

---

# *Diritto e processo amministrativo*

---

Posto: Italiani s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 352/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli

---

**Edizioni Scientifiche Italiane**

# Diritto e processo amministrativo

*Rivista trimestrale*

Anno V – n. 3/2011

## Direttori

Luigi BENVENUTI, Giuseppe CAIA, Marcello CLARICH, Alfredo CORPACI, Vittorio DOMENICHELLI, Rosario FERRARA, Erminio FERRARI, Enrico FOLLIERI, Carlo Emanuele GALLO, Lucio IANNOTTA, Nino LONGOBARDI, ENZO Maria MARENGHI, Ignazio Maria MARINO, Alfonso MASUCCI, Francesco MERLONI, Eugenio PICOZZA, Andrea PUBUSA, Antonio ROMANO TASSONE e Paolo URBANI

## Direttore responsabile

Enrico FOLLIERI

## Comitato scientifico

Sergio AGRIFOGLIO, Nicola AICARDI, Massimo ANDREIS, Francesco ASTONE, Stefano COGNETTI, Alfredo CONTIERI, Daniele CORLETTI, Alessandro CROSETTI, Giorgio CUGURRA, Claudio FRANCHINI, Giovanni LEONE, Sebastiano LICCIARDELLO, Alessandro LOLLI, Francesco MANGANARO, Agostino MEALE, Giorgio ORSONI, Vera PARISIO, Sergio PERONGINI, Aristide POLICE, Fabio SAITTA, Giovanni Antonio SALA, Maria Alessandra SANDULLI, Ernesto STICCHI DAMIANI, Luisa TORCHIA, Diego VAIANO e Alberto ZITO

## Redattori

Antonio BARONE, Giuseppe CAMMAROTA, Enza CARACCILO, Leonardina CASOLI, Lucia CIMELARO, Stefano COLOMBARI, Gabriella CREPALDI, Andrea DI LIETO, Alessandra FABRI, Vera FANTI, Fabrizio LOFOCO, Roberta LOMBARDI, Luigi MANCANIello, Alberto MORBIDELLI, Remo MORZENTI PELLEGRINI, Lucia MURGOLO, Michela MUTI, Chiara ORREI, Francesca PUBUSA, Stefania PUDDU, Anna ROMEO, Nicola SCOTTO DI VETTIMO, Stefano TATTI, Marco TIBERII, Fabrizio TIGANO, Giuseppe TROPEA, Graziana URBANO, Cristina VEDETTA

Hanno collaborato a questo numero:

Giuseppe ABBAMONTE, professore emerito di Diritto amministrativo, Università «Federico II» di Napoli; Marcello CLARICH, professore ordinario di Diritto amministrativo, L.U.I.S.S. «Guido Carli» di Roma; Eugenio D'APUZZO, dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Salerno; Vera FANTI, professore aggregato di Diritto amministrativo, Università di Foggia; Enrico FOLLIERI, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Foggia; Nino LONGOBARDI, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università de L'Aquila; Brunella MEROLA, dottore di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Salerno; Matteo MICHELETTI, dottore di ricerca in Istituzioni e Organizzazioni nell'Università Cattolica di Milano. Avvocato; Remo MORZENTI PELLEGRINI, Professore associato di Diritto amministrativo, Università di Bergamo; Andrea PUBUSA, professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Cagliari.

*Indirizzo redazione:* Enrico Follieri Via Indipendenza, 35 - 71036 Lucera (FG)

e-mail: [prof.enrico@studiodilegalefollieri.it](mailto:prof.enrico@studiodilegalefollieri.it); tel.: 0881/520848; 520980.

Segretaria di redazione: Carmela Giambattista

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, n. 100 del 20 novembre 2006.

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione

delle Opere dell'ingegno (AIDRO)

Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano

Tel. e fax 02-809506; e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

## INDICE

MARCELLO CLARICH, <i>Il nucleare e i rischi regolatori («atomici»?)</i>	685
NINO LONGOBARDI, <i>La legge sul procedimento amministrativo tra ostacoli e ambiguità</i>	705
ANDREA PUBUSA, <i>La legge 241 vent'anni dopo</i>	719
ENRICO FOLLIERI, <i>Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari</i>	733
REMO MORZENTI PELLEGRINI, <i>I collegi e la responsabilità amministrativa: tra vincoli solidali e principio di personalità</i>	751
VERA FANTI, <i>Politica e amministrazione tra storia e attualità: a proposito della figura del dirigente pubblico</i>	817
EUGENIO D'APUZZO, <i>Autorizzazione e libertà nella disciplina del commercio</i>	919
BRUNELLA MEROLA, <i>L'inammissibilità del ricorso giurisdizionale per preventiva proposizione del ricorso al capo dello stato nel codice del processo amministrativo</i>	931
MATTEO MICHELETTI, <i>Il significato del richiamo alla «buona fede» in un ordinamento pubblicistico pluralistico (ed alcune note sul richiamo ai principi)</i>	949
GIUSEPPE ABBAMONTE, <i>Recensione a Eugenio Picozza, Il neurodiritto</i>	985

MARCELLO CLARICH

IL NUCLEARE  
E I RISCHI REGOLATORI («ATOMICI?»)\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rischi da ritardo nel rilascio degli atti autorizzativi. – 3. I rischi del federalismo e da pluralità di regolatori. – 4. I rischi da partecipazione. – 5. I rischi da ripensamento e da inadempimento. – 6. Qualche certezza.

1. – Il ritorno del nucleare avviato con il decreto legislativo 15 febbraio 2010, n. 31, emanato in esercizio della delega concessa dall'art. 25 della legge 23 luglio 2009, n. 99, pone non solo interrogativi di natura tecnologica ed economica che possono condizionare la realizzabilità di progetti, ma anche questioni di tipo giuridico-istituzionale.

Tra di esse vi è anzitutto il contesto di riferimento nel quale viene operato il rilancio del nucleare. Infatti, è ormai tramontata l'epoca dell'interventismo e del dirigismo economico nella quale si è avuta, non solo in Europa, la prima fioritura del nucleare conclusasi verso la fine degli anni Settanta del secolo scorso. La realizzazione dei progetti avvenne soprattutto grazie a una serie di strumenti di sussidio diretto (contributi finanziari, partecipazioni azionarie) e indiretto: politiche tariffarie volte a garantire la piena copertura dei costi, certezza della domanda finale per imprese elettriche integrate verticalmente e operanti in regime di monopolio.

In un contesto di mercati liberalizzati e aperti alla concorrenza, di spinta alle privatizzazioni e di un'applicazione più rigorosa dei di-

\* Il saggio sviluppa la relazione scritta per il seminario di studi "Il Nucleare. Come? – Tecnologia, mercato e politica industriale" tenutosi a Roma il 16 febbraio 2011 organizzato Fondazione Economia Tor Vergata.

vieti in materia di aiuti di Stato, l'opzione per il nucleare diventa più difficile. Essa infatti si caratterizza, com'è noto, per l'ingente quantità di investimenti necessari per realizzare una centrale, per i tempi lunghi di ritorno dei medesimi, per l'incertezza in ordine all'evoluzione dei prezzi di mercato nel lungo periodo e per altri fattori di rischio che secondo numerosi studi economici sembrano dimostrare una incompatibilità ontologica o comunque una forte tensione tra nucleare e mercato<sup>1</sup>. In un contesto siffatto, nel quale lo Stato, almeno nei paesi europei, sta per così dire alla finestra facendosi solo promotore di una regolazione pro-concorrenziale, non è agevole trovare imprese e finanziatori privati disposti a investire.

Tra i rischi con i quali i potenziali interessati devono misurarsi rientrano anche i cosiddetti rischi regolatori, cioè quelli relativi all'incertezza e all'instabilità del quadro delle regole. Questi rischi caratterizzano, in misura maggiore o minore, molti settori economici. L'attività d'impresa, in presenza di situazioni di fallimento del mercato, è assoggetta a norme speciali che prevedono il ricorso a una pluralità di strumenti di intervento pubblico (atti di pianificazione o programmazione, normative tecniche affidate ad autorità o agenzie, poteri autorizzatori e prescrittivi, poteri di vigilanza, sanzioni amministrative, ecc.) che in vario modo ne condizionano lo svolgimento.

Quanto più ampio e articolato è l'impianto regolatorio, tanto più è difficile realizzare l'obiettivo di rendere «calcolabile», al pare di altri fattori di rischio con i quali si confronta l'imprenditore capitalista, anche il potere pubblico. Secondo Max Weber, che con lucidità colse anche questa dimensione della razionalizzazione, «ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina»<sup>2</sup>.

Nel settore del nucleare l'impianto regolatorio delineato dal d.lg. n. 31 e dai numerosissimi atti attuativi, in gran parte non emanati, è

<sup>1</sup> Cfr. il Rapporto CITI-Industry del 9 novembre 2009 "New Nuclear-The Economics say No"; A. CLÒ, *Il rebus energetico, Tra politica, economia e ambiente*, Bologna, 2008; A. CLÒ, *Si fa presto a dire nucleare*, Bologna, 2010; R. PARDOLESI, *Il mercato dell'energia nucleare, Relazione presentata alla Conferenza di diritto dell'energia*, 2010, in corso di pubblicazione.

<sup>2</sup> Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, vol. IV, Milano, 1995, p. 472.

estremamente complesso. Le catene di procedimenti d'ufficio e su istanza di parte connessi al ciclo del nucleare, dalla individuazione dei siti idonei a ospitare le centrali nucleari alla fase finale del *decommissioning*, è quanto di più articolato e defatigante si possa immaginare, anche se ciò si spiega in relazione all'eccezionale sensibilità degli interessi in gioco e delle reazioni, anche di tipo emotivo, ingenerate.

Per giunta la cornice normativa del nucleare si inserisce a sua volta in un contesto, come quello del mercato dell'energia, che richiede interventi di regolazione pro-concorrenziale assai penetranti affidati a una pluralità di regolatori pubblici (Autorità per l'energia elettrica e il gas, Ministero dello sviluppo economico, Regioni, Gestore del mercato elettrico, Gestore dei servizi elettrici, ecc.).

I rischi regolatori sembrano dunque a prima vista piuttosto elevati e ciò spiega lo sforzo compiuto dal legislatore, per quanto possibile, di attenuarli. I rischi sono di più tipi e richiedono un'attenta valutazione.

2. – Un primo tipo di rischio regolatorio attiene ai tempi per l'emanazione degli atti amministrativi, sia quelli volti a disegnare e completare in via sublegislativa le regole poste dal d.lg. n. 31, sia quelli correlati ai procedimenti autorizzativi.

Il d.lg. scandisce con precisione i tempi in questione con la previsione di una serie di termini per i vari adempimenti. I rischi regolatori in senso stretto, perché condizionano il calcolo economico di chi investe risorse per la realizzazione dei progetti, riguardano soprattutto la fase che prende avvio con la verifica tecnica dei requisiti dell'impianto nucleare da realizzare (art. 7), con la istanza per la certificazione del sito da destinare all'impianto (art. 10) all'interno delle aree potenzialmente idonee (art. 8) e con la istanza volta al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio dell'impianto nucleare nel sito certificato (art. 13).

È all'interno di quest'ultimo procedimento che il tempo inizia ad avere un valore economico più pregnante. Infatti, l'istanza volta al rilascio dell'autorizzazione unica deve essere corredata anche dalla documentazione comprovante la solidità finanziaria dell'operatore e «la sussistenza di idonei strumenti di copertura finanziaria degli investimenti» (art. 13, comma 2, lett. c)).

Prima dell'avvio dei procedimenti su istanza di parte, invece, i ritardi da parte del decisore politico (Stato e Regioni) e istituzionale (la nuova Agenzia per la sicurezza nucleare) nell'emanare gli atti di regolazione a completamento del disegno legislativo determinano soltanto il rinvio nell'attuazione della scelta politica di ritorno al nucleare. E su questo versante sono già stati ampiamente superati i tempi scanditi dal d.lg. n. 31, in particolare per l'emanazione del documento programmatico volto a delineare la strategia del Governo in materia nucleare (art. 3) e per la definizione delle caratteristiche delle aree idonee alla localizzazione degli impianti (art. 8). A questo punto l'obiettivo dell'apertura dei cantieri nel 2013, cioè entro la fine della legislatura, non è più realistico.

Il rischio regolatorio relativo ai procedimenti su istanza di parte sia in ordine ai tempi sia in ordine agli esiti, nel caso del nucleare, così come in altri contesti, è sempre difficile da apprezzare. In generale, quanto più articolato è il procedimento, con l'intervento a vario titolo di una pluralità di autorità pubbliche competenti e con la previsione di fasi di consultazione e di partecipazione dei soggetti interessati, tanto maggiore è la possibilità che i tempi, che il legislatore tende a definire con inguaribile ottimismo, non vengano rispettati. In secondo luogo, quanto è più ampia la discrezionalità delle autorità amministrative, tanto più alto è il tasso di incertezza.

Dal primo punto di vista, basta scorrere la sequenza degli adempimenti e atti endoprocedimentali richiesti nell'ambito del procedimento per la certificazione dei siti e per il rilascio dell'autorizzazione unica per rendersi conto di come i tempi per ottenere un provvedimento conclusivo del procedimento avviato sono difficilmente prevedibili. E, com'è noto, gli strumenti giuridici a disposizione di chi presenta l'istanza per rendere effettivo il rispetto dei termini (che hanno sempre natura ordinatoria) o per sanzionare i ritardi sono armi poco efficaci. E questo giudizio vale sia per il cosiddetto giudizio sul silenzio proponibile davanti al giudice amministrativo, che porta tutt'al più, almeno in prima battuta, a una sentenza che ribadisce l'obbligo di provvedere assegnando un termine; sia per il possibile giudizio volto a conseguire il risarcimento del danno da ritardo (art. 2-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241), che presuppone comunque la dimostrazione, sempre assai difficile, del dolo o della colpa dell'amministrazione.

Dal secondo punto di vista, l'esito dei procedimenti non è facile da prevedere *ex ante*. Infatti, si è in presenza di procedimenti caratterizzati da un tasso elevato di discrezionalità tecnica e amministrativa.

Basti pensare alla certificazione del sito che l'impresa propone nell'ambito delle localizzazioni individuate come astrattamente idonee, il cui procedimento prevede una prima fase di istruttoria tecnica in ordine al progetto preliminare dell'impianto, da valutare sotto il profilo della sicurezza, a cura dell'Agenzia che rilascia la certificazione, «anche con specifiche prescrizioni» (art. 11, comma 3) il cui contenuto e la cui onerosità per l'impresa sono poco prevedibili; una seconda fase più prettamente politico-istituzionale che vede il coinvolgimento di una pluralità di ministeri (Sviluppo economico, Ambiente, Infrastrutture e trasporti), delle Regioni e del comune interessato (art. 11, commi 4-10).

Anche il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica lascia ampi spazi di valutazione tecnico discrezionale che potrebbero portare a un esito negativo o comunque all'imposizione, come condizioni incorporate nell'autorizzazione rilasciata, di prescrizioni di carattere tecnico definite dall'Agenzia (art. 13 comma 8), nonché di «ogni altra prescrizione ritenuta necessaria per la tutela dell'ambiente e della pubblica utilità» (art. 13, comma 13, lett. l)). È certamente vero che le prescrizioni apposte alle autorizzazioni devono essere ragionevoli e proporzionate e sono potenzialmente sindacabili da parte del giudice amministrativo, tuttavia una siffatta clausola lascia gli operatori fino all'ultimo in uno stato di incertezza.

Un rischio regolatorio che può avere un impatto economico emerge anche dopo il rilascio dell'autorizzazione. Infatti, anche nella fase di costruzione e di esercizio dell'impianto l'Agenzia, ove rilevi la presenza di «elementi di rischio indebito» (*sic*, art. 18, comma 2), ha il potere di emettere prescrizioni tecniche e misure correttive atte alla sua eliminazione assegnando un termine per l'esecuzione. Vero è che la disposizione prevede un meccanismo innovativo, che, a ben considerare potrebbe essere adottato anche in altri contesti, di «quasi-negoziazione». Il titolare dell'autorizzazione può infatti controproporre all'Agenzia entro trenta giorni soluzioni tecniche e misure attuative «idonee a garantire condizioni ulteriormente migliorative», presumibilmente meno onerose per l'impresa. L'Agenzia nei quindici giorni

successivi emette una nuova prescrizione tenendo conto della controproposta o confermando la prescrizione originaria (art. 18, comma 4). Nel caso di inosservanza della prescrizione, l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività.

Il potere prescrittivo dell'Agenzia si estende, una volta che la centrale nucleare entra in esercizio, anche alla fase del trattamento e allo smaltimento dei rifiuti radioattivi i cui oneri sono a carico del titolare dell'autorizzazione unica (art. 19, commi 1 e 3).

Si è accennato nella premessa che il legislatore ha cercato di attenuare i rischi regolatori. Infatti, il d.lg. n. 31 contiene una disposizione inedita nel panorama della legislazione amministrativa volta a introdurre strumenti di copertura finanziaria ed assicurativa contro il rischio di ritardi nei tempi di costruzione e di messa in esercizio degli impianti «per motivi indipendenti dal titolare dell'autorizzazione unica, con esclusione per i rischi derivanti dai rapporti contrattuali con i fornitori che rimangono in capo al titolare stesso» (art. 17, che riprende un principio già contenuto nell'art. 25, comma 2, lett. m) della legge di delega).

Per valutare appieno la portata della disposizione occorrerà attendere il decreto interministeriale attuativo che porrà la disciplina di dettaglio. In ogni caso si può già affermare che il titolare dell'autorizzazione dovrà essere compensato in qualche modo per i ritardi che possono derivare dall'adozione da parte delle varie amministrazioni interessate degli atti endoprocedimentali e dell'atto finale. Sarà interessante vedere se e come potrà essere accertata la responsabilità e come verrà ripartito l'onere a carico delle singole amministrazioni statali e regionali.

Va precisato che i ritardi coperti da questa particolare garanzia possono essere provocati anche dalle impugnazioni degli atti autorizzativi rilasciati. In particolare, le associazioni ambientaliste, che hanno una legittimazione autonoma *ex lege* a contestare gli atti suscettibili di compromettere l'interesse ambientale, e altri soggetti lesi ben potrebbero proporre ricorso al giudice amministrativo chiedendo in via cautelare la sospensione dell'efficacia del provvedimento emanato. Vero è peraltro che il Codice del processo amministrativo (art. 119, comma 1, lett. l)) sottopone tutte le controversie concernenti la produzione di energia elettrica da fonte nucleare al rito speciale che

prevede tempi di risoluzione delle controversie accelerati e dunque i ritardi complessivi potrebbero essere contenuti (qualche mese o, in caso di appello, un anno).

3. – In seguito alla riforma dei rapporti tra Stato e Regioni operata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, «la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia» (art. 117, comma 3 Cost.) sono inclusi tra le materie attribuite alla competenza legislativa concorrente dei due livelli di governo. Questa scelta è stata molto criticata anche perché in paesi a ordinamento federale in senso proprio, come la Germania e gli Stati Uniti, la realizzazione, in particolare, di impianti nucleari rientra nella competenza del livello di governo federale, escludendo dunque i Länder e gli Stati federati.

Il contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni si è moltiplicato nell'ultimo decennio. Com'era prevedibile, sia la legge n. 99 del 2009 di delega in materia nucleare, sia il d.lg. n. 31 del 2010 sono stati oggetto di impugnazioni da parte delle Regioni. Esse hanno censurato il d.lg. lamentando la lesione delle loro competenze costituzionalmente garantite da parte di norme che tentano di superare la situazione di stallo decisionale in una materia nella quale vi è una grande sensibilità a livello locale (la nota sindrome NIMBY)<sup>3</sup>.

Un primo gruppo di impugnazioni da parte di alcune Regioni (Toscana, Umbria, Liguria, Piemonte, Lazio, Marche, Calabria, Emilia-Romagna, Molise) ha riguardato direttamente la legge di delega n. 99 del 2009. La Corte costituzionale con la sentenza n. 278 del 2010 ha respinto tutte le censure. Più che esaminarle partitamente in questa sede, merita soltanto sottolineare come la Corte abbia scomposto la materia nucleare in più tronconi ascrivibili a una diversa competenza statale o regionale in base all'art. 117 della Costituzione.

La Corte ha chiarito che la peculiarità della fonte nucleare, correlata, in particolare, ai suoi effetti positivi in relazione al cambiamento climatico (data l'assenza di emissioni che producono l'effetto serra), alla

<sup>3</sup> Da *not in my back yard*, cioè non nel mio cortile, per significare il consenso in astratto delle collettività locali alla realizzazione di opere infrastrutturali necessarie alla collettività (inceneritori, rigassificatori, linee ad alta velocità, ecc.) purché non siano collocate nel territorio di riferimento.

sicurezza dell'approvvigionamento (data l'abbondanza di uranio) e alla competitività del sistema produttivo, non sottraggono di per sé il nucleare dall'ambito della materia produzione di energia elettrica, attribuita, come si è visto, alla competenza concorrente. Solo alcuni profili, come la costruzione degli impianti per la messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi e per lo smaltimento di impianti nucleari a fine vita ricade nella competenza esclusiva statale in tema di tutela dell'ambiente (art. 117, comma 2, lett. s), Cost.). Anche la possibilità di dichiarare i siti aree di interesse strategico nazionale soggette a forme speciali di vigilanza e di protezione eccede dai limiti della materia energetica e ricade invece nella sfera di competenza esclusiva statale in tema di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza (art. 117, comma 2, lett. h), Cost.).

Ma i ricorsi contro la legge delega hanno costituito solo una prova d'ingaggio rispetto alla battaglia campale contro il d.lg. n. 31 del 2010 con i ricorsi promossi dalle Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Puglia articolati in un'ampia gamma di censure.

Particolarmente insidiosa, per quel che interessa in questa sede, poteva essere la censura riferita al procedimento di certificazione dei siti su istanza dell'impresa interessata a realizzare un impianto nucleare (art. 11) e propedeutico all'istanza per il rilascio dell'autorizzazione unica. Le Regioni lamentavano un peso decisionale insufficiente nell'ambito di un procedimento nel quale il ruolo preponderante spetta all'Agenzia che rilascia la certificazione e la trasmette al Ministero dello sviluppo economico (oltre che al Ministero dell'ambiente e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) il quale lo sottopone all'intesa della Regione interessata.

Sulla base della giurisprudenza costituzionale (da ultimo proprio la sentenza n. 278 del 2010), tutte le volte che si è in presenza di una competenza legislativa concorrente (nel caso di specie, produzione di energia elettrica) e la funzione amministrativa da esercitare (nel caso di specie il procedimento autorizzatorio) ha una dimensione ultraregionale, la funzione amministrativa viene «attratta in sussidiarietà», può cioè essere regolata da norme statali, «a condizione che ciò si accompagni alla previsione di un'intesa in sede di esercizio della funzione, con cui recuperare un'adeguata autonomia»<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost. n. 303 del 2003 e, in relazione all'energia: n. 6 del 2004, sul

Le Regioni contestavano però il meccanismo per superare lo stallo nel caso di mancato raggiungimento dell'intesa. L'art. 11, comma 6, lo articola in due fasi: costituzione di un Comitato interistituzionale a composizione paritaria statale e regionale e con la presenza di un rappresentante del comune interessato che ha sessanta giorni per cercare di raggiungere l'intesa; decorso il termine o in mancanza d'intesa, assunzione della determinazione al massimo livello istituzionale e cioè con delibera del Consiglio dei ministri, integrato con la partecipazione del presidente della Regione interessata, recepita in un decreto del Presidente della Repubblica.

Con sentenza n. 33/2011 la Corte costituzionale ha ritenuto questo meccanismo sufficientemente rispettoso delle prerogative regionali poiché la possibilità di superare il dissenso regionale «si giustifica per l'esigenza di garantire l'attuazione della strategia energetica, evitando che si determini un insuperabile stallo nella sua realizzazione». In ogni caso, secondo la Corte, la Regione ha sempre la possibilità di esperire «gli ordinari rimedi giurisdizionali, nonché eventualmente il ricorso avanti a questa Corte in sede di conflitto di attribuzione». Da qui il rischio contenzioso prima segnalato.

Le Regioni avevano censurato anche una norma procedurale riferita a questo meccanismo e cioè il rinvio a un decreto del Ministro dello sviluppo economico, assunto previo parere della Conferenza unificata Stato-Regioni, per la definizione delle modalità di funzionamento del comitato interistituzionale. La Corte ha ritenuto sufficiente il coinvolgimento delle Regioni per mezzo di un parere, anziché di un'intesa, e ciò al fine di garantire il funzionamento dell'organo «evitando che la sua attività possa essere paralizzata dal mancato raggiungimento di un accordo in tale sede».

Su un solo aspetto, tutto sommato marginale, la Corte costituzionale si è allineata alla posizione delle Regioni. Ha censurato in-

d.l. n. 7/2002, c.d. sblocca centrali 2; n. 62 del 2005, avente ad oggetto sia le leggi delle Regioni Sardegna, Basilicata e Calabria di denuclearizzazione dei rispettivi territori da fonti estranee ai territori medesimi, sia il d.l. n. 313/2002 in materia di stoccaggio dei rifiuti radioattivi; n. 383 del 2005 sul d.l. n. 239/2003 c.d. anti-black-out. Sugli aspetti costituzionali cfr. M. D'ALBERTI, *Il mercato dell'energia nucleare*, G. MORBIDELLI, *Le procedure di localizzazione, Relazioni presentate alla Conferenza di diritto dell'energia*, 2010, in corso di pubblicazione.

fatti il d.lg. n. 31 nella parte in cui non prevede che all'interno del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica, in aggiunta all'intesa con la Conferenza unificata, anche un parere della Regione il cui territorio è direttamente interessato dall'intervento. Ha dichiarato così incostituzionale l'art. 4, che in sede di decreto correttivo al d.lg. n. 31<sup>5</sup> verrà modificato inserendo anche questo passaggio procedurale.

In definitiva, la Corte costituzionale, con le sue due sentenze sul nucleare, ha salvato l'impianto regolatorio del d.lg. n. 31, anche se l'equilibrio così raggiunto tra poteri statali e poteri regionali si traduce in una moltiplicazione di soggetti che intervengono nei processi decisionali, con conseguente rischio, già rilevato, di allungamento dei tempi per l'assunzione delle determinazioni finali.

Il panorama dei decisori include la neo istituita Agenzia per la sicurezza nucleare. L'art. 20 della legge n. 99 del 2009 ne delinea l'organizzazione (accorpendo strutture già esistenti<sup>6</sup>), i poteri essenziali, le modalità di finanziamento che gravano sulle imprese interessate. L'aspetto più rilevante è che si tratta di un apparato al cui vertice è posto un organo collegiale composto da quattro membri e un presidente nominati dal Governo per sette anni e scelti tra persone di «indiscusse moralità e indipendenza, di comprovata professionalità ed elevate qualificazione e competenza nel settore delle tecnologia nucleare, della gestione di impianti tecnologici, della sicurezza nucleare, della radio protezione della tutela dell'ambiente e della sicurezza sanitaria» (art. 29, comma 8). Questa configurazione, sia per la durata dell'incarico sia per le caratteristiche dei membri, dovrebbe garantire una certa coerenza e stabilità degli indirizzi dell'Agenzia, che è essenziale dal punto di vista dei rischi della regolazione che sono tanto più elevati quanto più i titolari dei poteri sono suscettibili di rotazione e di essere sottoposti agli indirizzi politici<sup>7</sup>. L'Agenzia non è

<sup>5</sup> Lo schema di decreto legislativo è stato inviato dalla presidenza del Consiglio dei Ministri ai ministeri interessati a metà febbraio 2011.

<sup>6</sup> L'attuale Dipartimento nucleare, rischio tecnologico, e industriale dell'ISPRA e le risorse dell'ENEA (Ente nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente).

<sup>7</sup> L'art. 7 dello Statuto prevede un regime di incompatibilità per i componenti del consiglio direttivo tale da garantire indipendenza sia dalle imprese del settore sia dalla politica partitica.

peraltro una vera e propria autorità indipendente in senso stretto, visto che comunque è assoggettata alla vigilanza ministeriale (comma 15) e può essere sciolta per gravi e motivate ragioni (comma 21)<sup>8</sup>. Il potere di vigilanza non include di per sé il potere di direttiva<sup>9</sup>, che avrebbe reso l'Agenzia più direttamente assoggettata agli indirizzi della politica, accrescendo così il rischio regolatorio, ma il diaframma con quest'ultimi è più sottile di quanto non avvenga usualmente per le autorità indipendenti in senso proprio, tra le quali figura, grazie anche alle garanzie di indipendenza poste a livello comunitario, il regolatore generale di settore, e cioè l'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Anche quest'ultima esercita alcune competenze in materia di nucleare e, in particolare quella di fissare i contributi periodici a carico delle imprese per alimentare il fondo per il *decommissioning* (art. 21, comma 2).

In materia nucleare il numero dei regolatori a livello governativo è piuttosto elevato. Una pluralità di ministeri (sviluppo economico, ambiente, infrastrutture e trasporti, beni culturali, economia e finanze) esercitano a vario titolo competenze all'interno dei vari procedimenti regolatori.

Per tutte le decisioni fondamentali il d.lg. n. 31 fa ricorso a forme di coordinamento in senso «forte», cioè attraverso uno strumento di tipo paritario, come il concerto, previsto in particolare per la definizione della strategia nucleare (art. 3), per la decisione fondamentale relativa alla definizione delle caratteristiche delle aree idonee alla localizzazione degli impianti nucleari (art. 8, comma 1), per il rilascio dell'autorizzazione unica (art. 4). Il concerto può produrre più facilmente situazioni di stallo nelle decisioni.

Vero è che a livello statale vi è sempre un elemento unificante per dirimere eventuali conflitti e cioè la sede del Consiglio dei Ministri,

<sup>8</sup> Inoltre, in base all'art. 5 dello Statuto con Dpcm 27 aprile 2010, i membri possono essere confermati nell'incarico e ciò a differenza delle autorità indipendenti in senso proprio, nelle quali alla lunga durata del mandato si aggiunge il divieto di conferma, e ciò proprio al fine di rendere meno condizionabili i membri.

<sup>9</sup> L'art. 1 comma 3, dello Statuto approvato prevede soltanto che l'Agenzia operi «nell'ambito delle priorità e degli indirizzi di politica energetica nazionale».

ma è noto che l'eterogeneità degli interessi di cui si fanno portatori i singoli ministeri è un fattore che accresce gli attriti e rallenta i processi decisionali. Anche questo elemento va tenuto presente nella valutazione dei rischi regolatori.

4. – La realizzazione di grandi infrastrutture che arrecano un beneficio alla comunità in generale, ma che impongono sacrifici speciali alle popolazioni locali, crea sempre problemi di consenso dal basso.

Sebbene il nostro ordinamento giuridico non sia tra quelli più avanzati in tema di coinvolgimento nei processi decisionali degli interessi delle comunità e di gestione del dissenso, va riconosciuto che il d.lg. n. 31 individua momenti partecipativi significativi nell'ambito dei procedimenti regolatori.

Così, in particolare, il procedimento per la definizione dei parametri delle aree idonee alla localizzazione degli impianti nucleari è aperto anche alla partecipazione di soggetti portatori di interessi qualificati (oltre che delle Regioni e degli enti locali) che possono formulare osservazioni e proposte tecniche in forma scritta e non anonima sullo schema di provvedimento elaborato dall'Agenzia e assoggettato a un primo vaglio dei ministeri (art. 8, comma 2). Gli atti relativi al procedimento possono essere consultati nella loro interezza da parte di chi vi abbia interesse. L'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni presentate deve essere adeguatamente motivato e gli esiti della consultazione devono essere pubblicati sui siti internet. Questi obblighi superano la soglia minima della trasparenza e dell'apertura alle istanze partecipative prevista in via generale dalla normativa sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241).

Nell'ambito del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica, invece, il d.lg. prevede soltanto che alla conferenza dei servizi indetta dall'Agenzia siano chiamati a partecipare, oltre che i ministeri, la regione e gli enti locali interessati, «tutti gli altri soggetti e le amministrazioni coinvolti, da individuare sulla base dello specifico progetto» (art. 13, comma 10), una formula peraltro in qualche misura generica.

La pubblicità degli atti è garantita anche in ordine ai provvedimenti adottati dall'Agenzia nell'esercizio delle funzioni di sorveglianza sulla costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari (art. 18, comma

5). Ma il massimo di trasparenza è realizzato attraverso l'istituzione in ciascuna Regione in cui sono situati i siti certificati (e il sito per il deposito nazionale per lo smaltimento definitivo delle scorie radioattive) di un Comitato di confronto e trasparenza a composizione ampia delle amministrazioni nazionali e locali interessate e dei soggetti portatori di interessi qualificati, tra i quali un rappresentante dell'associazione ambientalista maggiormente rappresentativa a livello regionale, un rappresentante dell'imprenditoria locale, un rappresentante sindacale (art. 22, comma 4).

Il Comitato ha come scopo quello di garantire alla popolazione l'informazione, il monitoraggio e il confronto pubblico. A questo fine il Comitato, da un lato, può richiedere al titolare del sito tutte le informazioni necessarie, dall'altro lato, è tenuto a comunicare le informazioni in suo possesso su richiesta di ogni soggetto interessato.

In ogni caso, il titolare dell'autorizzazione ha l'obbligo di presentare ogni anno all'Agenzia e al Comitato un rapporto relativo allo stato di avanzamento dei lavori di realizzazione della centrale e, successivamente alla messa in opera, relativo alle misure adottate a garanzia della sicurezza nucleare, ai risultati delle rilevazioni delle emissioni radioattive, alle quantità dei rifiuti radioattivi presenti sul sito (art. 16). Il rapporto è pubblicato sui siti internet. Il Comitato può chiedere il compimento di analisi in ordine a particolari aspetti tecnici, radio protezionistici ed ambientali a soggetti pubblici qualificati (art. 22, ultimo comma). Il Comitato può anche chiedere a soggetti pubblici come le università e gli enti di ricerca di procedere ad analisi in ordine ai vari aspetti di rischio dell'attività.

In definitiva, l'attività del titolare dell'autorizzazione è assoggettata a un monitoraggio esterno continuo per tutto il periodo di esercizio dell'impianto che si aggiunge all'attività di vigilanza a cura dell'Agenzia che si sostanzia anche attraverso l'invio, senza preavviso, di ispettori (art. 4 dello Statuto dell'Agenzia). Nel caso di situazioni di emergenza alla cui gestione partecipa in modo diretto l'Agenzia, quest'ultima ha l'obbligo di fornire «alle istituzioni e al pubblico, secondo il principio di trasparenza, le necessarie informazioni» (art. 4 dello Statuto).

La trasparenza e la pubblicità sono volti a promuovere il mantenimento dei livelli più elevati di sicurezza quanto mai necessari nel

settore nucleare e tendono ad instaurare un maggior collegamento tra l'impresa e la comunità locale, a favore della quale il d.lg. n. 31 prevede un sistema di compensazioni economiche che sono erogate per tutto il periodo di costruzione e funzionamento dell'impianto (art. 23).

Più in generale, il d.lg. n. 31 prevede che il Ministero dello sviluppo economico promuova una «Campagna di informazione nazionale in materia di produzione di energia elettrica da fonte nucleare» (art. 31) mirata verosimilmente a promuovere il consenso su una scelta così impegnativa e delicata. La distinzione tra informazione istituzionale e propaganda, in questo come in altri casi, può apparire incerta.

Tuttavia, la prevedibile opposizione, specie nella fase di perfezionamento dell'iter autorizzativo, può accrescere il rischio regolatorio, in modo indiretto, poiché i soggetti pubblici specie a livello di enti territoriali sono particolarmente sensibili agli umori del proprio elettorato, sia in modo diretto, attraverso azioni di contrasto organizzate (proteste, presidi organizzati, ecc.) e anche attraverso l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi. In questo senso si può parlare di rischi da partecipazione.

5. – La rinascita del nucleare è avvenuta sulla base di un «*fiat*» del legislatore, secondo alcuni commentatori senza un adeguato confronto preventivo ai vari livelli interessati in modo da allargare la base del consenso. La legge n. 99 del 2009 e il d.lg. n. 31 del 2010 sono dunque figli di una scelta assunta dal centro che va per così dire calata in periferia. In occasione della tornata delle elezioni regionali del 2010 è emerso chiaramente che, con varie argomentazioni, nessuna Regione sembra interessata o disponibile a consentire la localizzazione delle centrali nucleari nel proprio territorio<sup>10</sup>. Per ora la strategia di attacco frontale alle norme statali attraverso i ricorsi alla Corte costituzionale ha prodotto risultati assai limitati. Ma, in fase attuativa, le catene procedimentali previste dal d.lg. n. 31 potranno costi-

<sup>10</sup> Tra i vincitori delle elezioni regionali del marzo 2010, sette governatori si sono dichiarati contrari la nucleare, cinque a favore, purché gli impianti siano realizzati in altre regioni, uno solo possibilista. Cfr. A. CLÒ, *Si fa presto a dire nucleare*, cit., p. 168.

tuire il terreno per una battaglia di sfiancamento e logoramento potenzialmente altrettanto pericolosa.

I rischi da ripensamento non vanno dunque sottovalutati, soprattutto nel caso in cui mutino gli equilibri politici e parlamentari all'esito delle elezioni nazionali a ciascuna scadenza quinquennale della legislatura. È noto infatti che le leggi possono essere messe nel nulla con un solo tratto di penna dello stesso legislatore oppure in seguito a referendum (che, nel caso di specie, è già stato proposto e ritenuto ammissibile) e non esistono nel nostro ordinamento strumenti per rendere costituzionalmente irreversibile una scelta legislativa. È dunque da mettere in conto che, così com'è già accaduto in passato nel settore nucleare a seguito del referendum del 1987, il programma di rilancio, che richiede un consenso di lungo periodo trasversale tra i gruppi politici, possa essere rimesso in discussione. E a quel punto si porrebbe il problema di chi si sobbarca i costi di un retromarcia, magari anche sotto forma di indennizzi relativi a investimenti già realizzati. Va ricordato che gli extracosti dell'inversione di marcia sul nucleare si sono riversati sulla bolletta dei consumatori di energia elettrica<sup>11</sup> e in ogni caso le procedure per lo smantellamento degli impianti nucleari si sono protratte nel tempo e, come lamenta la Corte dei conti nella relazione finanziaria della Sogin Spa non sono ancora completate<sup>12</sup>.

Un rischio regolatorio, che almeno in teoria potrebbe essere prefigurato, è quello della sospensione delle attività autorizzate e della revoca dell'autorizzazione.

La sospensione amministrativa è prevista dal d.lg. n. 31 nel caso

<sup>11</sup> Si tratta dei costi «connessi alla smantellamento delle centrali elettronucleari dismesse, alla chiusura del ciclo del combustibile nucleare e alle attività connesse e conseguenti» (art. 2, comma 1, lett. c), d.m. 26 gennaio 2000 e per una definizione più analitica art. 8 del menzionato d.m.). Tali costi rientrano tra gli oneri generali del sistema elettrico (art. 3, comma 11, d.l.g.s n. 79/1999 e art. 1, d.l. n. 25/2003 convertito in l. n. 83/2003). Sono determinati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas e pagati da tutti i clienti finali tramite la c.d. componente A2 della bolletta elettrica. Secondo quanto si legge nel sito dell'Autorità, fino al 2007 sono stati riconosciuti, come costi di *decommissioning*, 15.680 miliardi di lire e circa 1050 milioni di €.

<sup>12</sup> Cfr. Corte dei conti, determinazione n. 36/2010.

in cui il titolare dell'autorizzazione non si uniformi entro un termine prefissato alle prescrizioni tecniche e alle misure di sicurezza imposte dall'Agenzia in presenza di situazioni di rischio (art. 18, comma 4). Essa è prevista in termini ancor più generali (art. 14) nei casi di gravi e reiterate violazioni degli obblighi discendenti dall'autorizzazione unica e delle prescrizioni, che peraltro sono sanzionate anche penalmente (art. 33). Nei casi più gravi può essere disposta la revoca dell'autorizzazione unica. Questo tipo di revoca cosiddetta sanzionatoria non esaurisce le ipotesi di revoca previste nell'ordinamento amministrativo. Infatti, in termini generali, la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo attribuisce alle amministrazioni il potere di revocare i provvedimenti amministrativi a efficacia durevole per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, per mutamento della situazione di fatto e addirittura per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, cioè un ripensamento completo della scelta operata al momento del rilascio del titolo autorizzativo (art. 21-*quinquies*). In questo caso, peraltro, deve essere riconosciuto un indennizzo.

6. - Come si è accennato, il legislatore ha cercato di attenuare alcuni rischi regolatori in modo da promuovere il rilancio del nucleare e si è già sottolineata la novità rappresentata dalla previsione di strumenti di copertura finanziaria e assicurativa contro il rischio di ritardi nella realizzazione degli impianti non imputabili al titolare dell'autorizzazione.

Un altro elemento di attenuazione dei rischi amministrativi consiste nel fatto che il rilascio dell'autorizzazione unica, per un verso, vale come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere e ciò al fine di agevolare le procedure espropriative e di occupazione dei beni; per altro verso, costituisce variante agli strumenti urbanistici e sostituisce ogni provvedimento amministrativo necessario per poter costruire ed esercitare l'impianto (art. 1, comma 15, d.lg. n. 31). Ciò del resto è in linea con lo stesso concetto di autorizzazione unica, sperimentata anche in altri contesti (per esempio in quello degli impianti eolici) che ha appunto la funzione di sostituire la molteplicità dei procedimenti paralleli necessari per l'acquisizione dei vari titoli abilitativi con un unico procedimento istruttorio nel quale, specie nella sede della conferenza dei servizi, vengono esa-

minate contestualmente tutte le questioni e assunte tutte le determinazioni incorporate nell'autorizzazione unica<sup>13</sup>.

Sotto il profilo degli oneri economici che gravano sul titolare dell'autorizzazione unica, il d.l.g. n. 31, nel disciplinare le compensazioni da erogare ai residenti, agli enti locali e alle imprese del territorio dove insiste l'impianto in base a convenzioni stipulate dal titolare dell'autorizzazione con gli enti locali, introduce parametri certi con importi differenziati riferiti alla fase di costruzione dell'impianto e a quella successiva fase di esercizio. Essi sono collegati, nella prima fase, alla potenza elettrica nominale dell'impianto da realizzare e, nella seconda fase, all'energia elettrica effettivamente prodotta e immessa nella rete (art. 23).

I costi di stoccaggio temporaneo dei rifiuti radioattivi, del loro trattamento, smaltimento e immagazzinamento presso il Deposito nazionale gravano sul titolare dell'autorizzazione unica e presentano, come si è accennato, una qualche margine di incertezza in relazione alle prescrizioni che l'Agenzia può impartire (art. 19).

Altri oneri economici che gravano sugli operatori riguardano la disattivazione degli impianti a cura di una società pubblica (la Sogin Spa) assoggettata al potere di indirizzo del Ministero dello Sviluppo economico e del Ministero dell'economia e delle finanze. Il finanziamento avviene attraverso un Fondo per il *decommissioning* (artt. 20 e 21) alimentato dai contributi annui dei titolari delle autorizzazioni che le disposizioni legislative stabiliti dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas con parametri di tipo oggettivo<sup>14</sup>.

Un fattore di certezza, che sta al confine con misure di incentivazione in senso proprio a favore dei produttori, consiste nella prio-

<sup>13</sup> L'art. 14-ter, comma 9, della legge n. 241 del 1990 prevede infatti in termini generali che il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva della conferenza dei servizi sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti.

<sup>14</sup> L'Autorità provvede su proposta della Sogin e previo parere dell'Agenzia, «assumendo a parametro analoghe esperienze internazionali con la medesima tecnologia e comunque secondo criteri di efficienza, tenendo conto della stima delle operazioni per la disattivazione degli impianti presentata dagli operatori nella fase autorizzativa» (art. 21, comma 2).

rità di dispacciamento, cioè nella priorità dell'energia prodotta dagli impianti nucleari, a parità di prezzo offerto, nell'ordine di merito economico con cui vengono ordinate le offerte di elettricità ai fini della immissione in rete (art. 25, comma 4, della legge n. 99 del 2009), priorità che si aggiunge a quella analoga già prevista per l'energia prodotta da fonti rinnovabili. A questo riguardo è stata sottolineata la conseguenza negativa in termini di «arretramento nel processo di liberalizzazione del mercato elettrico» che deriverebbe ove fosse raggiunto l'obiettivo di garantire un'offerta di energia da nucleare pari al 25% e di energia da fonti rinnovabili pari a un ulteriore 25%. Il mercato in senso proprio, dedotta anche l'energia destinata all'autoconsumo e alle transazioni bilaterali che non transitano nel mercato organizzato a cura del Gestore del mercato elettrico, diverrebbe quasi marginale<sup>15</sup>.

Altri tipi di certezze da parte dei pubblici poteri a favore dei produttori di energia elettrica nucleare non sembrano possibili, come si è accennato, in un contesto di mercati liberalizzati. In particolare non pare possibile garantire certezza sulle quantità e sui prezzi di cessione.

In conclusione, è difficile stabilire quanto la sommatoria dei rischi e delle certezze della cornice regolatoria prefigurata in relazione al programma di rilancio del nucleare potrà condizionarne la fattibilità. In ogni caso, i rischi regolatori, al pari degli altri rischi, devono essere ponderati con grande attenzione e certamente, nel contesto italiano, l'affidabilità del regolatore pubblico e del decisore politico nel lungo periodo, soprattutto agli occhi di investitori stranieri, costituiscono, in questo come in molti altri contesti, un punto interrogativo.

### *Abstract*

Il saggio analizza la nuova disciplina in materia di rilancio del nucleare dal punto di vista dei rischi regolatori per le imprese che abbiano l'interesse a realizzare e gestire le centrali nucleari. In modo del tutto innovativo, per esempio, al fine di garantire maggiori certezze, sui soggetti privati non ricade il rischio dei ritardi nel rilascio dei titoli autorizzativi necessari per realizzare le infrastrutture. Il sag-

<sup>15</sup> Cfr. A. CLÒ, *op. ult. cit.*, p. 167.

gio tiene conto della molteplicità dei procedimenti amministrativi concatenati e dei poteri attribuiti ai vari soggetti pubblici, inclusa la neoinstituita Agenzia per la sicurezza nucleare.

The paper analyses the new rules on the relaunching of nuclear power in terms of regulatory risks for companies that have an interest in building and managing nuclear power plants. One major innovation, for example, is that, in order to ensure greater certainty, the risk of delays in issuing certificates of authorization needed to implement the infrastructure does not fall on private parties. The paper takes into account the multiplicity of related administrative proceedings and the powers attributed to various public bodies, including the newly created Agency for Nuclear Safety.