionale poi ha dunque delineato un quadro di regole orientate ad un dichiarato *favor* per la produzione di energia “pulita” e, di conseguenza, per la realizzazione degli impianti FER che ne rappresentano l'ovvio presupposto. Il “*principio di massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili*”, più volte riconosciuto dallo stesso giudice costituzionale, ha trovato concretezza nella trama normativa dell'ordinamento: per un verso, scontando un doveroso e ragionevole bilanciamento con la tutela del paesaggio; per altro verso, creando gli strumenti per superare le logiche

³⁷ Nei termini, in particolare, di cui alla sent. della Corte cost. n. 275/2011 riferita alle Province di Trento e Bolzano, in accoglimento dei relativi ricorsi.

³⁸ Corte cost. n. 224/2012; vedi anche n. 275/2012, sulla “*valenza estesa all'intero territorio nazionale, senza eccezioni*” del regime della autorizzazione unica, per soddisfare una “*esigenza di unitarietà e non frazionabilità della funzione regolatoria*”. Sul bilanciamento operato dalla Corte costituzionale tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili (e connessa tutela dell'ambiente), con compressione delle competenze delle Autonomie Speciali, considerazioni critiche in P. MASALA, *Energie rinnovabili e tutela del paesaggio in Italia fra Stato e Regioni: il caso Sardegna*, in AA.VV., *Ambiente*, cit., p. 241 ss. Sulla contrapposizione e sul necessario contemperamento tra valore dell'ambiente – connesso allo sfruttamento delle FER – e del paesaggio, cfr. L. DI GIOVANNI, *Tutela dell'ambiente e del paesaggio: profili critici e aspetti controversi*, in AA.VV. *Ambiente*, cit., p. 373 ss.; prima ancora, L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili*, cit., p. 33; L. FERRARO, *Costituzione, tutela del paesaggio e fonti di energia rinnovabili*, *Forum di Quad. Cost.*, 2012.

localistiche del N.I.M.B.Y.³⁹ e assicurare, per quanto possibile, speditezza e semplificazione nei procedimenti amministrativi; infine, attraverso una politica di incentivazione economica alla produzione di energia da fonti rinnovabili. Le Regioni, in questo scenario, si sono viste imporre la logica unificante della normativa di principio statale, con cui fanno corpo numerose previsioni di dettaglio: seppure quindi in una materia concorrente, la competenza legislativa regionale è parsa comprimersi ai minimi livelli non potendo discostarsi, nella sostanza, da moduli procedurali minuziosamente definiti e atti amministrativi già tipizzati a livello statale⁴⁰.

Il quadro però, ad una analisi attenta, si presenta più articolato.

È indubbio che, nella disciplina della produzione di energia da fonti rinnovabili, un profilo di particolare rilievo sia quello inerente alla localizzazione dei relativi impianti. Si tratta di un aspetto che non attiene solamente alla tutela del paesaggio e al governo del territorio: poiché ampliare o restringere le aree destinate ad ospitare gli impianti FER significa innanzitutto favorirne o meno, in assoluto, la diffusione in un determinato territorio; ma significa anche selezionare tra le diverse tipologie di fonti ed i relativi impianti, dando loro maggiore o minore impulso – compatibilmente, come ovvio, con le caratteristiche geografiche del territorio. Ebbene, e sotto questo profilo, è vero che la normativa statale pare consegnare alle Regioni un quadro regolatorio assai definito, con una disciplina piuttosto analitica nel guidare l'azione regionale: tuttavia, l'apparenza inganna.

Lo schema normativo costruito dal legislatore statale, e avallato dalla Corte costituzionale, prevede che le Regioni, con un atto amministrativo generale e all'esito di una opportuna istruttoria, provvedano ad individuare le aree del proprio territorio sulle quali vietare la localizzazione di impianti FER. In linea generale, l'attività regionale è guidata dal principio regola (aree idonee) – eccezione (aree inidonee); gli eventuali divieti debbono essere congruamente motivati e basati su criteri tecnici oggettivi, posti dalla normativa statale, sia con riferimento alle aree interessate che alle fonti rinnovabili interdette; infine, le previsioni regionali devono essere congruenti con il raggiungimento della quota minima di produzione di energia “pulita” assegnata dallo Stato, in adempimento degli obblighi assunti in sede sovranazionale.

³⁹ Noto acronimo (*not in my backyard*), a riassumere le opposizioni localistiche alla realizzazione di opere pubbliche o – come nel nostro caso – di pubblica utilità: cfr. ad es. G. CERRINA FERONI, *Contesto e prospettive*, cit., 14 ss.; M. DE LUCIA, *La localizzazione*, cit., p. 639 ss.

⁴⁰ Tra i tanti, su questi profili, vedi ad es., L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili*, cit., p. 31; C. TOSOLINI, *Regioni ordinarie ed energia elettrica: il ruolo della legislazione*, in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, cit., p. 126 ss.

Entro questa cornice⁴¹, tuttavia, i margini d'azione per ciascuna singola Regione sono relevantissimi: innanzitutto, i divieti introdotti in questa sede possono sommarsi a quelli previsti nell'esercizio di altri poteri regionali di pianificazione ambientale, territoriale e paesaggistica, che rimangono pienamente validi⁴²; in secondo luogo, la normativa statale individua un lungo elenco di zone, variamente tutelate a livello di normativa ambientale, paesaggistica, idrogeologica, agroalimentare, che si presumono inidonee ad ospitare impianti FER: e possono dunque essere selezionate a tal fine dalla Regione; da ultimo, al di fuori di queste fattispecie tipizzate, i parametri a cui rapportare la valutazione di non idoneità si presentano come particolarmente ampi (tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico-artistico-culturale), se non generici (elevata concentrazione di impianti nella medesima zona; semplici "interazioni" con altri piani, progetti e programmi): configurando dunque scelte amministrative connotate, per un verso, dalla loro natura tecnica; per altro verso, vicine perfino al merito; per altro verso ancora, e nella più stringente delle ipotesi, collegate a previsioni pianificatorie e programmatiche ed espressione, dunque, di una discrezionalità molto estesa ed assai difficilmente sindacabile in sede giurisdizionale⁴³. Insomma, le Regioni si vedono assegnare dallo Stato un potere amministrativo ampio, e significativo negli effetti⁴⁴: poiché, salvo il rispetto della quota minima di produzione, ciascuna Regione può regolare la presenza di impianti FER, differenziando anche tra le diverse tipologie ed attuando dunque, sotto questo profilo, un incisivo governo del proprio territorio a tutela del paesaggio, dell'ambiente e di altri interessi potenzialmente antagonisti⁴⁵.

⁴¹ Delineata dal combinato disposto del paragrafo 17 e dell'Allegato n. 3 delle Linee Guida di cui al d.m. 10.9.2010 - sui quali peraltro torneremo, con ancora maggior dettaglio, al successivo par. n. 4.

⁴² Cfr. ad es. TAR Puglia - Bari, 6.6.2019, n. 819, con riferimento al Piano Paesaggistico Regionale.

⁴³ Lo conferma la giurisprudenza che si è occupata del profilo in esame, ovvero della disciplina contenuta nel Par. 17 e nell'Allegato 3 delle Linee Guida di cui al d.m. 10.9.2010: laddove si rimarca come il potere esercitato dalla Regione, similmente all'attività pianificatoria, "*si caratterizza per l'analoga ampiezza della discrezionalità amministrativa e tecnica esercitabile dall'Amministrazione, all'interno di un composito quadro di interessi pubblici e privati che devono essere contemperati (cfr. T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 03 maggio 2013, n. 676)*"; analogamente TAR Sardegna, 1.8.2014 n. 695 che parla di "*ampia discrezionalità insindacabile nel merito*" se non "*quando non emergano indici di manifesta illogicità, irrazionalità o sproporzione*"; cfr. anche TAR Puglia - Bari, sentt. nn. 675 e 677/2013. Per un esempio concreto di esercizio della discrezionalità regionale nel solco delle Linee Guida cfr. TAR Campania - Napoli, 18.10.2017, n. 4878; vedi anche, sul punto, la recente TAR Abruzzo, 19.10.2020, n. 363, che ribadisce l'illegittimità di divieti aprioristici e preventivi da parte regionale, ma riserva all'esito della Conferenza di servizi la possibilità di valutare il corretto inserimento dell'impianto nel territorio alla luce dei molteplici parametri indicati dalle Linee Guida.

⁴⁴ *Contra*, G. MASALA, *Energie*, cit., p. 251.

⁴⁵ Va ricordato come la C.G.U.E. abbia riconosciuto come legittima la limitazione alla localizzazione di impianti FER in aree oggetto di specifica protezione ambientale anche alla luce di prescrizioni dell'UE - recepite proprio dal par. 17 delle Linee Guida: cfr. C.G.U.E., sent. 21.7.2011, C-2/10, a commento della quale vedi G. LIGUGNANA, *Corte di giustizia, interessi ambientali e principio di proporzionalità*. Considerazioni a margine della sent. 21 luglio 2011, C-2/10, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*,

3.2 (segue) Legge, amministrazione e una autonomia non sempre ben esercitata

Tale schema normativo merita di essere difeso⁴⁶: i principi unificanti a livello statale assicurano – o dovrebbero assicurare – regole procedurali comuni sull'intero territorio nazionale e un punto di mediazione tra interessi contrapposti, a tutela di esigenze unitarie (perseguite, oltretutto, come meglio diremo in seguito, con modalità collaborative tra potere centrale e territori); le Regioni riacquistano però rilevanti margini di autonomia, non solo e non tanto nella fase autorizzativa di ciascun impianto, bensì a monte: potendo “governare” la localizzazione degli impianti sul proprio territorio, secondo direttrici di matrice statale ma con esercizio – come si è visto - di una amplissima discrezionalità. Il rispetto delle quote di produzione anche in ambito regionale condiziona poi l'esercizio del potere interdittivo delle Autonomie territoriali, chiamate a “selezionare” piuttosto che a vietare⁴⁷. In conclusione, è vero che l'autonomia non trova qui efficace concretizzazione a livello legislativo, bensì a livello amministrativo: ma nell'ambito di scelte comunque connotate da un elevato tasso di “politicità”⁴⁸.

Ciò detto, può sorprendere che, a distanza oramai di un decennio, diverse Regioni abbiano esercitato solo parzialmente (o per nulla) i poteri pianificatori e programmatori loro assegnati⁴⁹; oppure (o in aggiunta, ma poco cambia)

2011, p. 1264 ss.

⁴⁶ A fronte, invece, di orientamenti tendenzialmente uniformi nel criticare sia l'eccessiva frammentazione di competenze tra centro e territori: cfr. ad es., M. COCCONI, *Promozione*, cit. p. 39 ss.; sia, a monte, lo stesso riparto di potestà legislative sulla base del modello concorrente, F. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili*, cit., p. 26 ss., A. MOSCARINI, *Linee guida statali*, cit., p. 4924 ss.; sia, a valle, i risultati tendenzialmente penalizzanti per le autonomie territoriali: cfr., ad es., S. PARISI, *Questioni di legittimità su leggi abrogate e principi fondamentali comunitariamente “vincolati”: ma i diritti dove sono? Quad. Cost.*, 2014, p. 912 ss., 913 in particolare; G. MAANFREDI, *I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, *Giustamm.it*, 6/2015, p. 4 ss.

⁴⁷ Anche per superare le logiche localistiche del N.I.M.B.Y. a cui si faceva riferimento in precedenza, nota n. 39.

⁴⁸ Come rileva anche la giurisprudenza: cfr. ad es. la già citata TAR Puglia - Bari n. 677/2013, per cui “I criteri dettati dal decreto ministeriale, benché dotati di indubbia forza vincolante nei confronti delle Regioni, non possono tuttavia comprimere l'ampia discrezionalità che inevitabilmente caratterizza l'attività regionale di classificazione delle aree non idonee, dove confluiscono e si intrecciano valutazioni complesse di tipo ambientale, urbanistico, socio-economico di cui gli organi regionali competenti rispondono, in primo luogo, sul piano politico-amministrativo”.

⁴⁹ Il panorama è invero variegato, come si evince dal rapporto sulla *Regolazione regionale della generazione elettrica da fonti rinnovabili*, aggiornato al 31.12.2018, elaborato dal G.S.E. Gestore servizi Energetici S.p.a. nell'ambito delle attività di informazione previste dall'art. 14 del d.lgs. 28/2011 (e reperibile sul sito della predetta amministrazione): fatti salvi eventuali provvedimenti sopravvenuti, vi sono quattro Regioni che non hanno provveduto in assoluto a definire zone non idonee (Lombardia, Friuli Venezia Giulia, Lazio e Campania) e solo tre, all'opposto, quelle che le hanno individuate per tutti i tipi di impianti (Basilicata, Molise ed Umbria); negli altri casi le Regioni hanno adottato divieti

preferiscano la strada dello “strappo” legislativo per tentare di limitare la realizzazione di impianti FER, invece di incanalare le proprie decisioni all’interno di uno schema decisionale riconosciuto dalla Corte costituzionale come legittimo. Tentativi, come visto, illegittimi nel merito; ma, aggiungiamo ora, anche sbagliati nel metodo: la via legislativa ed “occasionale”, infatti, rappresenta un palese aggiramento del modello disegnato dalla normativa statale, a discapito di interessi giuridicamente rilevanti⁵⁰. La forma amministrativa dell’atto, da adottare all’esito di opportuna istruttoria unitamente all’obbligo di motivare i divieti introdotti rappresentano infatti garanzia non solo, e a monte, di partecipazione degli interessati in sede procedimentale; ma soprattutto, a valle, di controllo giurisdizionale diretto sull’attività regionale, laddove gli interessi degli operatori economici privati (certezza del diritto, legittimità dei provvedimenti adottati) si saldano con l’interesse pubblico alla massima diffusione delle fonti rinnovabili, in equilibrato bilanciamento con la tutela del paesaggio⁵¹.

In realtà non è necessario scomodare raffinate analisi sul funzionamento delle istituzioni politiche per intuire almeno alcune delle ragioni di una siffatta condotta da parte di diverse Regioni⁵². La scelta dello strumento legislativo esente, in primo luogo, da oneri di motivazione a fondamento dei divieti introdotti; in secondo luogo, e prima ancora, sgrava da quella approfondita

limitati ad una o più tipologie di fonte rinnovabile (cfr., in dettaglio, il *Rapporto* cit., pag. 47, tabella n. 13). Va anche precisato che nelle singole Regioni vi sono poi le limitazioni contenute in altri atti, piani e programmi – in linea peraltro con il Par. 17 e l’Allegato n. 3 delle Linee Guida –, che il *Rapporto* cit. richiama nell’analisi delle singole FER (63 ss., 89 ss., 100 ss., 118 ss., 132 ss.).

⁵⁰ “La soluzione legislativa adottata dalla Regione, nello stabilire in via generale, senza istruttoria e valutazione in concreto dei luoghi in sede procedimentale, distanze minime per la collocazione degli impianti non previste dalla disciplina statale, non garantisce il rispetto di questi principi fondamentali e non permette un’adeguata tutela dei molteplici e rilevanti interessi coinvolti” (*Corte cost.* 69/2018), così, ad es., Corte cost. n. 177/2018, punto n. 6.2.

⁵¹ Sulle “virtù costituzionali del procedimento” (amministrativo) cfr. le osservazioni di F. CORTESE, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Reg.*, p. 759 ss., a commento della sent. 69/2018, dove si legge appunto, con espresso collegamento con i principi dell’art. 97 Cost., che “Il principio di derivazione comunitaria della massima diffusione degli impianti di energia a fonte rinnovabile può trovare eccezione in presenza di esigenze di tutela della salute, paesaggistico-ambientale e dell’assetto urbanistico del territorio ... ma la compresenza dei diversi interessi coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti, ha come luogo elettivo di composizione il procedimento amministrativo, come previsto al paragrafo 17.1. dalle Linee guida ... È nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l’interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l’emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all’art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (...): efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. ...”.

⁵² Ben dieci su ventidue (contando anche le due Province autonome di Bolzano e di Trento, dotate di potestà legislativa), come si evince – salvo errore, ma in difetto - dai precedenti citati nelle note nn. 25 e ss.

istruttoria che dovrebbe costituire il presupposto per la decisione assunta in via amministrativa; in terzo luogo, consente alla maggioranza consiliare di intestarsi politicamente una determinata decisione, avvertita come premiante nei confronti del proprio elettorato o dell'opinione pubblica; in quarto luogo, divieti puntuali, circoscritti su determinate fattispecie e avulsi da una programmazione generale soddisfano in maniera più efficace interessi "diretti" di una parte dell'elettorato; in quinto luogo, così operando si rende difficoltosa la tutela giurisdizionale in capo ai soggetti privati interessati, che debbono sperare in un'impugnativa diretta della legge regionale da parte dello Stato, oppure impegnarsi nella lunga battaglia della via incidentale partendo da un atto applicativo; in sesto luogo, e come conseguenza del punto precedente, si ottiene comunque l'effetto (male che vada) di disincentivare iniziative imprenditoriali altrimenti legittime, scoraggiate di fronte alla prospettiva (bene che vada) di un lungo contenzioso, o comunque congelate in attesa della pronuncia del giudice costituzionale.

Se, dunque, il settore delle fonti energetiche rinnovabili è rilevante (sotto svariati profili) nel contesto complessivo dell'ordinamento; e se il governo di tale materia è stato, in astratto, costruito su di un ragionevole concorso delle competenze statali e regionali⁵³: vero tutto ciò, è però in concreto che le condotte di alcune Regioni paiono compromettere quel quadro normativo, oltretutto violando il patto collaborativo che ha siglato l'approvazione delle Linee Guida (e le scelte in esse contenute) in sede di Conferenza Unificata.

Può essere vero, in generale, che in svariati settori dell'ordinamento la logica unificante della legislazione statale abbia compresso in misura significativa l'autonomia regionale, il tutto con l'avvallo della giurisprudenza costituzionale⁵⁴. È altrettanto vero però che, soprattutto partendo dall'analisi delle discipline speciali di settore, capita di constatare come siano le Regioni ad avere ottenuto rilevanti margini di autonomia, "negoziandone" con lo Stato le

⁵³ Tenendo conto che la materia si presenta esemplare nel contrapporre istanze unitarie (obiettivi di politica energetica nazionale, anche in adempimento di impegni assunti in sede europea e internazionale) e territoriali (localizzazione degli impianti), con la necessità di bilanciare interessi divergenti di natura appunto ambientale ma anche politico-economica (associazioni ambientaliste vs produttori di energia, ad esempio): sul punto, G. CERRINA FERONI, *Contesto e prospettive*, cit., p. 6 ss.

⁵⁴ Si pensi, solo per fare un esempio, al criterio di matrice giurisprudenziale della "prevalenza", al fine di individuare la materia a cui ascrivere un determinato provvedimento legislativo, e alla sua applicazione penalizzante per l'autonomia regionale: F. BENELLI, R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Regioni*, 2009, p. 1185 ss.; di recente, anche su questo profilo, S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Diritti regionali*, 3/2020, p. 215 ss.; o all'istituto della chiamata in sussidiarietà, e alle divergenze - limitative della autonomia regionale - dal modello originariamente prospettato dal giudice costituzionale nella sent. 303/2003: a livello manualistico, riassuntivamente, sia consentito il rinvio sul punto a C. MAINARDIS, in R. BIN, G. FALCON (a cura di), *Diritto Regionale*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 259 ss.

modalità d'esercizio: salvo poi disattendere gli impegni assunti, nella forma e nella sostanza, e seppure a fronte di orientamenti giurisprudenziali più che consolidati.

4. Norme “tecniche” e competenza legislativa concorrente

Veniamo al secondo profilo della nostra riflessione, offerto dal quadro normativo in materia di FER: il tema è quello dell'integrazione del parametro legislativo statale, da parte di fonti secondarie, in funzione di limite alla autonomia legislativa regionale. Tale ruolo, svolto nel nostro caso dalle Linee Guida, è stato giustificato dalla giurisprudenza costituzionale in forza di due distinte ricostruzioni, sulle quali ragioneremo nei prossimi paragrafi: la prima ha fatto leva sul carattere “tecnico” delle prescrizioni contenute nella fonte secondaria statale; la seconda ha invece valorizzato il principio di leale collaborazione, declinato nella peculiare procedura di approvazione delle Linee Guida.

4.1 (segue) L'eccezione alla regola, anche nel settore delle FER

Uno dei capisaldi teorici nel riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, transitato indenne dal “vecchio” al “nuovo” Titolo V, è l'inattitudine delle fonti secondarie statali a vincolare il legislatore regionale nelle materie costituzionalmente riservate alla sua competenza⁵⁵. Prima della riforma del 2001, invero, tale principio veniva aggirato soprattutto dalla funzione di indirizzo e coordinamento esercitata dallo Stato nei confronti della Regione: laddove però il principio di legalità sostanziale, imposto dalla giurisprudenza costituzionale come condizione di legittimità di tali atti, recuperava la dimensione legislativa come presupposto per le limitazioni imposte all'autonomia regionale⁵⁶.

Nell'attuale quadro costituzionale la funzione di indirizzo e coordinamento è stata espressamente vietata, con riferimento alle materie residuali e concorrenti, da una previsione legislativa statale: e la prescrizione ha trovato l'avvallo della giurisprudenza costituzionale⁵⁷. La dottrina ha poi evidenziato come il nuovo riparto della potestà regolamentare escluda la possibilità di configurare,

⁵⁵ *Ex multis*, Corte cost. 250/1996: “la regola di base nei rapporti fra fonti secondarie statali e fonti regionali è quella della separazione delle competenze, tale da porre le Regioni al riparo dalle interferenze dell'esecutivo centrale”. Nel rinnovato Titolo V, l'assunto è ribadito, ad es. nella sent. n. 303/2003, punto n. 7 – decisione, tra l'altro, la cui portata di sistema è a tutti nota, con la prima teorizzazione della cd. chiamata in sussidiarietà, e la reinterpretazione degli artt. 117 e 118 Cost, alla luce dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione.

⁵⁶ Cfr., per tutti, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 329 ss. Per altre eccezioni ammesse dalla giurisprudenza costituzionale (oltre agli atti di indirizzo e coordinamento) cfr., ad esempio, la ricostruzione di C. PADULA, *Fonti secondarie statali e competenze regionali*, in *Reg.*, 2011, p. 379 ss.

⁵⁷ Art. 8, comma 6 della L. n. 131/2003; Corte cost. n. 329/2003.

negli ambiti materiali previsti dai commi terzo e quarto dell'art. 117 Cost., fonti secondarie statali in funzione di limite alla competenza regionale⁵⁸. Vero tutto ciò, è stato lo stesso giudice costituzionale ad ammettere (tra le altre⁵⁹) un'eccezione: affermando a più riprese come normative statali di rango secondario possano fare corpo con la disciplina legislativa di cui costituiscono attuazione, contribuendo a costruire il parametro normativo vincolante a cui debba attenersi il legislatore regionale nell'esercizio della competenza concorrente. Presupposto per la legittimità di siffatto schema è però che vengano in gioco settori “*squisitamente tecnici*”, con la norma regolamentare che finisce con l'essere “*frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale*”, e dunque “*mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo*”⁶⁰. Si tratta di un modello teorico al quale, a più riprese, la Corte costituzionale ha ricondotto proprio le Linee Guida in materia di fonti rinnovabili: un complesso di disposizioni, come già visto, adottate con la forma del Decreto

⁵⁸ Dottrina inquadrata, e riportata in dettaglio da C. PADULA, *Fonti secondarie*, cit., p. 388 ss. (nota 22). Vedi anche, sul punto, G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti. Vecchi nodi teorici e nuovo assetto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 30 ss.

⁵⁹ Per altre ipotesi di fonti secondarie statali che “invasano” materie di competenza regionale, e concorrente in particolare nel quadro del Titolo V riformato cfr. F. CORVAJA, *La potestà concorrente, tra conferme e novità*, Reg., 2011, p. 287 ss., p. 317 ss., che le individua nei regolamenti chiamati ad integrare la fonte primaria; nei principi fondamentali che si sostanziano nella riserva allo Stato di una funzione normativa secondaria; nelle materie trasversali e nella cd. chiamata in sussidiarietà; nell'intreccio di competenze inestricabile ed nel ricorso a regolamenti adottati con procedure collaborative. Sulla competenza concorrente, per una riflessione generale e relativamente aggiornata, vedi M. SALVAGO, *La competenza legislativa concorrente tra modelli teorici ed evoluzione delle pratiche interpretative*, *Rivista del Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia costituzionale*, 3/2013.

⁶⁰ Corte cost. 11/2014: “... una premessa che precisi l'incidenza che, nel processo valutativo demandato a questa Corte, assumono atti di normazione secondaria che, come le “Linee guida”, costituiscono, in un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa. Se è ovvio che essi, qualora autonomamente presi, non possono assurgere al rango di normativa interposta, altra è la conclusione cui deve giungersi ove essi vengano strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia. In detti campi applicativi essi vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo”.

In generale, sul profilo in esame (e non con riferimento alle FER) vedi anche Corte cost. n. 284/2016 che parla di “atti esecutivi, secondo alcuni di alta amministrazione” che “implicano conoscenze specialistiche proprie del settore ordinamentale in cui si innestano, e per tale caratteristica mal si conciliano con il diretto contenuto dell'atto legislativo”, sfuggendo per questo ai limiti fissati dall'art. 117, comma 6 Cost. per la potestà regolamentare statale; e Corte cost. n. 125/2017, a commento della quale si rimanda a G. DI COSIMO, *Interferenze fra atti normativi e atti amministrativi: il caso del regolamento edilizio-tipo*, Reg., 2017, p. 1107 ss. Interessante, è anche Corte cost. 88/2009 in materia di direttive che l'Autorità indipendente per l'energia è tenuta ad adottare (ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 387/2003) per agevolare la connessione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili alla rete elettrica.

ministeriale, qualificate come di rango regolamentare⁶¹, contenenti lo sviluppo dei principi legislativi di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003 e articolate in una disciplina assai dettagliata in ordine al procedimento autorizzativo e alla localizzazione degli impianti FER. I precetti contenuti nelle Linee Guida, proprio in ragione della loro natura tecnica, fanno dunque tutt'uno con la fonte primaria che ne sta a monte e costituiscono un parametro di legittimità per le fonti legislative regionali nell'esercizio della competenza concorrente in materia di energia⁶².

4.2 (segue) Qualche critica ad un orientamento – in apparenza – consolidato

Questa è dunque la posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale, oltretutto più volte ripetuta nel corso degli ultimi anni⁶³. Nondimeno, la soluzione raggiunta non persuade: vediamo perché.

Partendo dal profilo del “*corretto inserimento degli impianti*” nel territorio, la previsione legislativa a monte della catena normativa (l'art. 12, comma 10 del d.lgs. n. 387/2003) si limita a disciplinare il procedimento di adozione delle Linee Guida, ispirato a modalità collaborative tra Stato e Regioni. Si dirà che i principi ispiratori che hanno poi orientato l'Esecutivo nell'attività normativa, in accordo con la Conferenza Unificata, si possano ricavare dal complesso dell'art. 12 cit.: norma-guida nella disciplina in materia di fonti rinnovabili, poiché riconosciuta come “punto di equilibrio” dei diversi interessi concorrenti, statali e regionali.

La risposta potrebbe anche convincere: lasciando, forse, qualche perplessità sul rispetto del principio di legalità se declinato nella sua accezione sostanziale. Ma ciò che si vuole evidenziare, piuttosto, è come la disciplina contenuta nelle Linee Guida paia invece esulare da quella “normazione tecnica” di cui parla la Corte costituzionale – doveroso presupposto, come visto, per l'integrazione del

⁶¹ Così espressamente Corte cost. n. 275/2011, punto n. 4, ricorrendo ad un criterio sostanziale nell'esegesi dell'atto. Sulla natura delle Linee Guida di cui al d.m. 10.9.2010 cfr. C. INGENITO, *Linee guida. Il disorientamento davanti ad una categoria in continua metamorfosi*, *Quad. Cost.*, 4/2019, p. 871 ss.; in precedenza, per argomentate perplessità, A. MOSCARINI, *Linee guida statali*, cit.

⁶² L'indirizzo giurisprudenziale in esame pare poi ipotizzare – in alcuni passaggi – una vera e propria attribuzione di “*funzioni amministrative*” in favore dello Stato (così Corte cost. n. 11/2014, che richiama precedenti giurisprudenziali, seppure riferiti a diversi contesti): richiamando dunque uno schema assai vicino alla chiamata in sussidiarietà (cfr., sul punto, M. DE LUCIA, *La localizzazione*, cit., p. 642 ss.); schema fatto proprio – implicitamente - anche da alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa che insistono sulle coordinate delle esigenze unitarie e della leale collaborazione come presupposto per l'intestazione di funzioni amministrative al livello di governo centrale: cfr. ad es. TAR Puglia- Lecce 18.7.2011 n. 1356.

⁶³ Corte cost. nn. 69/2018, 86/2019, 286/2019, 106/2020, tutte nella scia della precedente sent. n. 11/2014. In dottrina, per una posizione adesiva a tale ricostruzione – formulata peraltro prima della sent. n. 11/2014 cit., e pur con diverse perplessità – cfr. ad es. A MOSCARINI, *Linee guida statali*, cit., p. 4927.

precetto legislativo da parte della fonte secondaria in materie concorrenti. Per comprenderlo, è necessario calarsi nei dettagli della legislazione speciale: ebbene, la localizzazione degli impianti FER da parte regionale è “guidata” da una disposizione del d.m. 10.9.2010 (Paragrafo 17), e da un Allegato (n. 3); scorrendoli, troviamo una perimetrazione dell’attività regionale data, innanzitutto, da veri e propri principi: il *favor* per la diffusione delle fonti rinnovabili da un lato, e la certezza per gli operatori economici dall’altro⁶⁴; in secondo luogo, da determinazioni inerenti il *quomodo* del potere intestato all’Amministrazione regionale, ovvero la necessità di divieti puntuali e motivati per aree e tipologie di impianti, nonché l’obbligo, a monte, di una “*apposita istruttoria*” che culmini con l’adozione di un atto amministrativo generale⁶⁵; in terzo luogo, vi è sì un richiamo a “*criteri tecnici oggettivi*” legati ad aspetti di tutela dell’ambiente, del paesaggio, del patrimonio artistico-culturale: ma tali criteri non sono identificati, bensì lasciati alle successive determinazioni, in concreto, da parte delle stesse Regioni⁶⁶; in quarto luogo, vengono fatte salve le altre competenze pianificatorie e programmatiche regionali, e la possibilità di valutare, sulla dimensione della “*area vasta*”, la “*concentrazione di impianti*” e le “*interazioni*” con altri piani o programmi⁶⁷; infine, si menziona un lungo elenco di aree, individuate o individuabili sulla scorta di precisi riferimenti normativi, che le Regioni possono selezionare direttamente come aree inidonee ad ospitare impianti FER⁶⁸.

Una cornice normativa, quella ora descritta, senz’altro adatta a circoscrivere l’esercizio della futura attività regionale, identificando i consueti presupposti per l’esercizio del potere amministrativo (condizioni, parametri generali e puntuali, procedimento): ma una cornice normativa che, francamente, tutto appare meno che afferente a profili “*squisitamente tecnici... frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico*” – condizione enunciata invece dalla Corte costituzionale, in astratto, per giustificare previsioni di rango secondario in funzione di limite alla competenza legislativa regionale.

Le conclusioni ora raggiunte valgono, a maggior ragione, per le disposizioni sul procedimento amministrativo relativo al rilascio della autorizzazione unica (Paragrafi 13, 14 e 15, e Allegato 1 delle Linee Guida, che danno attuazione alla generica previsione di cui all’art. 12, comma 3 del d.l.s.gs n. 387/2003): un insieme di regole che risultano “*finalizzate a disciplinare, in via generale ed astratta, il procedimento di autorizzazione alla installazione degli impianti*

⁶⁴ Par. 17.1; Allegato 3, primo periodo delle Linee Guida di cui al d.m. 10.9.2010.

⁶⁵ Par. 17.1 e 2; Allegato 3, primo periodo.

⁶⁶ Allegato 3, primo periodo, lett. a).

⁶⁷ Par. 17.1; Allegato 3, primo periodo, lett. e).

⁶⁸ Allegato 3, primo periodo, lett. f), con l’indicazione di ben undici fattispecie, variamente circoscritte dal punto di vista normativo.

alimentati da fonti rinnovabili”, come affermato espressamente dallo stesso giudice costituzionale (Corte cost. n. 275/2011); ma un insieme di regole che, dunque, nulla paiono centrare con “*atti di formazione secondaria*” che “*rappresentano un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede*” poiché quest’ultima “*ad essi affida il compito di individuare le specifiche tecniche che mal si conciliano con il contenuto di un atto legislativo e che necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale*”⁶⁹.

In conclusione: non si vuole qui contestare, in assoluto, lo schema teorico delle norme tecniche in funzione integrativa del parametro di legittimità, a costituire così un limite per l’autonomia legislativa regionale; quanto senz’altro la sua applicabilità, in concreto, alla vigente legislazione speciale in materia di fonti energetiche rinnovabili.

Se, invece, la ricostruzione prospettata dal giudice costituzionale si dovesse fondare su una sorta di equivalenza tra “tecnicità” e “specialità” di un *corpus* normativo, con una nozione di norma tecnica indefinitamente estesa sino a comprendere fattispecie “tradizionali” (prescrizioni generali ed astratte, come regole della discrezionalità amministrativa in senso proprio), il dissenso sarebbe altrettanto netto. È vero che il concetto di “norma tecnica” è dibattuto in dottrina: contestato alla radice da alcuni, intrecciato alla nozione di discrezionalità tecnica della P.A., rimane comunque connotato da un certo margine di ambiguità⁷⁰; nondimeno, per quanto di difficile delimitazione, la nozione

⁶⁹ Come invece affermato da Corte cost. n. 69/2018, che cita espressamente il precedente di cui alla sent. n. 99/2012 nella quale tuttavia – a voler essere precisi – questa riconduzione esplicita delle Linee Guida alle norme tecniche non si rinviene in alcun passaggio della motivazione.

⁷⁰ Riassume le varie posizioni, ad es., A. MOSCARINI, *Le fonti dei privati*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1910 ss.; ampiamente, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 25 e ss.; della stessa Autrice vedi anche *Gli atti statali di coordinamento tecnico e la ripartizione di competenze Stato-Regioni*, in *Giur. cost.*, 2003, 1737 ss. Sul rapporto tra regolamenti e norme tecniche vedi G. DI COSIMO, *I regolamenti*, cit., p. 134 ss.

Poco convincente sarebbe anche il tentativo di ricostruire il quadro normativo in esame ricorrendo alla particolare categoria delle “linee guida” come fonti normative peculiari, di per sé destinate a contenere norme tecniche e quindi legittimate ad imporsi anche in ambiti di competenza concorrente (sulla diffusione nell’ordinamento giuridico delle “linee guida”, sul dibattito dottrinale in ordine alla loro qualificazione, sullo stretto legame – con le normative tecniche, sulla integrazione del parametro legislativo ai fini del giudizio di costituzionalità cfr. C. INGENITO, *Linee Guida*, cit., p. 871 ss., anche con riferimento al d.m. 10.9.2010 in materia di FER). Orbene: in primo luogo, pare evidente che, in assenza di una norma di riconoscimento di rango costituzionale, la loro previsione e la connessa posizione nel sistema delle fonti dipendano dalla base legale che ne sta a fondamento; in secondo luogo, e di conseguenza, le “linee guida” costituiranno fonti del diritto – o meno – non tanto in ragione del loro contenuto tecnico, ma della circostanza di essere previste come tali da altri atti-fonte, nel rispetto di ogni principio di gerarchia e competenza nel sistema delle fonti. Nel nostro caso, il fatto che l’art. 12, comma 10 del d.lgs n. 307/2003 denominati come “linee guida” le prescrizioni da adottarsi da parte della Conferenza Stato-Regioni (ad integrazione del precetto legislativo) non ha impedito alla Corte costituzionale di ricostruire il successivo d.m. che le contiene in termini di fonte regolamentare (C. Cost. n. 275/2011, con ricorso ai caratteri sostanziali nell’identificazione dell’atto fonte).

non può dilatarsi sino a determinare un vero e proprio stravolgimento del sistema delle fonti: con atti statali di rango secondario, genericamente qualificati come “tecnici” poiché afferenti ad un settore “speciale” dell’ordinamento, in grado di limitare ordinariamente la competenza legislativa delle Regioni. La posta in gioco, che va al di là della corretta esegesi di una normativa di settore, pare dunque giustificare una rimediazione dell’orientamento giurisprudenziale recentemente consolidatosi nel settore delle FER.

5. Leale collaborazione, “ponderazione concertata” e fonti secondarie

Persuade maggiormente, semmai, un diverso orientamento dello stesso giudice costituzionale che inquadra le Linee Guida ed il loro carattere vincolante senza ricorrere alla categoria delle norme tecniche.

Quasi a voler compendiare numerosi precedenti in materia, una recente pronuncia ha così ricostruito il quadro normativo in esame: individuata con decisione la materia in quella di competenza concorrente *della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia»*, e ribadito che i principi fondamentali relativi alla disciplina delle FER sono contenuti in particolare nell’art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, la Corte ha ritenuto di individuarli altresì nelle Linee Guida *“la cui vincolatività nei confronti delle Regioni deriva dal fatto che esse costituiscono «necessaria integrazione» delle previsioni contenute nel predetto art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003” (...)* essendo state adottate, in ragione degli ambiti materiali che vengono in rilievo, in sede di Conferenza unificata e, quindi, nel rispetto del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. La disposizione legislativa che ne sta a monte (il comma 10 dell’art. 12 cit.) *“impone dunque una «ponderazione concertata», ai fini del bilanciamento fra esigenze connesse alla produzione di energia ed interessi ambientali”*: e dunque *“assegna alle predette Linee guida lo stesso carattere di «principi fondamentali» della materia”*⁷¹.

È indubbio peraltro che, anche in questa seconda variante, la giurisprudenza costituzionale tratteggi comunque un quadro di difficile composizione con la lettera della Costituzione (e con i propri precedenti): poiché in un ambito di dichiarata (e comunque prevalente) competenza concorrente si ammette che fonti regolamentari in senso stretto⁷² determinino direttamente la

⁷¹ Corte cost. n. 14/2018, punto n. 7.1 – i passaggi riprendono quelli di una pronuncia più datata, la n. 307/2013. L’orientamento è seguito anche da una robusta giurisprudenza amministrativa, che ascrive al rango dei principi fondamentali i precetti di fonte secondaria contenuti nelle Linee Guida, in ragione della stretta connessione con la disposizione legislativa che ne sta a monte (l’art. 12 cit.): cfr., ad es., Cons. Stato, sez. IV, 27.9.2018, n. 5564.

⁷² *Contra* Corte cost. n. 284/2016, che preclude espressamente l’ingresso, nelle materie concorrenti, di fonti regolamentari statali. Sulla qualificazione puntuale – e già richiamata più volte – delle Linee Guida come regolamenti, cfr. Corte cost. n. 275/2011, punto n. 4.

cornice normativa di principio che funge da limite alla autonomia legislativa regionale. Ad essere precisi, poi, tale normativa di rango secondario – come esposto nei paragrafi precedenti – lungi dall'introdurre solo norme di principio (come pure affermato dalla Corte) contiene invero un ricco catalogo di disposizioni di dettaglio che vincolano direttamente tanto il legislatore che l'Amministrazione regionale. Ora, è vero che la giurisprudenza costituzionale ha “destrutturato” la nozione di principio enunciata dall'art. 117, comma 3 Cost: ma è altrettanto vero che una cosa è ipotizzare norme di dettaglio - che fanno tutt'uno coi principi - pur sempre contenute in fonti primarie, come più volte ammesso dal giudice costituzionale⁷³; ed altro è teorizzare la loro imposizione da parte di fonti secondarie.

Ciò precisato, una prima strada che la Corte avrebbe potuto percorrere per giustificare il quadro normativo in esame conduce alla potestà legislativa statale, di natura trasversale, in materia di tutela dell'ambiente⁷⁴: riconoscendo la prevalenza di tale titolo di competenza, ecco che in capo al potere centrale ne sarebbe conseguita (anche) la titolarità del potere regolamentare. Sul punto tuttavia la premessa della Corte, quanto all'identificazione della materia in gioco, è convincente⁷⁵: è senz'altro vero che la “tutela dell'ambiente” interseca il settore della “produzione di energia” da fonti rinnovabili; intersecare non significa però assorbire, ed un'esegesi maggiormente in linea con la lettera della Costituzione appare operazione ermeneutica che merita di essere difesa – anche a garanzia, più in generale, di tutte le attribuzioni regionali altrimenti erose oltremisura dalle incursioni delle competenze trasversali previste dall'art. 117, comma 1 Cost.

Una seconda strada, per inquadrare le scelte normative compiute in un quadro di legittimità, avrebbe potuto poggiare sullo schema della chiamata in sussidiarietà: secondo un modello che, come noto, prevede l'attribuzione al livello di governo statale delle funzioni amministrative, a tutela di interessi unitari; a cui si accompagna il riconoscimento della potestà normativa (legislativa, ma anche regolamentare) necessaria a regolarle. E proprio questa soluzione pare accennata in alcuni *obiter dicta* della Corte, ripresi anche dalla dottrina⁷⁶:

⁷³ Ad es., Corte cost. n. 270/2005.

⁷⁴ Come pareva ipotizzare la giurisprudenza più datata: cfr. ad es. C. Cost. n. 166/2009. Sul punto G. DE VERGOTTINI, *Il governo*, cit., p. 17 e ss.

⁷⁵ Premessa confermata da numerosi altri precedenti, che ascrivono espressamente la normativa in esame alla materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”, oppure utilizzano come parametro l'art. 117, comma 3 Cost.: cfr. ad es., Corte cost. nn. 168/2010, 194/2010, 224/2012, 275/2012, 307/2013, 13/2014, 189/2014, 156/2016, 14/2018, 106/2020.

⁷⁶ Vedi, su questo profilo, M. DE LUCIA, *La localizzazione*, cit., p. 637 ss.; cfr. anche G. COZZOLINO, *Natura giuridica delle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e “ispessimento” del parametro del giudizio di costituzionalità (Note a margine della sentenza n. 11 del 2014 della corte costituzionale)*, *Amministrazioneincammino.it*, 2014, 7; C. INGENITO, *Linee Guida*,

tuttavia, la soluzione non convince poiché nel nostro caso non siamo di fronte a vere e proprie “*funzioni amministrative*” ascritte al livello di governo centrale, a cui si accompagna un fondamento normativo primario e secondario di matrice statale; quanto piuttosto ad una regolazione generale ed astratta, contenuta in una fonte pacificamente regolamentare⁷⁷, direttamente cogente per l’Amministrazione e, indirettamente, anche per il legislatore regionale.

In realtà, rielaborando alcuni spunti contenuti nella giurisprudenza costituzionale è forse possibile teorizzare un concorso delle fonti statali e regionali che vada oltre la legislazione speciale in materia di FER, disegnando un modello replicabile anche in altri settori dell’ordinamento.

Giova partire da una considerazione generale. Le prescrizioni contenute nelle Linee Guida avrebbero potuto trovare spazio, a ben guardare, nello stesso decreto legislativo delegato (trattandosi comunque di norme di principio, oppure di dettaglio che però fanno corpo con le prime): senza dunque la necessità di ricorrere ad una fonte secondaria. Tale soluzione avrebbe peraltro eliminato il passaggio collaborativo in sede di Conferenza Unificata, a meno di voler ricorrere allo schema delineato dalla sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale.

Il precedente è noto: “*l’intreccio inestricabile*” di materie può imporre, in nome del principio di leale collaborazione, l’adozione dei decreti legislativi delegati previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni. E sono altrettanto note le numerose critiche che la pronuncia ha suscitato, alla luce di una portata dirompente sul sistema delle fonti e, in definitiva, sugli stessi equilibri della forma di Stato⁷⁸. Oltretutto, nel nostro caso, pare difettare il primo presupposto voluto dalla Corte, ovvero l’assenza di prevalenza da parte di una materia sulle altre (poiché qui, come visto, «*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia*» è il titolo di competenza da cui muove nel proprio ragionamento il giudice costituzionale). Invece dunque di riproporre quel modello, proviamo ad ipotizzarne uno diverso.

Si è difesa, in precedenza, la riconduzione della normativa alla materia concorrente della “*produzione di energia*”, evitando così impropri scivolamenti della competenza in ambito esclusivamente statale. Al contempo, è altrettanto vero come il settore delle fonti energetiche rinnovabili abbia una sorta di doppia anima, ben messa in luce nella vigente normativa europea: la produzione di

cit., p. 878 ss., con dottrina ivi richiamata.

⁷⁷ Cfr. la già citata Corte cost. n. 275/2011, punto n. 4.

⁷⁸ Tra i numerosissimi commenti che la sentenza ha inevitabilmente prodotto vedi, ad es. R. BBI-FULCO, *L’onda lunga della sentenza 251/2016 della Corte costituzionale*, www.federalismi.it, n. 3/2017; G. D’AMICO, *La sentenza sulla legge Madia, una decisione (forse) troppo innovatrice*, in www.questionegiustizia.it, gennaio 2017; e (sotto pseudonimo), J. MARSHALL, *La Corte costituzionale, senza accorgersene, modifica la forma di Stato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2016, p. 705 ss.

energia “pulita” coinvolge innanzitutto le politiche a difesa dell’ambiente, per un progressivo affrancamento da fonti inquinanti; ma tale produzione è “libera”⁷⁹, e rimanda – in quanto attività di impresa - alla doverosa tutela della concorrenza anche al fine di garantire condizioni uniformi sull’intero territorio nazionale (in ossequio, ancora una volta, a principi di diritto dell’unione). E tale doppia anima trova un riflesso anche in svariate pronunce del giudice costituzionale, attente al rilievo della “tutela dell’ambiente”⁸⁰ da un lato, e al “principio del libero mercato concorrenziale in materia di produzione dell’energia” dall’altro⁸¹. Vero ciò, e seppure partendo dalla – corretta – prevalenza di una materia concorrente possiamo dunque ragionare di competenze tra loro intersecate, riflesso degli interessi statali e regionali che inevitabilmente si sovrappongono.

Il principio di leale collaborazione si rivela dunque la chiave di volta per interpretare le regole costituzionali sul riparto di competenze, come peraltro enunciato dal giudice costituzionale⁸². In questo caso, il principio collaborativo si è tradotto in una disposizione meramente procedurale (il comma 10 dell’art. 12 cit.) che chiama in causa la Conferenza Stato-Regioni non solo al fine di esprimere un parere o un’intesa, ma delegandola ad “approvare” le Linee Guida proposte dai ministeri statali. La “ponderazione concertata” di cui parla la Corte si traduce insomma in una vera e propria codecisione: uno schema diverso dall’ipotesi di una fonte secondaria statale seppure subordinata ad uno strumento collaborativo in sede di Conferenza. Tale distinzione può riflettersi anche sull’interpretazione dell’art. 117, comma 6 Cost: in questa prospettiva, la previsione vieterebbe certamente l’ingresso di fonti secondarie statali nelle materie di competenza concorrente (anche se accompagnate dal parere o dall’intesa), ma non una fattispecie come quella che stiamo esaminando. La

⁷⁹ A partire dal d.lgs. n. 79/1999 (art. 1), in attuazione della liberalizzazione introdotta con la Direttiva 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica (sul punto Corte cost. 310/2011).

⁸⁰ Tra i precedenti più recenti, cfr. ad es. Corte cost. nn. 86, 286/2019; tra quelli più datati, nn. 119/2010, 308/2011.

⁸¹ Principio che “permea tutta la normativa statale e, ancor prima, la normativa comunitaria, cui il legislatore italiano ha dato attuazione”, e si afferma in particolare “nel caso di energia prodotta da fonti rinnovabili” alla luce delle peculiari caratteristiche di quel settore: in termini, Corte cost. n. 310/2011. Va riconosciuto peraltro che questo profilo è rimasto in ombra nella giurisprudenza della Corte (salvo i pochi precedenti citati in nota n. 33), come notava già a suo tempo L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili*, cit., p. 69.

⁸² Con riferimento al settore delle FER cfr. proprio Corte cost. n. 14/2018, punto n. 7.1. In termini generali, ovvero sulla leale collaborazione come principio guida nel caso di sovrapposizione di competenze, cfr. *ex multis* Corte cost. n.219/2005, punto n. 5. Sulla leale collaborazione, solo nella dottrina più recente, vedi A. MORELLI, *Le relazioni istituzionali*, Rivista AIC, 3/2019, par. 5 e ss.; L. ANTONINI – M. BERGO, *Il principio di leale collaborazione e la remuntada delle Regioni nei rapporti finanziari con lo Stato: brevi riflessioni a margine di alcune recenti sentenze della Corte costituzionale*, www.federalismi.it, 12/2018.

codecisione Stato-Regioni nell'approvazione dell'atto non ne muta forse l'intestazione (che rimane quella di un d.m.), ma forma e sostanza lo differenziano in maniera evidente dalla prima ipotesi.

La soluzione proposta non presuppone, si badi bene, una flessibilità delle regole costituzionali in materia di fonti, rimodellabili in via negoziale da Stato e Regioni: la portata precettiva dell'art. 117, comma 6 Cost. rimane, ma circoscritta alle fattispecie regolamentari ascrivibili pienamente alla potestà normativa dello Stato. Trattandosi poi di fonti secondarie, le disposizioni legislative ben possono differenziare la tipologia di atti regolamentari: configurando, come nel caso di specie, un atto normativo secondario "approvato" congiuntamente da Stato e Regioni per mezzo della Conferenza⁸³.

La soluzione raggiunta, oltretutto, appare complessivamente vantaggiosa per l'autonomia regionale. In questo, come in altri ambiti, siamo di fronte ad un quadro normativo peculiare che consegna alle Regioni spazi di intervento legislativo assai ridotti: la "materia", infatti, è regolata in prima battuta dalle prescrizioni (di principio) contenute nelle Direttive dell'UE; in seconda battuta, dai "principi e criteri direttivi" contenuti nella legge delega *ex art. 76 Cost.*, attuativa delle disposizioni comunitarie; in terza battuta, dai "principi fondamentali" introdotti dal decreto legislativo delegato, ai sensi dell'art. 117, comma 3 Cost.; a tutto ciò possiamo aggiungere la possibilità per lo Stato di dettare anche norme di dettaglio, facenti corpo con i principi della legge cornice. È allora inevitabile che, al progredire di questa catena normativa, il quadro regolatorio risulti via via più definito, con margini residuali assai modesti per il legislatore regionale, seppure in una materia formalmente concorrente⁸⁴.

Tutto ciò non significa peraltro – come si è tentato di dimostrare – annichimento della autonomia regionale, che può recuperare in via amministrativa ampi poteri di intervento. Prima ancora, il modello normativo in esame consente alle Regioni di co-decidere, assieme allo Stato, parte della normativa di principio e le regole di dettaglio che con la prima fanno sistema: uno schema,

⁸³ Su questa fattispecie, per una sua riconduzione alle previsioni del d.lgs n. 281/1997, cfr. M. DE LUCIA, *La localizzazione*, op. cit. Sulla atipicità delle Linee guida nel sistema delle fonti, come configurate dall'art. 12 del d.lgs n. 387/2003, insiste A. MOSCARINI, *Linee guida statali*, cit., p. 4926 ss.

⁸⁴ A conferma di ciò, nel settore in esame, abbiamo due dati empirici: il frequente (e quasi sistematico) annullamento dei tentativi regionali di differenziare per via legislativa l'assetto normativo di matrice statale (aspetto su cui ci siamo soffermati nel par. 3); e l'esame della legislazione regionale non impugnata, che consegna all'interprete una normativa in larga parte ripetitiva delle prescrizioni statali: cfr. ad es. la l. reg. FVG n. 19/2012, *Norme in materia di energia e distribuzione dei carburanti*, art. 12 e ss., oppure la l. reg. Toscana n. 39/2005 e s.m., *Disposizioni in materia di energia*, art. 11 e ss., per una disciplina del procedimento e del provvedimento di autorizzazione unica sostanzialmente coincidente, se non per dettagli marginali, con quello previsto a livello statale dal combinato disposto dell'art. 12 del d.lgs n. 387/2003 e delle Linee Guida di cui al d.m. 10.9.2010 - per una dettagliata ricognizione delle normative regionali in materia di FER cfr. il rapporto sulla *Regolazione regionale della generazione elettrica da fonti rinnovabili*, cit., p. 41 ss., Tabella n. 8).

come si accennava in precedenza, che potrebbe essere replicato anche in altri ambiti di competenza regionale concorrente, altrimenti “schiacciati” da una legislazione statale non sempre e non solo di principio; e da fonti secondarie, magari “mascherate” da norme tecniche, che comprimono ulteriormente gli spazi di autonomia regionale. Il tutto, ovviamente, sul presupposto che il principio della co-decisione venga preso sul serio: con bozze di provvedimenti magari predisposte dai ministeri competenti, ma con una successiva partecipazione regionale (in sede di Conferenza, e prima ancora di tavoli tecnici) alla determinazione definitiva del loro contenuto, che assicuri così effettività al principio di leale collaborazione.