

Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d. lgs. 31/2010

di Laura Ammannati* e Marinella De Focatiis**

1. Premessa storica

Dopo oltre un ventennio si ritorna a parlare di nucleare. La completa fuoriuscita dell'Italia dal settore è iniziata con il referendum del 1987 indetto come conseguenza dell'incidente di Chernobyl.

Per il lungo tempo trascorso sembra opportuno ricordare alcuni passaggi chiave della “storia” nucleare italiana¹. L'attenzione per il nucleare risale agli anni 50 quando inizia la costruzione delle prime centrali elettronucleari (Latina, Garigliano, Trino Vercellese). La l. 1860/62 disciplinava in modo completo il settore e attribuiva al Comitato Nazionale per l'Energia Nucleare (CNEN) il ruolo di regolatore. Il successivo d.p.r. 185/64 (poi abrogato dal d. lgs. 230/95) disciplinava la sicurezza degli impianti e la protezione dalle radiazioni. Con la nazionalizzazione dell'energia elettrica nel 1962 le centrali elettronucleari sono trasferite all'Enel che presenta a fine 1966 un programma di sviluppo del nucleare. Nel 1971 inizia la costruzione della centrale di Caorso e nel 1974, dopo la prima crisi petrolifera, Enel approva il Programma Energetico Nazionale (PEN), che prevede la costruzione di 20 centrali elettronucleari. A breve distanza il parlamento approvava la l. 393/75 relativa alla localizzazione e alla autorizzazione delle centrali di Enel. Sulla base di questa procedura la costruzione di Montalto di Castro è autorizzata nel 1979, poco prima dei fatti di *Three Mile Island* negli USA. Di conseguenza Enel incontra le prime difficoltà nella esecuzione dei suoi programmi anche a seguito delle iniziali opposizioni degli ambientalisti. Il PEN del 1981 riflette queste incertezze, ma conferma Montalto di Castro e prevede 6 ulteriori unità in 3 diversi siti (Piemonte, Lombardia, Puglia), e l'aggiornamento del 1986, approvato dal CIPE, ribadisce l'importanza del nucleare nell'ottica di una diversificazione delle fonti di approvvigionamento. Nel frattempo con la l. 84/1982 il CNEN è trasformato nel Comitato nazionale per la ricerca e sviluppo dell'*Energia Nucleare e delle Energie*

Il lavoro è il risultato di una ricerca ed elaborazione comune. In ogni caso i pff. 1-8 e 14-15 sono stati scritti da Laura Ammannati; i pff. 9-13 da Marinella De Focatiis.

* Laura Ammannati è docente di “Regolazione dei mercati” presso l'Università degli Studi di Milano (laura.ammannati@unimi.it)

** Marinella De Focatiis dirige la Funzione Diritto Amministrativo e dell'Energia in Edison S.p.A. (marinella.defocatiis@edison.it). Le opinioni espresse in questo articolo rappresentano il punto di vista dell'autore e non impegnano in alcun modo l'organizzazione di appartenenza.

¹ Basti ricordare che uno dei primi lavori sul tema del diritto dell'energia nucleare lo si ritrova in una relazione di G. GUARINO del 1958 “*Stato ed energia nucleare*” pubblicata nella Rivista delle Società del 1959 (ora anche in G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 325 ss.). Per una storia dettagliata di questo primo periodo fino al referendum, v. C. LOMBARDI, *La questione dell'energia nucleare*, in G. ZANETTI (a cura), *Storia dell'industria elettrica in Italia. Gli sviluppi dell'Enel 1963-1990*, Roma-Bari, 1994.

Alternative (ENEA), con competenze, oltre che in materia di energia nucleare, nei settori delle fonti rinnovabili e dell'impatto ambientale.

A seguito dell'incidente di Chernobyl (1986) furono indetti i 3 noti referendum in materia nucleare. Bisogna sottolineare che questi di fatto vertevano su aspetti marginali², che produssero una minima incidenza sulla legislazione in vigore³, e non avevano ad oggetto né le centrali in esercizio né quelle in costruzione. Tuttavia, unico esempio tra tutti i paesi europei, in Italia, dapprima una risoluzione del parlamento portò a imporre ad Enel la sospensione dei lavori per Montalto di Castro, e poi la deliberazione di una moratoria portò a decidere la chiusura delle centrali in esercizio (Latina, Caorso e Trino V.). Il PEN del 1988 ebbe come esito lo smantellamento definitivo delle centrali.

La conclusione di questa vicenda, che ha prodotto anche la perdita di un patrimonio di ricerca e tecnologia in cui il nostro paese aveva un ruolo di primo piano, è stato il permanere di una legislazione, mai abrogata, e divenuta obsoleta a seguito della liberalizzazione del mercato elettrico e delle innovazioni negli indirizzi europei e internazionali sia di tipo tecnico che in materia di sicurezza e compatibilità ambientale.

2. Il nuovo corso in Europa

Il proposito manifestato all'inizio di questa legislatura di riprendere il cammino della produzione di energia elettronucleare si colloca tra l'altro in una generale riconsiderazione del nucleare che ha portato la Finlandia a decidere la costruzione di una nuova centrale (Olkiluoto 3) che si affianca a quella di Flamanville in Francia.

Questo nuovo interesse per il settore è motivato, come noto, anche dalla necessità di ridurre le emissioni di CO₂ nell'atmosfera. Obiettivo al quale il nucleare, al pari delle energie rinnovabili, può dare un contributo. In questa prospettiva si collocano i progetti di politica energetica inglese⁴, come il dibattito riaperto in Svezia o in Germania.

² I 3 referendum hanno portato alla abrogazione di norme contenute (i) nella l. 856/73 che consentiva ad Enel di partecipare ad accordi internazionali per la costruzione e la gestione di centrali nucleari all'estero, e (ii) nella l. 8/83 che prevedeva la concessione di compensi ai comuni che ospitavano centrali nucleari o a carbone e la competenza del CIPE a decidere sulla localizzazione delle centrali in caso di inerzia degli enti locali nei tempi stabiliti.

Il divieto posto dal primo referendum è stato poi di fatto superato nel 2004 con l'art. 1, c. 47 della l. 239/04.

³ Sul contesto regolatorio e sulle disposizioni legislative in particolare in materia di autorizzazioni ancora in vigore a monte dei nuovi interventi, v. L. AMMANNATI, *Il contesto normativo e regolatorio*, e M. DE FOCATIIS, *Il percorso autorizzativo: disciplina attuale e prospettive*, in Fondazione ENERGILAB (a cura), *Rapporto preliminare sulle condizioni per il ritorno all'energia elettronucleare in Italia. Tecnologia, sicurezza, ambiente, quadro normativo, aspetti economici e finanziari* (giugno 2008), poi pubblicato in Ed. Gruppo Italiaenergia, settembre 2008.

⁴ V. su tutto *Meeting the Energy Challenge. A White Paper on Nuclear Power*, January 2008, Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform, in partic. 44-70.

Anche nelle linee di sviluppo della politica energetica europea del gennaio 2007⁵ è stato evidenziato il ruolo del nucleare nel *mix* di energia sia in termini di maggiore stabilizzazione del prezzo e di sicurezza negli approvvigionamenti, che in termini di contributo alla riduzione delle emissioni di gas serra, anche se è stato ribadito che la decisione sul ricorso all'energia nucleare è di totale competenza degli stati membri⁶.

3. La regolazione comunitaria

Sulla base del Trattato Euratom, la normativa comunitaria è intervenuta a più riprese in materia di sicurezza degli impianti e di radioprotezione nella prospettiva di definire un approccio comune anche con il ricorso ad un procedimento di armonizzazione coordinata attraverso una rete di regolatori, la *Western Nuclear Regulator's Association* (WENRA) che ha lavorato fino al 2006 per la graduale convergenza degli *standards* di controllo degli impianti operativi esistenti. Tra le misure dirette a creare reti di collegamento e di collaborazione e di assistenza in materia di sicurezza nucleare, va ricordata la formazione del *High Level Group on Nuclear Safety and Waste Management* composto da membri esperti delle autorità nazionali di regolazione (dec. Comm. 530/2007/Euratom) ridenominato poi ENSREG (*European Nuclear Safety Regulators Group*) che ha presentato alla stessa Commissione un importante rapporto nel 2009⁷.

Le analisi di questo gruppo hanno certamente influito sui contenuti dell'ultima direttiva del Consiglio Euratom (2009/71 del 25 giugno 2009) che “istituisce un quadro comunitario per la sicurezza degli impianti nucleari”.

4. Il percorso italiano

Il recente progetto italiano si colloca in questo nuovo e complesso contesto di definizione delle regole relative alla sicurezza e delle connesse forme di controllo ma anche di verifica delle tecnologie.

L'iter legislativo che ha portato all'attuale d.lgs. 31/2010 ha inizio con la presentazione del d.l. 112 del 25.6.2008⁸ (conv. con l. 133/2008) dove è previsto un percorso che si apre con la definizione delle linee di politica energetica con la “strategia energetica nazionale” (preceduta dalla convocazione di una Conferenza nazionale dell'energia e dell'ambiente) che doveva includere tra i suoi obiettivi la realizzazione di impianti di produzione di energia nucleare.

Nel successivo ddl 1441-ter dell'agosto 2008 “Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia” spicca un sottoinsieme di norme cui è affidata la “ripresa” della produzione di energia elettronucleare. Il dibattito parlamentare sul ddl 1441-ter, iniziato nel settembre

⁵ COM(2007)1 def della Commissione.

⁶ Sulle modalità di interazione tra industria nucleare e diritto (“from promotion to constraint”) nell'esperienza europea fino alla attuale fase caratterizzata da politiche di tipo pro-nucleare, v. P. D. CAMERON, *The Revival of Nuclear Power: An Analysis of the Legal Implications*, in *J. of Environmental Law*, 2007, 72-77.

⁷ ENSREG, Report of the European Nuclear Safety Regulators Group, luglio 2009.

⁸ <http://www.camera.it/parlam/leggi/decreti/08112d.htm>

2008, è stato lungo e accidentato ed è terminato a distanza di un anno con l'approvazione della l. 99 del 23.7.2009⁹ (entrata in vigore il 15 agosto)¹⁰.

Gli elementi rilevanti del nuovo contesto di regolazione del nucleare erano contenuti, in particolare, nell'art. 25 “delega al governo in materia nucleare”; nell'art. 26 che affida al CIPE di deliberare in relazione alle tipologie di impianti da selezionare per il nostro paese e ancora di definire misure di promozione e criteri per la creazione di consorzi per la costruzione ed esercizio di impianti nucleari formati da produttori elettrici ed anche produttori industriali; nell'art. 29 che contiene le norme istitutive della “Agenzia per la sicurezza nucleare” che rappresenta l'organismo di regolazione del settore. Sul punto torneremo più avanti anche se occorre rilevare fin da adesso che, diversamente da quanto previsto dalla tempistica della norma istitutiva, manca ancora lo Statuto dell'Agenzia al quale dovrebbe fare seguito il regolamento relativo all'organizzazione e al funzionamento, entrambi da approvare da parte del governo con decreto del presidente del consiglio.

Infine, l'art. 27 (c. 8 e 9) riguarda la ridefinizione dei compiti e delle funzioni di Sogin, attraverso un “atto di indirizzo strategico” del MSE e del MEF, dove siano previste le modalità di conferimento di beni o rami di azienda della società a una o più società operanti nel settore energetico partecipate dallo stato almeno per il 20%. Per una più efficiente attuazione degli indirizzi è stata prevista la nomina di un commissario.

La ripresa di produzione di energia da fonte nucleare richiede inoltre un adeguamento della capacità di trasmissione della rete elettrica nazionale, e comunque al fine di valorizzare questa fonte, al pari delle energie rinnovabili, è prevista una modifica del d. lgs. 79/99¹¹ (art.11.4) con la quale si richiede al gestore della rete di trasmissione nazionale di assicurare la precedenza all'energia prodotta da impianti che utilizzano, nell'ordine, fonti energetiche rinnovabili ed “energia nucleare prodotta sul territorio nazionale” (art. 25. 4) ed altre ancora. La formulazione di questo punto potrebbe presentare qualche problema proprio in quanto il diritto comunitario fa riferimento a criteri che debbono essere applicati in modo non discriminatorio.

5. La struttura del d. lgs. n. 31

In attuazione della delega ex art. 25, il governo ha elaborato il testo poi emanato con il d. lgs. n. 31 del 15 febbraio 2010 “Disciplina della localizzazione, della realizzazione e dell'esercizio nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei

⁹ <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/09099l.htm>

¹⁰ A fianco del processo legislativo il governo ha realizzato una serie di accordi bilaterali con paesi dotati di esperienza e tecnologia nucleare come gli Stati Uniti ma, in particolare, la Francia con la quale viene sottoscritto un primo accordo quadro per la cooperazione in materia nucleare il 24 febbraio 2009 fino al recente accordo siglato l'8 aprile. Su questa prima fase e sulle prospettive di implementazione delle norme, v. F. IACCARINO, *Resurgence of Nuclear Energy in Italy*, in AEN-NEA, *Nuclear Law Bulletin*, No. 84, 2009/2.

¹¹ <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/deleghe/99079dl.htm>

sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi, nonché misure compensative e campagne informative al pubblico, a norma dell'art. 25 della legge 23 luglio 2009, n. 99¹².

Il decreto ha una struttura complessa in quanto contiene una ampia gamma di disposizioni: quelle relative alla fase preliminare di definizione delle strategie e delle motivazioni del ritorno alla produzione di energia da fonte nucleare (titolo I); le indicazioni riguardanti le diverse fasi necessarie alla realizzazione del procedimento unico per la localizzazione, costruzione ed esercizio di impianti nucleari, che includono, in via preliminare, la definizione di dettaglio dei requisiti dell' "operatore unico" e delle caratteristiche delle "aree idonee" alla localizzazione degli impianti (Titolo II, artt. 4-9), inoltre la successiva apertura del procedimento di autorizzazione unica strutturato su una prima istanza relativa alla certificazione dei siti (artt. 10-12) e su una seconda riguardante l'istanza di autorizzazione alla costruzione ed esercizio dell'impianto e la definitiva certificazione dell'operatore che, in quanto titolare dell'autorizzazione, è il responsabile unico per i controlli di sicurezza e di radioprotezione così come della gestione dei rifiuti radioattivi e del combustibile nucleare per tutta la durata di vita dell'impianto (artt. 13-16 e 19), e ancora la previsione di una copertura finanziaria e assicurativa a favore dell'operatore per quello che genericamente è definito come "rischio regolatorio", sul quale torneremo più in dettaglio (art. 17), e infine importanti disposizioni riguardanti la formazione del fondo per il "decommissioning" che deve essere alimentato con un finanziamento a carico degli operatori, vale a dire dei privati (art. 21) e la definizione dei benefici economici diretti alle persone residenti come alle imprese nel territorio ed anche agli enti locali. In tal senso gli operatori ai quali sia rilasciata l'autorizzazione unica assumono l'impegno di finanziare a totale loro carico i benefici che saranno corrisposti, in varie forme e a vario titolo, ai soggetti sopra indicati sia durante la fase di costruzione che, a regime, in fase di esercizio dell'impianto (art. 23). Il Titolo III ha come oggetto le procedure di localizzazione, costruzione ed esercizio del deposito nazionale per lo smaltimento definitivo dei rifiuti radioattivi correlata alla costruzione ed esercizio del Parco tecnologico (artt. 25-30). Il titolo IV tratta un punto cruciale e irrinunciabile che è quello rappresentato dalla informazione al pubblico. Come avremo modo di vedere questo può essere ritenuto un punto di estrema debolezza del decreto anche in un'ottica di confronto con l'esperienza di altri paesi (artt. 31-32). Le ultime norme contengono l'individuazione delle sanzioni sia penali in caso di esercizio dell'impianto nucleare a seguito di sospensione o revoca dell'autorizzazione che amministrative pecuniarie in caso di inadempienza verso gli obblighi che gli operatori debbono rispettare (artt. 33 – 34).

L'analisi e le osservazioni che saranno svolte nei successivi paragrafi non possono affrontare tutte le singole tematiche contenute nel decreto e sinteticamente elencate appena sopra. Quindi la trattazione si soffermerà su alcuni aspetti specifici che

¹² http://www.sviluppoeconomico.gov.it/pdf_upload/documenti/DLGS_15_%20%202010_%20n_%2031_%20NUCLEARE.pdf

tuttavia, a nostro avviso, rappresentano aspetti chiave all'interno del contesto iniziale di ripresa della produzione di energia da fonte nucleare.

Verranno quindi presi in considerazione, innanzitutto, quell'insieme di atti che abbiamo definito "atti preliminari" necessari all'inizio di ogni attività da parte degli stessi potenziali operatori così come i soggetti le modalità decisionali introdotte. Si cercherà, inoltre, di definire i vari elementi necessari alla formazione dell'"operatore" e le conseguenti attività richieste prima di accedere alla fase autorizzativa.

Il tema che sarà trattato successivamente è quello centrale e riguarda il procedimento autorizzativo sia in relazione alla certificazione dei siti che alla autorizzazione unica di costruzione ed esercizio con una particolare attenzione ad alcuni elementi di criticità rilevanti soprattutto in prima applicazione delle norme.

Il terzo elemento che sarà affrontato, anch'esso di enorme rilevanza, nella fase di decollo del sistema riguarda l'attività di informazione e di formazione del consenso da parte della pubblica opinione ritenuta generalmente passaggio ineliminabile precedente alla ripresa di attività nel settore.

Infine cercheremo di ricostruire il quadro organizzativo e funzionale dell'Agenzia per la Sicurezza Nucleare sulla base di quanto previsto nelle norme istitutive della legge 99.

6. Gli adempimenti preliminari

Con l'approvazione del decreto si apre una fase che dovrebbe vedere la definizione di alcuni documenti preliminari.

Il vero punto di partenza è rappresentato dalla pubblicizzazione da parte del governo del documento definito "Strategia Nucleare" che si colloca in continuità, come parte integrante, con la Strategia Energetica Nazionale prevista dalla l. 133 ma che finora non ha visto la luce.

Il documento strategico (v. in particolare art. 3.3) deve essere approvato entro 90 giorni dall'entrata in vigore del d. lgs. con un decreto del consiglio dei ministri, su proposta del ministro dello Sviluppo Economico (MSE), di concerto con il ministro delle infrastrutture e dei Trasporti (MIT), con il ministro dell'Ambiente (MATTEM) e il ministro dell'istruzione, Università e Ricerca (MIUR), con la possibilità di avvalersi anche delle competenze dell'Agenzia. Qui obiettivo prioritario sarebbe valorizzare il ruolo dell'energia elettronucleare nel perseguire due obiettivi, ritenuti cruciali a livello europeo, cioè una maggiore sicurezza degli approvvigionamenti, riconducibile anche ad una minor dipendenza dalle fonti fossili come il gas naturale, e una riduzione delle emissioni di gas serra, così come fornire le prime indicazioni relative alla affidabilità della tecnologia nucleare sia in relazione agli impianti che all'impatto su ambiente e popolazione. Inoltre dovrebbe contenere indicazioni in merito al sistema di alleanze e cooperazioni internazionali, necessarie a ridurre in tempi rapidi il gap di competenze tecnologiche e operative alla fine del lungo periodo di fuoriuscita dal settore, alla capacità della filiera industriale nazionale e non solo di perseguire gli obiettivi programmatici. E dovrebbe altresì, fornire indicazioni su obiettivi specifici come i tempi di realizzazione e messa in esercizio degli impianti.

Il documento non deve essere solo un “manifesto” con il quale presentare al pubblico le specificità e i vantaggi della produzione di energia elettronucleare. Ma, in quanto parte di un possibile e più generale disegno di politica energetica, in particolare riguardo al *mix* di fonti ritenuto necessario sotto molti profili, il documento deve, come previsto, affrontare anche il punto della capacità della rete elettrica di trasmissione e delle necessità non rinviabili di un suo potenziamento in modo da sopportare l’aumento di potenza installata.

Due brevi osservazioni sul punto. La tipologia del provvedimento, una sorta di atto di programmazione finalizzato a definire condizioni e obiettivi, può giustificare un *iter* così complesso di formulazione e approvazione ma, come vedremo, formule analoghe appaiono barocche per molti degli atti rilevanti previsti dal decreto. In più il percorso indicato include la possibilità di consultare l’Agenzia che, contrariamente alle scadenze previste, non è stata ancora costituita.

In parallelo alla elaborazione di questo documento, sono previsti alcuni adempimenti direttamente collegati alle attività, finalizzate alla certificazione dei siti e alla autorizzazione unica, in capo all’operatore: da una parte, un decreto ministeriale (dm MSE, conseguente ad un parere dell’Agenzia, approvato secondo la procedura tipica prevista in questa normativa che include il concerto del MATTM e del MIT che indica analiticamente i dati e le informazioni necessari per la presentazione dell’istanza di certificazione del sito, che deve essere emanato entro i 90 giorni dalla entrata in vigore del d. lgs.¹³; dall’altra, entro lo stesso termine e con la stessa procedura, il MSE deve indicare i dati e le informazioni che l’operatore deve includere nell’istanza di autorizzazione unica alla costruzione ed esercizio¹⁴.

Con la definizione della Strategia Nucleare si aprono, a nostro avviso, altri due percorsi.

Il primo, esplicitamente definito dal d. lgs., ha ad oggetto “l’individuazione delle aree potenzialmente destinate alla localizzazione degli impianti nucleari” o “aree idonee”¹⁵. Il decreto indica una serie di “profili” o di “criteri tecnici”¹⁶ che debbono essere sviluppati in uno “schema di parametri esplicativi” proposto dalla Agenzia (con il contributo degli enti di ricerca e dell’università) entro 30 giorni dalla adozione della Strategia e definito entro i successivi 30 giorni dal MSE di concerto con MATTM, il MIT e il Ministero per i beni culturali.

Lo Schema è sottoposto a consultazione pubblica, con la pubblicazione sui siti dei ministeri e dell’Agenzia, anche se i principali destinatari sono rappresentati da regioni, enti locali e soggetti portatori di interessi qualificati. Una volta chiusa la consultazione, l’Agenzia, tenendo conto delle osservazioni presentate, propone un adeguamento dei parametri contenuti nello schema iniziale. Il testo finale sarà recepito in un dm approvato di concerto con i soggetti già indicati¹⁷.

¹³ Art. 10.3.

¹⁴ Art. 13. 2.

¹⁵ V. le definizioni contenute nell’ art 2 dalle quali emerge la differenza tra area idonea e sito.

¹⁶ V. art. 8.

¹⁷ Su questo e sul documento di strategia nucleare è previsto un procedimento di Valutazione Ambientale Strategica (VAS) preliminare al successivo procedimento di certificazione dei siti.

Il secondo, al quale si fa riferimento solo in via implicita, riguarda le due delibere che il CIPE deve approvare secondo quanto previsto dall'art. 26 della l. 99¹⁸ richiamate agli artt. 5 e 6 del decreto come atti preliminari sia alla definizione dei requisiti degli operatori che alla definizione dei programmi di intervento da parte degli stessi operatori.

7. La costruzione dell' "operatore"

L'art. 5 indica ancora in via generale i requisiti che debbono "essere in possesso" degli operatori che intendono essere presenti sul mercato della produzione di energia da fonte nucleare e rinvia ad una loro definizione di dettaglio tramite il dm MSE, di concerto con MATTM e MIT, nonostante che il Consiglio di Stato nel parere espresso il 9 febbraio avesse rilevato che in base alla delega i requisiti dovevano essere indicati dal decreto e non affidati ad una fonte di normazione secondaria¹⁹.

Il primo elemento da considerare è quanto contenuto nell'art. 5 che fa riferimento ai "requisiti" richiesti agli "operatori" che possono presentarsi "anche in forma associata". In sostanza l'insieme di questi requisiti qualifica l'identità e la struttura del soggetto che si propone come operatore. Infatti per poter presentare, innanzitutto, il programma di intervento (art. 6) e, di conseguenza, la richiesta di certificazione del sito (art. 10) come successivamente la richiesta di autorizzazione unica (art. 13), l'"operatore" deve possedere i requisiti in linea generale riconducibili ad una serie di ambiti (disponibilità di risorse umane e finanziarie; capacità tecniche e professionali; capacità di gestione delle attività di progettazione, costruzione ed esercizio di impianti nucleari e di stoccaggio e gestione dei rifiuti; e, in generale, disponibilità delle strutture organizzative necessarie ad attivare e gestire il processo autorizzativo e gli atti in materia di sicurezza e radioprotezione).

Una più dettagliata specificazione di questi requisiti dovrà essere contenuta nel dm da emanare entro 30 giorni dall'approvazione, da parte del CIPE, della delibera ex art. 26.2 della l.99. Il dm, oltre a contenere indicazioni sui caratteri dei consorzi, deve fornire "i criteri esplicativi dei requisiti" come anche le "modalità per la dimostrazione del possesso" degli stessi da parte degli operatori.

Riguardo l'ulteriore passaggio, riservato al CIPE, che si inserisce nel generale iter autorizzativo non sono indicati limiti temporali di emanazione. Dato il carattere costitutivo di tutto l'iter procedurale rappresentato da questo atto che definisce la nozione stessa di "operatore" sarebbe stato necessario indicare tempi ravvicinati e certi. In via generale è opportuno evidenziare che la definizione e costruzione del

¹⁸ Il termine previsto dalla legge 99 era di 6 mesi dalla approvazione della stessa. Anche se questo termine è stato ampiamente superato è ormai urgente la deliberazione da parte del CIPE in quanto pregiudiziale agli adempimenti indicati.

L'art. 26 prevede che il CIPE adotti una delibera in cui sono definite "le tipologie degli impianti per la produzione di energia elettrica nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale" e una seconda, in cui individua "i criteri e le misure atti a favorire la costituzione di consorzi per la costruzione e l'esercizio di impianti [nucleari] , formati da soggetti produttori di energia elettrica e da soggetti industriali anche riuniti in consorzi".

¹⁹ Il Consiglio di Stato riteneva più corretto il ricorso ad un eventuale d.lgs. integrativo

soggetto “operatore” che si basa sulla compresenza di requisiti irrinunciabili non rappresenta un ostacolo allo sviluppo di forme consortili, anche con riferimento all’esempio finlandese ormai ampiamente sviluppato e consolidato.

Peraltro l’operatore, anche se associato, sembrerebbe dover disporre di tutte le competenze necessarie²⁰ nel momento in cui presenta al MSE il cosiddetto “programma di intervento” (art. 6) che rappresenta in qualche modo il documento di apertura dell’iter. In questa circostanza il MSE verifica che l’operatore sia in possesso dei requisiti richiesti, e questo accertamento preliminare consente la trasmissione del documento ai ministri in genere coinvolti nelle procedure, cioè il MATTM e il MIT.

L’effettiva certificazione del possesso dei requisiti avviene, solo in seguito, contestualmente al rilascio della Autorizzazione Unica da parte del MSE (di concerto con MATTM e MIT).

Senza poter affrontare qui i temi specifici relativi alla costruzione, nel contesto italiano, di società consortili che ottemperino, tra l’altro, alla normativa in materia di concorrenza, possiamo ricordare brevemente che l’esperienza europea nel settore nucleare propone alcuni modelli consortili di grande interesse come quello finlandese e francese.

Il modello finlandese prevede la costituzione di una società per la costruzione e gestione di impianti nucleari di produzione di energia elettrica²¹. La caratteristica essenziale è che l’obiettivo dell’investimento per gli operatori economici non è rappresentato dalla attribuzione di un dividendo, ma dalla assegnazione, ai soggetti partecipanti al capitale sociale, di un vantaggio economico consistente nel ritiro di energia, a prezzo di costo, per una quota proporzionale all’ammontare dei rispettivi investimenti.

Il consorzio può essere formato con la partecipazione esclusiva di produttori di energia (consorzio orizzontale) di diversa dimensione e di diversa natura giuridica (privati, società miste a partecipazione pubblica) oppure la partecipazione di imprese energetiche e di imprese di tipo industriale (consorzio misto), che a loro volta, a seconda della dimensione possono essere consorziate. I soggetti che partecipano all’investimento utilizzeranno tutta o parte dell’energia ritirata per i loro processi produttivi o per la vendita sul mercato. L’ipotesi del consorzio misto consente di ridurre gli eventuali effetti distorsivi della concorrenza di questa tipologia societaria, mentre nel caso del consorzio orizzontale sarà necessario prestare attenzione alle rispettive quote di mercato.

²⁰ “Gli operatori, anche in forma associata, devono essere in possesso delle capacità tecniche e professionali richieste...” (art. 5.1), mentre nella precedente formulazione era previsto che l’operatore potesse attestare anche di essere “in grado di garantire” l’acquisizione dei requisiti (ad es. potremmo ipotizzare con l’acquisizione sul mercato in via contrattuale).

²¹ I consorzi finlandesi sono costituiti sulla base del cd “*principio Mankala*”. Questo modello presenta dei vantaggi in particolare per imprese di più piccola dimensione. La prima società costruita su questo modello è stata TVO (1969) formata inizialmente da 16 imprese industriali e di generazione che ha costruito le centrali nucleari Olkiluoto 1 e 2 e sta costruendo la terza centrale. In base a questa esperienza è stata costruita un secondo consorzio, Fennovoima Oy; per la costruzione di un’altra centrale in Finlandia che è formato, a sua volta, da un consorzio di 58 imprese e da E.ON per il 34%.

Il modello consortile francese presenta caratteristiche molto diverse anche in considerazione del fatto che il mercato della generazione elettrica in Francia ha un operatore dominante che è Electricité de France (EdF). Il consorzio Exeltium, formato da società *energy-intensive*, per statuto negozia e gestisce contratti di lunga durata di acquisto di energia a fronte dell'acquisto di quote del consorzio e quindi diritti di prelievo di energia (minimo 15 anni)²².

8. Complessità decisionale e rischio “regolatorio” e “politico”

E' unanimemente riconosciuto che la produzione di energia da fonte nucleare è una industria soggetta ad un elevatissimo grado di regolazione sia a livello nazionale che internazionale. Questo implica, tra l'altro, che la disciplina di una materia come il nucleare sia delineata fin dall'inizio in modo certo e altamente affidabile per quanto riguarda i contenuti in particolare in materia di controlli e sicurezza.

In un settore altamente sensibile come questo, che resta in qualche modo “impopolare” a qualsiasi latitudine, sarebbe stato opportuno che la normativa preliminare ad una ripresa non fosse prodotta in modo frammentario e incrementale per successivi emendamenti e revisioni, in una sorta di “legge omnibus” passata attraverso un lungo e controverso iter parlamentare. Essa necessita di forte sistematicità e coerenza interna, di affidabilità e certezza dei tempi di definizione di atti e procedimenti. Altrimenti c'è un elevato rischio di ricadute negative sia in termini economici (difficoltà a reperire investimenti privati e/o rilevati incrementi dei costi) che nei confronti dell'opinione pubblica²³.

Per quanto riguarda la tempistica, ammesso che i termini indicati dal d.lgs. per gli “adempimenti preliminari” siano rispettati, le indicazioni relative ai tempi previsti sia per la formazione della normazione secondaria che per lo svolgimento delle diverse fasi infra-procedimentali (procedimenti di certificazione dei siti e di autorizzazione alla costruzione ed esercizio) hanno carattere semplicemente

²² Il consorzio è stato costituito nel 2006. Per i partecipanti ad Exeltium l'energia elettrica deve essere un elemento fondamentale nella catena del valore e i consumi debbono essere stabili nel tempo. In base alle offerte di fornitura ricevute il consorzio ha firmato un accordo per lo sviluppo della centrale di Flamanville. A loro volta i clienti hanno firmato contratti di “*take or pay*” di durata di 15 anni con prezzi garantiti in diverso modo (proporzionali o fissi). Peraltro la Commissione ha inviato un *early warning* sulla

partnership tra EdF e Exeltium dovuto all'impegno di EdF di fornire un significativo volume di energia sulla base di un contratto di durata eccessiva. La Commissione ha ritenuto necessario verificare se fossero presenti effetti economici positivi (fornitura di energia elettrica ad un prezzo più basso rispetto a quello di mercato) tali da superare gli effetti negativi in termini di restrizione del mercato. L'accordo in linea di principio rispetta alcune delle disposizioni del Trattato visto che porta a benefici visibili per i consumatori ed il suo oggetto non è stato quindi considerato illecito.

²³ A questo proposito bisogna ricordare che la l. 99 all'art.25 . 5 prevede che possano essere emanate, entro 1 anno dalla data di entrata in vigore di questi stessi decreti, quindi del d. lgs. 31, “disposizioni correttive e integrative” dei decreti legislativi in attuazione della delega contenuta nello stesso art. 25 al c. 2. Certamente un annuncio di questo tipo non rappresenta un elemento rassicurante per gli operatori, anzi potrebbe costituire un invito all'inerzia in una prima fase nell'attesa di una definitiva entrata a regime della disciplina.

ordinatorio. Questo comporta, come spesso accade, un pesante rischio di allungamento dei tempi programmati²⁴.

E' certo che sulla tempistica possono sicuramente incidere le situazioni di criticità relative ai procedimenti autorizzativi che saranno illustrate più avanti e l'assenza, almeno finora, di una informazione adeguata. Tuttavia sembra pesare in modo rilevante anche l'eccessivo numero di atti normativi secondari ai quali è rinviata la definizione di elementi di dettaglio di grande rilevanza e per i quali è richiesto il necessario "concerto" di più ministeri (di regola, oltre al soggetto responsabile, il MSE, il MATTM e il MIT, con l'intervento di altri soggetti su atti specifici). Il concerto rappresenta una modalità decisionale che prevede una composizione di interessi diversi in quanto si dà un interesse pubblico da tutelare anche se, come è stato detto, il soggetto responsabile pur rispettando questo modello può discostarsi da quanto sostenuti dagli altri. Altrimenti si ricadrebbe nel caso dell'assenso preventivo²⁵.

Seguendo una letteratura giuridica ed economica consolidata il settore del nucleare presenta rischi specifici che includono, in particolare, rischi di mercato legati alla variabilità del prezzo dell'energia; rischi operativi e di performance dipendenti, in un mercato liberalizzato, dalla adeguatezza tecnologica; rischi collegati alla costruzione (come le vicende di Olkiluoto ci insegnano); rischi regolatori relativi a modificazioni e interventi richiesti dalle autorità di regolazione a tutela della sicurezza che possono incidere sulla redditività del progetto e provocare ritardi nella messa in esercizio degli impianti; infine, il rischio politico che è anche il più insidioso perché influenzato dalla accettazione sociale del nucleare.

Riguardo il "rischio regolatorio", l'art. 17 del decreto prevede che entro 60 giorni dalla entrata in vigore sia approvato un dm MSE, di concerto con il ministro dell'economia e delle finanze (MEF), per individuare strumenti di copertura finanziaria ed assicurativa "contro il rischio di ritardi nei tempi di costruzione e messa in esercizio degli impianti" prodotti da eventi non dipendenti dall'operatore, ad esclusione dei rischi derivanti dai rapporti contrattuali con i fornitori.

La tipologia di rischio cui si fa riferimento non riguarda quindi eventuali ritardi prodotti da una eccessiva dilatazione nella tempistica "amministrativa", ma ritardi che si possono produrre successivamente alla attribuzione dell'autorizzazione unica e prima della messa in esercizio della centrale: si può pensare, ad esempio, a ritardi collegati alle attività di sorveglianza della costruzione o all'insorgere di contenziosi (non riconducibili a rapporti contrattuali) o ancora alla modifica in corso d'opera di prescrizioni tecniche.

²⁴ In via approssimativa possiamo esemplificare la tempistica nel modo seguente: 1° step: da "Strategia Nucleare" a presentazione da parte Operatore di richiesta certificazione del sito (16 mesi) + 2° step: procedimento di certificazione del sito (circa 16-17 mesi) (situazioni critiche: tempi realizzazione della VAS e intesa tra stato e regione /ee.ll.)= circa 33 mesi. La certificazione del sito ha validità in vista della presentazione della richiesta di autorizzazione unica di 24 m (+ 1 eventuale proroga di 12 m). 3° step: procedimento di autorizzazione unica (+VIA/AIA) (situazione critica: intese all'interno conferenza dei servizi) (circa 14/18 mesi).

Complessivamente 1+2+4 = circa 4 anni (+ l'intervallo a disposizione dell'operatore).

²⁵ V. in particolare A. Monaco, *Concerto (atti di)*, in Enc. Dir., vol. VIII e le posizioni ivi riportate.

Un esempio interessante in questa prospettiva è rappresentato dal caso statunitense. L'Energy Policy Act del 2005 ci propone una indicazione di metodo, in quanto definisce la tipologia degli eventi “coperti” che possono produrre un ritardo “coperto”, il tipo di costi e il periodo durante il quale è garantita la copertura. Infatti sono dettagliati gli “eventi coperti” da garanzia (ad esempio l'inosservanza da parte della *Nuclear Regulatory Commission* (NRC) dei tempi relativi a *Inspections Tests Analyses and Acceptance Criteria* (ITAAC), udienze pre-operative da parte del NRC o l'insorgere di contenziosi che producono ritardi nell'inizio del funzionamento della centrale); i “costi coperti” (i maggiori costi sostenuti a seguito del ritardo); “ritardo coperto” (ad esempio un ritardo nel funzionamento a pieno regime dovuto a eventi coperti). D'altra parte la copertura è limitata alla fase di decollo e assestamento delle nuove procedure²⁶.

Il “rischio politico” è, come abbiamo detto, più insidioso in quanto, da una parte, i cittadini possono sempre cercare di bloccare la produzione di energia elettrica da fonte nucleare attraverso un referendum e, dall'altra, non esistono in linea generale strumenti giuridici che possano vincolare i successivi parlamenti e governi a rispettare scelte legislative e decisioni politiche prese in precedenza.

Sul primo punto possiamo solo dire che un primo tentativo di bloccare la “ripresa” del nucleare in Italia attraverso lo strumento referendario è già in atto e si è concretizzato già con la presentazione della richiesta alla Corte di Cassazione²⁷.

Certamente in Europa hanno avuto spesso successo iniziative di gruppi di cittadini o di governi per bloccare lo sviluppo della produzione di energia da fonte nucleare. Tuttavia, anche in paesi che hanno visto una forte iniziativa politica e popolare contro il nucleare come la Germania e la Svezia, in quanto non avevano rinunciato alla produzione delle centrali in funzione a seguito delle moratorie introdotte dopo Chernobyl, negli ultimi anni l'opinione pubblica ha mutato, almeno in parte, avviso a causa della necessaria riduzione delle emissioni di gas serra e del consumo di fonti energetiche fossili²⁸.

Comunque, come conclude un recente studio sul futuro del nucleare e sul diritto che può supportarlo, l'unica vera risposta ad una certa e costante instabilità non può che provenire da una qualche disposizione costituzionale la cui revisione richieda complesse procedure ed elevate maggioranze. Facendo ancora una volta riferimento all'esperienza americana, non dissimile da altre europee che hanno visto un lungo blocco nella costruzione di nuovi impianti, la costituzione può supportare l'industria nucleare attraverso la “*takings clause*” che tutela i diritti di proprietà e

²⁶ La copertura è limitata ai primi 6 reattori (di cui i primi 2 al 100% dei costi fino a 500 milioni di USD; gli altri 4, dopo ritardi per 180 gg, al 50% dei costi fino a 250 milioni di USD).

²⁷ L'Italia Dei Valori ha presentato l'8 aprile scorso in Corte di Cassazione un quesito referendario con il quale si chiede l'abrogazione di tutte le norme che riaprono alla produzione di energia elettronucleare. Si apre adesso la fase di 90 giorni per la raccolta delle firme, dopodiché seguiranno le fasi previste dalla legge.

²⁸ Su questo, v. I. PIELOW – H.-C. KOOPMANN – E. EHLERS, *Energy Law in Germany*, in ROGGENKAMP et al., *Energy law in Europe*, 2007; ed anche www.uic.com.au in merito al dibattito sulla recente esperienza tedesca nel nucleare. Sulla situazione svedese, v. anche il sito della Nuclear Energy Agency (www.nea.fr).

impedisce la chiusura immediata senza compensazioni di impianti nucleari autorizzati e che operano in modo sicuro²⁹. Analoghi principi hanno caratterizzato nei decenni passati la strategia di diversi paesi europei di uscire gradualmente, invece di bloccare repentinamente l'industria nucleare.

9. Il procedimento autorizzativo e i meccanismi codecisori.

9.1. Ostacoli alla sollecita realizzazione di nuove centrali elettriche e nucleari

Nella letteratura giuridica degli anni 70 e 80 il tema della costruzione dei grandi impianti elettrici e nucleari è stato oggetto di un significativo dibattito. Dopo la crisi energetica del 1973 l'attenzione dei giuristi si è appuntata su profili riguardanti l'individuazione degli ostacoli e dei vincoli alla sollecita realizzazione di nuove centrali³⁰.

E' noto che le leggi del 1960, del 1975 e del 1983, che costituiscono il presupposto dell'attuale manovra nucleare e sono state in parte oggetto del referendum del 1987, avevano cercato una soluzione per superare il dissenso locale³¹.

Emblematica la circostanza che già allora la legislazione del 1970 conteneva una disposizione che prevedeva il meccanismo di sostituzione: in quel caso era il CIPE – quindi un organo statale – ad esercitare poteri sostitutivi nei confronti della regione ai fini dell'individuazione, in fase di localizzazione, delle aree suscettibili di insediamento³². Questa norma fu poi, a seguito del referendum, colpita dall'abrogazione³³. Anche allora, dunque, il legislatore si era fatto carico di affrontare il problema del superamento del dissenso locale.

Tuttavia il quadro regolatorio così definito non ha consentito l'attuazione del programma costruttivo di Enel. Per questo motivo, dopo la metà degli anni 80, a fronte dell'introduzione del regime autorizzatorio per lo sfruttamento delle energie rinnovabili e della gestione integrata delle risorse energetiche, grande considerazione hanno ricevuto le esigenze di trovare soluzioni per realizzare le nuove centrali. A seguito della privatizzazione di Enel e della liberalizzazione del mercato energetico la rapida realizzazione delle centrali assume un valore strategico e nasce il modello semplificato di autorizzazione unica (il *cd Sblocchi Centrali*: la l. 55 del 2002) che individua come momento indefettibile la previa intesa con la regione sul cui territorio l'impianto dovrà essere localizzato. Questa intesa sarà oggetto di

²⁹ Interessanti osservazioni in D. N. ZILLMAN, *The Role of Law in the Future of Nuclear Power*, in D. N. ZILLMAN – C. REDGWELL et al. (eds.), *Beyond the Carbon Economy. Energy Law in Transition*, OUP, 2008.

³⁰ Sul tema v., in particolare, F.ROVERSI MONACO, *Localizzazione e costruzione di centrali per la produzione di energia elettrica. Procedimenti amministrativi e possibilità di loro semplificazione*, in *Rassegna Giuridica Energia Elettrica*, 1985, 265 e ss..

³¹ V. S. GRASSI, *La normativa in materia di energia nucleare in Italia*, in *Diritto dell'economia*, 1-2006, 119 ss; v. anche L.AMMANNATI- M. DE FOCATIIS cit.

³² V. l'art. unico legge 8 del 1983, comma 13° il quale disponeva che qualora, nell'ambito della procedura per la localizzazione delle centrali elettriche nucleari, non fossero state determinate da parte degli enti locali le aree suscettibili di insediamento, tale scelta dovesse essere effettuata dal CIPE, anziché per legge (e quindi dal parlamento).

³³ V. *I referendum in materia nucleare: l'iter procedimentale della proposizione dell'abrogazione*, in *Rassegna Giuridica Energia Elettrica*, 1987, 1101 ss.

grande attenzione da parte della Corte Costituzionale che da un certo momento in poi la qualificherà intesa “forte”³⁴.

Anche la manovra nucleare (la l. 99/2009) è animata dagli stessi intenti semplificatori e intende attuare, in conformità alle linee guida dello *Sblocca Centrali*, una razionalizzazione delle procedure autorizzative nel “preteso” rispetto delle competenze di stato, regioni e enti locali. Come è già stato sottolineato, tra gli aspetti più significativi del d.lgs. 31 contenente la disciplina sulla localizzazione, costruzione ed esercizio degli impianti, vi sono le norme dedicate al meccanismo di superamento dell’inerzia o del dissenso ovviamente volto a non bloccare il procedimento autorizzativo.

Oggetto di questo capitolo sono appunto tali meccanismi codecisori, l’acquisizione al procedimento dei vari interessi da tutelare, le intese e l’esercizio di poteri sostitutivi da parte del governo. Si tratta di un tema che coinvolge il profilo della semplificazione e dell’accelerazione del procedimento autorizzativo dal quale partiremo analizzando, ovviamente solo per alcuni profili, il quadro normativo oggi vigente per poi passare a svolgere delle considerazioni sulla disciplina dell’acquisizione del consenso regionale.

9.2. Le novità dell’ultima legislatura dal d.l. 112/2008 alla l. 99/2009.

Molta attenzione ha ricevuto il dl n. 112/2008, convertito con modifiche dalla l. 133/2008, con cui il legislatore ha affidato ad un atto di *Strategia energetica nazionale*³⁵ il compito di indicare le priorità energetiche per il breve e lungo periodo e di contenere le determinazioni necessarie per conseguire, tra l’altro, la realizzazione in Italia di impianti di produzione di energia nucleare (art.7, lett. d). Prima della definizione della *Strategia* il MSE e il MATIM convocheranno una nuova *Conferenza Nazionale dell’Energia e dell’Ambiente*: si tratta di un passaggio propedeutico alla formulazione, da parte del MSE, della proposta di pianificazione e strategia energetica.

In data 31 luglio 2009 è stata pubblicata la l. 99 con la quale il legislatore ha delegato il governo ad adottare decreti legislativi contenenti le procedure autorizzative e i requisiti soggettivi per lo svolgimento delle attività di costruzione, di esercizio e di disattivazione degli impianti (art. 25, 1)³⁶. Il governo nell’esercitare

³⁴ V. Corte Costituzionale n.6/2004.

³⁵ Da adottarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del d.l., su proposta del MSE

³⁶ Occorre ancora ricordare che l’art. 25.1 della l. 99/2009 stabilisce che i decreti legislativi dovranno essere emanati nel rispetto delle norme in tema di Valutazione di Impatto Ambientale e di pubblicità delle relative procedure, che il procedimento unico sarà svolto nel rispetto dei principi di semplificazione con le modalità di cui alla l. 241/1990 (art. 25.2, lett. b). La Valutazione di Impatto Ambientale e la Valutazione ambientale strategica restano, anche in questo procedimento unico, un sub-procedimento e la Conferenza di servizi si esprime definitivamente solo dopo averne acquisito l’esito. Inoltre, il nuovo modello autorizzativo è influenzato da una significativa disposizione, l’art. 29, istitutiva dell’Agenzia per la Sicurezza Nucleare alla quale sono affidati compiti in materia di regolamentazione tecnica e sicurezza delle attività concernenti gli impieghi pacifici dell’energia nucleare. L’Agenzia esprime un parere preventivo, vincolante e obbligatorio, in ordine ad autorizzazioni rilasciate da amministrazioni statali con riguardo alle attività concernenti gli usi pacifici dell’energia nucleare, la gestione e la sistemazione dei rifiuti

la delega deve rispettare diversi principi e criteri direttivi tra i quali rilevano in questa sede quelli afferenti il procedimento unico e i poteri sostitutivi che, prima di passare ad una rapida illustrazione delle novità introdotte dal d.lgs. 31, illustreremo formulando alcune considerazioni.

Le attività di costruzione e l'esercizio di impianti di produzione elettrica, di messa in sicurezza dei rifiuti radioattivi o di smantellamento sono qualificate di “*preminente interesse statale*” (art. 25, 2) e, come tali soggette ad autorizzazione unica rilasciata, previa intesa con la conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 281/1997³⁷, con decreto del MSE di concerto con il MATTM (*lett. g*). La disciplina si caratterizza per prevedere un procedimento unico (*lett. b*) al quale partecipano le amministrazioni interessate che si conclude con un provvedimento finale che sostituisce ogni concessione, licenza, atto comunque denominato previsti dalle norme vigenti e che potrebbero invece essere rilasciati, in separata sede, dalle amministrazioni locali coinvolte nel procedimento. Va sottolineato che la disposizione, molto opportunamente, include entro il procedimento semplificato anche la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere, l'eventuale dichiarazione di inamovibilità e l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio dei beni in essa compresi. Il procedimento unico include, ove previsto dalla normativa, anche quello di verifica della conformità del progetto alla disciplina urbanistica che normalmente si esprime con il rilascio del permesso di costruire. L'art. 25, diversamente da altre norme di settore³⁸, non prevede espressamente che il rilascio dell'autorizzazione unica costituisca anche variante agli strumenti urbanistici le cui prescrizioni fossero incompatibili con l'installazione dell'impianto, mentre ne sarebbe stata opportuna l'espressa menzione. Medesima considerazione va svolta con riguardo alla mancata inclusione, tra i provvedimenti sostituiti (art. 25, 2, *lett. b*), anche della concessione demaniale³⁹.

Sebbene il rilascio dell'autorizzazione unica si incentri su un meccanismo codecisorio tra amministrazione centrale e conferenza unificata, sono fatte salve le possibilità di intervento sostitutivo da parte dello stato a composizione

radioattivi e dei materiali nucleari, la protezione dalle radiazioni, nonché le funzioni e i compiti di salvaguardia degli impianti e dei materiali nucleari. Sotto il profilo giuridico il parere appare quale condizione legittimante l'esercizio della centrale. A prescindere dai suoi contenuti specifici, la norma ci sembra particolarmente importante al fine di affermare che la *ratio* sottesa all'art. 29 è in ogni caso quella di imprimere un profilo di alta specializzazione ad un ente responsabile del controllo dell'esercizio concreto delle centrali nucleari, a superamento dell'eventuale atteggiamento ostruzionistico che dovesse essere frapposto da chi teme il ritorno al nucleare. E' previsto inoltre che presto indicazioni operative riguardo al funzionamento effettivo dell'Agenzia giungano con l'approvazione normative regolamentari di dettaglio cui l'articolo rinvia.

³⁷ La presenza della conferenza unificata funge da raccordo in tutti i casi in cui regioni, province, comuni e comunità montane debbano esprimersi su un medesimo oggetto.

³⁸ V. il cd Sblocca Centrali, di cui alla citata l. 55/2002

³⁹ L'introduzione espressa anche della concessione demaniale appare necessaria al fine di evitare l'insorgenza di dubbi interpretativi idonei a generare contenziosi così come avvenuto recentemente per i Terminali di rigassificazione: cfr. sentenza TAR Toscana, 11 giugno 2008, n. 1870.

dell'eventuale conflitto. Questa considerazione è sollecitata dal principio sancito dall'art. 25, 2, *lett. f)* riguardante la previsione delle modalità di esercizio del potere sostitutivo del governo in caso del mancato raggiungimento delle necessarie intese con i diversi enti locali coinvolti (art. 120 Cost.). Possiamo osservare che i principi o criteri dettati dalla l. 99 sono certamente tesi a rispondere agli scopi di accelerazione e razionalizzazione dei procedimenti⁴⁰, nella prospettiva di condurre ad una riduzione degli ostacoli normativi frapposti alla realizzazione di centrali ma solo la legislazione delegata di riassetto definitivo della materia dovrebbe fornire risposta ad ovvie esigenze di chiarezza del complessivo quadro regolatorio.

9.3 .II d.lgs. 31/2010.

Conviene adesso sottolineare che, mentre la l. 99 prevedeva il rilascio di un'autorizzazione unica previa intesa con la conferenza stato-regioni e l'esercizio di poteri sostitutivi da parte dello stato e, per questo motivo, undici regioni hanno impugnato le relative previsioni avanti alla Corte Costituzionale, il d.lgs. 31 cambia direzione.

Tra i passaggi più significativi, così come ricostruiti dal governo nella Relazione Illustrativa⁴¹ al ddl di d.lgs., vengono ricordati: *a)* la previsione di un ruolo forte delle regioni interessate, chiamate ad esprimere un'intesa fin dalla fase della localizzazione, propedeutica all'intesa con la conferenza unificata prevista nell'ambito della procedura di autorizzazione per gli impianti nucleari e per il deposito nazionale (in quest'ultimo caso previa manifestazione di interesse e protocollo di accordo)⁴²; *b)* la possibilità di concludere i procedimenti delle intese, sia con le regioni che con la conferenza unificata, attraverso le forme di sussidiarietà già previste da leggi vigenti e nel rispetto del principio di leale collaborazione; *c)* l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost. nei confronti degli enti locali nell'ambito delle conferenze di servizi finalizzate al rilascio delle autorizzazioni uniche.

Sono molteplici le disposizioni che delineano il procedimento di realizzazione di una centrale elettronucleare e del deposito nazionale rifiuti: dalla localizzazione e certificazione del sito, all'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio il legislatore si è, difatti, occupato di scandire le fasi di tale percorso procedimentale.

Prima di analizzare le principali disposizioni sul procedimento autorizzativo - avendo sempre l'attenzione rivolta ai passaggi procedurali in cui è previsto il coinvolgimento delle regioni - va sottolineato che il Titolo II, contenente il quadro

⁴⁰ I caratteri qualificanti in termini di accelerazione e semplificazione della nuova disciplina si rintracciano anche sul fronte della tutela giurisdizionale. L'art. 25. 3 stabilisce che nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa che comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione di opere, infrastrutture e insediamenti produttivi concernenti il settore dell'energia nucleare e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, si applicherà il rito speciale di cui all'art. 246 del d.lgs. 163/2006.

⁴¹ http://documenti.camera.it/lg16/dossiers/testi/AP0099_0.htm

⁴² Conviene inoltre ricordare che le regioni possono esprimersi in sede di osservazioni allo schema di parametri esplicativi dei criteri tecnici per l'individuazione delle aree: v. sul punto l'art. 8.2.

delle disposizioni sul procedimento unico, esordisce stabilendo che la costruzione e l'esercizio degli impianti sono considerate attività di preminente interesse statale e come tali soggette ad autorizzazione unica che viene rilasciata, su istanza dell'operatore e previa intesa con la conferenza unificata, con dm del MSE di concerto con il MATTM e con il MIT (art. 4). Il procedimento è, ovviamente, ad istanza di parte e gli operatori per attivarlo devono essere in possesso di specifici requisiti: si tratta delle capacità tecniche e professionali, anche in materia di sicurezza, nonché delle adeguate risorse umane e finanziarie, richieste dall'art. 5.

Importante la disposizione che definisce le regole del programma di intervento degli operatori e, soprattutto, ricorda la sottrazione del programma alle regole dell'accesso agli atti per le parti riguardanti la localizzazione degli impianti (art. 6). A tal riguardo significativa potrebbe essere la lettura congiunta di quest'ultima disposizione con la disciplina del dpcm 8 aprile 2008 contenente i criteri per l'individuazione delle attività suscettibili di essere oggetto di segreto di stato e, quindi sottratte all'accesso. Tra queste ultime figurano quelle attinenti agli impianti civili per la produzione di energia.

Seguono le disposizioni per la verifica tecnica dei requisiti degli impianti nucleari e del rapporto preliminare di sicurezza, per la definizione delle caratteristiche delle aree idonee alla localizzazione degli impianti nucleari.

L'art. 9 si occupa di una tema nevralgico "la valutazione ambientale strategica e integrazione della strategia nucleare". Quest'ultima, insieme ai parametri sulle caratteristiche ambientali e tecniche delle aree idonee, è soggetta alla VAS nonché al rispetto del principio di giustificazione⁴³.

⁴³ I principi fondamentali della disciplina in materia di radioprotezione sono: il principio di giustificazione secondo il quale ogni attività con radiazioni ionizzanti deve essere giustificata: il beneficio collettivo derivante dall'uso delle radiazioni ionizzanti deve essere superiore al detrimento sanitario dovuto al loro utilizzo; il principio di ottimizzazione secondo il quale l'esposizione alle radiazioni ionizzanti deve essere mantenuta a livelli più bassi possibili, compatibilmente con le condizioni economiche e sociali (principio ALARA, *as low as reasonably achievable*); il principio di applicazione dei limiti di dose secondo il quale, fatti salvi i precedenti principi, sono fissati limiti di dose per i lavoratori e la popolazione che non devono essere superati nell'esercizio di attività con radiazioni ionizzanti. Tale principio non si applica alle esposizioni mediche. A livello comunitario il principio di giustificazione è codificato nella Direttiva 96/29/Euratom del 13 maggio 1996 (art. 1). L'Italia ha dato attuazione alla Direttiva 96/29 con d.lgs. 230/95; l'art. 2 ha recepito il principio di giustificazione. La disciplina in materia di radiazioni ionizzanti stabilisce che una pratica comportante esposizione alle radiazioni possa essere adottata a condizione che il beneficio derivante dalla stessa sia tale da bilanciare il detrimento radiologico provocato a carico degli individui esposti o della società. Occorre sottolineare che il principio di giustificazione ha ad oggetto non tanto l'impatto ambientale ma l'effettiva necessità di realizzare un nuovo impianto nucleare; nella prassi, l'assenza di un metodo oggettivo idoneo a dimostrare il soddisfacimento della suddetta condizione determina un notevole aggravio dell'iter procedimentale autorizzativo. Nel Regno Unito il rispetto del principio in commento ha comportato, per alcuni operatori energetici un notevole "appesantimento" dell'iter istruttorio (predisposizione di un corposo dossier contenente un rapporto integrativo relativo al principio di giustificazione). In Francia, l'art. 9, punto 3 del Decreto n. 1557 del 2007 (attuativo della l. c.d. "TSN" del 2006), prevede che nello studio di impatto ambientale siano indicate le ragioni per le quali il progetto è "giustificato" (sulle tematiche del diritto europeo della

Entro novanta giorni dalla pubblicazione dei documenti contenenti la strategia nucleare e i parametri sulle caratteristiche ambientali e tecniche delle aree idonee ciascun operatore interessato avvia il procedimento autorizzativo: l'avvio è segnato dalla presentazione al MSE e all'Agenzia dell'istanza per la certificazione di uno o più siti da destinare all'insediamento di un impianto nucleare.

9.4. La certificazione del sito

Nel suo complesso la norma⁴⁴ sulla certificazione del sito delinea una procedura che vede coinvolta l'Agenzia incaricata di svolgere l'istruttoria tecnica sulle singole istanze che possono avere ad oggetto uno o più siti. Terminata questa fase l'Agenzia rilascia una certificazione per "ciascun sito" e le trasmette al MSE, al MATTM e al MIT (art.11.4). A questo punto ciascuno dei siti certificato deve ottenere l'intesa della regione interessata che si esprime previa acquisizione del parere del comune interessato (art. 11.5).

In mancanza di intesa regionale è costituito un Comitato interistituzionale i cui componenti sono designati in modo da assicurare una composizione paritaria rispettivamente dal MSE, dal MATTM e dal MIT e dalla regione che assicura la presenza di un rappresentante del comune interessato. Se non si raggiunge l'intesa questa è sostituita da un DPR previa deliberazione del consiglio dei ministri integrato con la partecipazione del presidente della regione interessata (art. 11. 6).

A valle di questa procedura è prevista l'intesa in conferenza unificata "sull'elenco dei siti certificati". In mancanza di intesa, il consiglio dei ministri provvede con deliberazione motivata, secondo quanto disposto dallo stesso art. 3 sulla base delle intese già raggiunte con le singole regioni interessate da ciascun sito o sulla base dei decreti sostitutivi di intesa (art. 11. 8).

Chiarito il modello, alcune considerazioni.

Il legislatore ha opportunamente previsto l'intesa "forte" con la regione per la validazione di ciascun sito e, ovviamente, l'intesa con la conferenza unificata per la validazione dell'elenco dei siti (sui quali in precedenza si sono già espressi o la regione e il comune coinvolto o la presidenza del consiglio dei ministri quest'ultimo, ovviamente, in via sostitutiva).

Nel procedimento per la certificazione del sito, a differenza di quanto previsto nella fase in cui si deve ottenere l'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio (si tratti, ovviamente, della centrale, art. 13.11, o del deposito, art. 27.15), non è espressamente prevista la conferenza di servizi per l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost. al fine di acquisire il parere dell'ente locale: ne concludiamo che il legislatore ha inteso ridurre la partecipazione procedimentale.

sicurezza, v. di recente L. VEUCHELEN, *The Legal Value of General Principles, Technical Norms and Standards in European Nuclear Safety Law: The Imbalance Between Soft and Hard Law and the Need for Global Regulatory Governance*, in *European Energy and Environmental Law Review*, August 2009, 215-228).

⁴⁴ Durante l'iter parlamentare di approvazione la norma in questione è stata oggetto di significative modifiche volte, in particolare, a recepire le osservazioni formulate dal Consiglio di Stato.

9.5. L'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari e per la certificazione dell'operatore.

Una volta certificato il sito – stando all'art. 11.11 - l'operatore interessato, ovviamente alla costruzione di una centrale in quel sito - deve presentare istanza per la costruzione, l'esercizio e la propria "certificazione" entro 24 mesi dall'emanazione del decreto di approvazione dell'elenco dei siti certificati.

La disposizione (art. 13) che disciplina il procedimento di autorizzazione per la costruzione e l'esercizio dell'impianto e la certificazione dell'operatore prevede, anch'essa, una fase istruttoria condotta dall'Agenzia (che a sua volta acquisisce la VIA e l'AIA⁴⁵). Compiuta questa istruttoria l'Agenzia rilascia un parere vincolante al MSE che, sulla base di esso, indice una conferenza di servizi volta ad acquisire tutte le intese e pareri sino a quel momento non espressi (art. 13.4). In questa fase è, poi, disciplinato l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost..

Qualora in sede di conferenza di servizi non venga poi raggiunta la necessaria intesa con un ente locale coinvolto, il presidente del consiglio dei ministri assegna all'ente interessato un congruo termine per esprimere l'intesa; decorso inutilmente il predetto termine, previa deliberazione del consiglio dei ministri cui partecipa il presidente della regione interessata all'intesa, è adottato un decreto del presidente del consiglio dei ministri sostitutivo di intesa (art. 13.11).

Chiarito il modello svolgiamo alcune riflessioni.

E' espressamente prevista la necessaria intesa con un ente locale coinvolto e non con la regione. Si può dunque ritenere che l'intesa che deve essere resa dalla regione⁴⁶ non possa essere *bypassata* dal decreto della presidenza del consiglio dei ministri (dpcm) sostitutivo dell'intesa. Questa interpretazione sembra suffragata dal fatto che la regione non è ente locale. Ma a questa tesi va obiettato che non ha senso l'adozione di un decreto sostitutivo di intesa rispetto ad un'amministrazione comunale e provinciale e non alla regione; appare pertanto ragionevole ritenere che il legislatore delegato abbia inteso riferirsi, impropriamente e senza un rinvio corretto, anche all'intesa regionale.

Il legislatore, poi, dopo aver stabilito all'art. 4 che la costruzione e l'esercizio degli impianti nucleari sono considerate attività di preminente interesse statale e come tali soggette ad autorizzazione unica che viene rilasciata, su istanza dell'operatore e previa intesa con la conferenza unificata, all'art. 13, dedicato appunto all'autorizzazione per la centrale, non prevede la menzionata l'intesa con la conferenza unificata di cui all'art. 4.

⁴⁵ Sul punto, si segnalano le Osservazioni del Senato e della Camera finalizzate all'eliminazione dal comma 6 del riferimento all'Autorizzazione Integrata Ambientale in quanto non prevista dalle direttive comunitarie. In particolare, durante l'esame alla Camera è stato rilevato che: *"all'articolo 13 occorre assicurare una maggiore compattezza del procedimento autorizzativo unico, garantendo la celerità e la certezza dei tempi, eliminando a tal fine l'obbligo dell'acquisizione dell'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA), anche in considerazione che la direttiva 96/61/CE sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento (IPPC), come anche la direttiva 2008/1/CE, recentemente entrata in vigore, sottopongono ad AIA le attività energetiche riferite esclusivamente agli impianti di combustione e non agli impianti nucleari"*.

⁴⁶ Quest'ultima non essendo un ente locale.

9.6. L'autorizzazione per la costruzione del parco e del deposito nazionale.

E, infine, il procedimento di autorizzazione per la costruzione e l'esercizio del parco e del deposito⁴⁷ ove le regioni e gli enti locali possono, prima di tutto, intervenire in sede di consultazione pubblica sulla "proposta" Carta nazionale delle aree potenzialmente idonee con l'ordine di idoneità delle aree identificate (art. 27). A seguito di ulteriori fasi procedurali la "proposta" prende la forma del decreto del MSE (con cui è approvata la Carta). Sogin invita le regioni e gli enti locali a comunicare l'interesse ad ospitare il parco ed avvia trattative bilaterali finalizzate al suo insediamento. Il MSE acquisisce l'intesa delle regioni interessate⁴⁸. In mancanza di intesa si provvede alla costituzione di un comitato interistituzionale⁴⁹.

In mancanza di costituzione del comitato o di mancata intesa si provvede all'intesa con decreto del presidente della repubblica, previa deliberazione del consiglio dei ministri integrato con la partecipazione del presidente della regione interessata. Occorre certamente chiedersi se la previsione di questa partecipazione possa essere considerata una garanzia procedimentale sufficiente per superare in modo legittimo l'irrimediabile dissenso manifestato dalla regione.

Il MSE trasmette, quindi, la proposta di aree potenzialmente idonee sulle quali è stata espressa l'intesa regionale⁵⁰ alla conferenza unificata. In mancanza di intesa il consiglio dei ministri provvede con deliberazione motivata. Sogin, poi, sulle aree oggetto di intesa effettua le indagini tecniche in esito alle quali formula una proposta di localizzazione al MSE. Quest'ultimo individua, poi, il sito, ne attribuisce il diritto di svolgere le attività in via esclusiva alla Sogin e dichiara l'area di interesse strategico nazionale, soggetta a speciali forme di vigilanza e protezione e definisce le misure compensative. Sogin presenta, quindi, istanza per l'autorizzazione unica per costruire ed esercire il deposito la cui istruttoria è svolta dall'Agenzia. Quest'ultima rilascia, infine, parere vincolante al MSE che indice una conferenza di servizi con tutti i soggetti e amministrazioni coinvolti che non abbiano già espresso il proprio parere (ovviamente nell'ambito dell'istruttoria svolta dall'Agenzia).

A questo punto il legislatore ha previsto l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost.: il presidente del consiglio dei ministri assegna all'ente interessato un congruo termine per esprimere l'intesa decorso inutilmente il quale, previa deliberazione del consiglio dei ministri, cui partecipa il presidente della regione interessata all'intesa, è adottato decreto del presidente del consiglio dei ministri sostitutivo dell'intesa. Chiusa l'istruttoria il MSE rilascia l'autorizzazione unica.

⁴⁷ V. per il passato M. SGARAMELLA, *Un problema ambientale irrisolto: individuazione e realizzazione di un deposito nazionale di smaltimento di rifiuti radioattivi*, in *Rassegna Giuridica Energia elettrica*, 1993, 107 ss.

⁴⁸ Vale la pena notare che, contrariamente a quanto previsto nella norma che si occupa della certificazione del sito (art. 11.5), l'art. 27 non prevede una struttura omogenea.

⁴⁹ I componenti del comitato sono designati in modo da assicurare una composizione paritaria, rispettivamente dal MSE, dal MATTM e dal MIT da un lato e dalla regione dall'altro.

⁵⁰ O il dpr sostitutivo di intesa: il legislatore ha ommesso impropriamente di prevederlo.

9.7. Gli effetti riconducibili all'intesa (conseguita o mancata) della regione o degli enti locali coinvolti o della conferenza unificata .

Una riflessione a parte meriterebbe di essere svolta con riguardo agli effetti conseguenti al rilascio di un'intesa da parte delle amministrazioni coinvolte nel procedimento e, ovviamente, anche al fenomeno opposto, del suo mancato rilascio⁵¹, nella misura in cui quest'ultimo possa essere superato attraverso l'esercizio dei poteri sostitutivi. Tali effetti, che in questa sede non possono essere approfonditi, sono davvero "potenti". Basti ricordare che sono riconducibili all'obbligo per le amministrazioni regionali di modificare i piani energetici ambientali, alla qualificazione degli impianti quali opere di preminente interesse strategico sottoposte a forme di vigilanza e di protezione, all'attribuzione al titolare dell'autorizzazione della possibilità di compiere procedure espropriative e di svolgere tutte le necessarie attività e indagini sul sito⁵². Il fenomeno, com'è evidente, va ben al di là dell'ambito della sterile catalogazione, e investe direttamente la definizione di quelli che sono, in realtà, i valori in gioco oggetto del conflitto stato e regioni in sede di esercizio dei poteri sostitutivi.

10. La previa intesa con la regione interessata. Le attività concertative e di coordinamento orizzontale. La Corte Costituzionale. La riforma del Titolo V e i poteri sostitutivi.

Dopo aver sommariamente descritto il procedimento autorizzativo oggi vigente passiamo a svolgere alcune considerazioni sugli strumenti decisionali introdotti

⁵¹ Vale la pena sottolineare che accanto al fenomeno della mancata intesa vi è quello della formulazione espressa di intese negative. Quest'ultime potranno essere impugnate avanti al giudice amministrativo e un'eventuale paralisi procedimentale riconducibile al comportamento della regione potrà essere contestata avanti alla Corte Costituzionale in sede di eccezione di riparto di competenze tra stato e regioni.

⁵² Più precisamente, l'art. 11.7 sulla certificazione di "ciascuno dei siti" stabilisce che "L'intesa regionale ovvero il decreto del Presidente della Repubblica" (sostitutivo di intesa) "operano anche in deroga ai Piani Energetico Ambientali delle Regioni interessate da ciascuna possibile localizzazione" (art. 11.7). L'intesa della conferenza unificata ovvero la deliberazione motivata del consiglio dei ministri conducono, poi, all'adozione da parte del MSE di un decreto di approvazione dell'elenco dei siti certificati (art. 11.9). Con il medesimo decreto "ciascun sito" certificato ed approvato è dichiarato di interesse strategico nazionale, soggetto a speciali forme di vigilanza e protezione; il diritto di svolgere le attività preliminari attribuito in via esclusiva e, successivamente, obbligo di adeguamento da parte della Regione interessata dalla presenza del sito nucleare del proprio PEAR (art. 11.9). Poi, il rilascio dell'autorizzazione per la costruzione vale anche come certificazione del possesso dei requisiti da parte dell'operatore, licenza di esercizio di impianti nucleari anche ai sensi dell'art. 6 della l. 1860/1962, quale dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere e, ove occorra, quale dichiarazione di inamovibilità e apposizione del vincolo preordinato all'esproprio dei beni in essa compresi. Costituisce, inoltre, variante agli strumenti urbanistici e sostituisce ogni provvedimento amministrativo, autorizzazione, concessione, licenza nulla osta atto di assenso e atto amministrativo, costituendo titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato (art. 13: c.14 e 15).

Il decreto con cui il MSE individua il sito per la realizzazione del parco tecnologico attribuisce a Sogin il diritto di svolgere le attività contemplate dall'art. 28 e dichiara l'area di interesse strategico nazionale e soggetta a speciali forme di vigilanza e protezione e definizione delle misure compensative (art.27.11).

dalla l. 99 e dal d.lgs. 31 e sulla loro tenuta costituzionale. Crediamo sia utile cominciare questa parte del capitolo sottolineando alcuni principi che ci guideranno nell'esame dei meccanismi codecisori. Tra questi i primi a dover essere ricordati sono quelli contenuti nella riforma del Titolo V della Costituzione (l.cost. 3/2001) che ha riscritto l'originario riparto di competenze legislative tra stato e regioni attribuendo a queste ultime un grande potere in materia energetica.

L'art. 117,3 Cost., stabilisce che il settore della *“produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”*, rientra nel quadro delle materie oggetto di legislazione concorrente stato-regioni e, invece, stando all'art. 118 Cost. le funzioni attribuite di regola ai comuni possono (al fine di *“assicurarne l'esercizio unitario”*) essere conferite a città metropolitane, province, regioni e stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza.

All'estensione dei poteri regionali e delle autonomie locali avrebbe potuto, ovviamente, conseguire il rallentamento o la paralisi dei processi decisionali e il blocco delle procedure autorizzative. Di questa problematica il legislatore era ben consapevole tanto è vero che ha ritenuto indispensabile introdurre, in sede di riforma del Titolo V, un correttivo costituito dall'art. 120, 2 Cost. che legittima il governo a sostituirsi ad organi delle regioni, delle province, dei comuni ovvero delle città metropolitane⁵³.

L'esercizio del potere sostitutivo è consentito nei casi di mancato rispetto di norme e di trattati internazionali nonché della normativa comunitaria; di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica; quando lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica ed in particolare dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali⁵⁴. Si tratta di un potere esercitabile nelle ipotesi di “paralisi decisionale” determinate da inadempimento o inerzia nell'esercizio delle competenze da parte delle regioni o delle autonomie locali o in caso di illegittimo esercizio delle stesse⁵⁵. I provvedimenti sostitutivi devono, ovviamente, essere proporzionati alle finalità perseguite.

11. I giudizi promossi dalle regioni e dal governo contro le regioni.

⁵³ In relazione al potere sostitutivo v. Corte Cost., sentenza n. 236/ 2004 ove si legge che lo stesso *“...fa ...sistema con le norme costituzionali di allocazione delle competenze, assicurando comunque, nelle ipotesi patologiche, un intervento di organi centrali a tutela di interessi unitari...”*.

⁵⁴ V. L. MUSSELLI, *La sostituzione funzionale della Regione verso gli enti locali nel nuovo modello di governante territoriale*, Centro Studi sul Federalismo, *Research paper* e gli ampi riferimenti di dottrina, in www.csfederalimo.it

⁵⁵ La situazione legittimante richiede che il titolare ometta, per ragioni oggettive (inerzia-inadeguatezza) o soggettive (inerzia-inadempienza), atti o attività amministrative giuridicamente obbligatorie (dovute). Affinché il requisito sia integrato occorre che l'omissione persista nonostante un formale invito ad agire tranne le ipotesi in cui si debba agire in via di urgenza allorché il Consiglio dei Ministri adotta direttamente e immediatamente i provvedimenti necessari. Inoltre, è necessario che l'inerzia comprometta interessi “essenziali” per lo Stato o per la comunità di cui esso è espressione.

Prima di analizzare le decisioni della Corte Costituzionale in materia di energia e le relative implicazioni sulla manovra nucleare e sul d.lgs. 31 è opportuno ricordare che i giudizi promossi dalle regioni avverso la l. 99 hanno avuto ad oggetto, tra l'altro, la mancata previsione di un'intesa forte delle regioni nella procedura autorizzativa (la l. 99 ha previsto solo un'intesa debole della conferenza unificata).

Ma, come già detto, a seguito dell'esame delle norme sulle intese inserite nel d.lgs. 31 appare ragionevole affermare che con quest'ultimo testo il legislatore ha "riportato la barra al centro": il più articolato meccanismo codecisorio stato-regioni (artt. 11, 13 e 27) sembra essere stato introdotto proprio al fine di salvaguardare gli interessi regionali e superare il vaglio dei giudizi di costituzionalità.

Il governo, a sua volta, ha impugnato le leggi regionali della Puglia, Campania e Basilicata pubblicate tra il novembre e il gennaio 2010 che impediscono l'installazione di centrali elettronucleari⁵⁶.

Vale la pena di comparare la formulazione contenuta nelle leggi regionali del 2003⁵⁷ sulle quali è intervenuta la Corte con una sentenza molto importante, la n.62 del 2005 che esamineremo in seguito, e quella contenuta nelle leggi regionali adottate dopo la pubblicazione della l. 99.

Allora il legislatore regionale aveva dichiarato il territorio regionale denuclearizzato e precluso al transito e alla presenza, anche transitorio, di materiali nucleari non prodotti nel territorio regionale. Oggi le regioni hanno previsto che il loro territorio è precluso all'installazione di impianti "...in assenza di intese con lo Stato in merito alla loro localizzazione ...", rivendicando dunque il diritto a stipulare un accordo e a una codeterminazione paritaria sulle scelte nucleari. Al riguardo emblematici appaiono alcuni passaggi del ricorso proposto dallo stato avverso la lr della Puglia⁵⁸. Prima di tutto, quelli in cui la legge regionale viene qualificata quale ostacolo "*alla realizzazione della strategia energetica nazionale, con particolare riferimento alla scelta di riattivare nel Paese la produzione di energia nucleare...*". Poi, quelli in cui vengono individuati i tre profili in base ai quali il ritorno al nucleare va considerato "strategico": il cambiamento climatico, la sicurezza dell'approvvigionamento e la competitività del sistema produttivo. Questi profili travalicherebbero "*in modo consistente i meri interessi territoriali e locali e che traggono origine anche da esigenze globali internazionali che non possono che trovare risposta in soluzioni complessivamente definite a livello nazionale*"⁵⁹.

⁵⁶ V. LR. Puglia 4 dicembre 2009, n.30, Campania 21 gennaio 2010, n. 2 e LR Basilicata 19 gennaio 2010, n.1

⁵⁷ LR Sardegna n. 8, de3 luglio 2003, LR Basilicata 21 novembre 2003, n. 31, LR Calabria 5 dicembre 2003, n. 26 citate dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 62/2005

⁵⁸ V. [ricorso](#) n.19 del 5 febbraio 2010, presidenza consiglio dei ministri vs. regione puglia (l.r. Puglia n.30/2009)

⁵⁹ V. il ricorso n.19/2010 ove si legge che "*se anche lo fosse la normativa regionale, nel vietare le attività nucleari in assenza di intesa ovvero nel subordinare il loro esercizio all'intesa dovrebbe considerarsi illegittima per violazione dell'art. 117, comma 3 in quanto la previsione dell'intesa, riguardando una scelta di carattere generale, in ipotesi applicabile a tutte le regioni, atterrebbe comunque alla potestà legislativa concorrente di determinare i principi fondamentali della materia. Inoltre non può ritenersi che la potestà legislativa concorrente della Regione possa spingersi ad imporre un'intesa allo Stato, per di più vietando, in mancanza della stessa, l'esercizio di un'attività produttiva così importante...*".

12. La giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di energia.

Ciò chiarito, e prima di ragionare sulle implicazioni riconducibili alla giurisprudenza costituzionale formatasi dopo l'attribuzione alle regioni di significativi poteri in tema di energia⁶⁰, riteniamo, però, utile segnalare una decisione della Corte Costituzionale risalente al 1981. Anche se i riferimenti costituzionali sono precedenti alle modifiche del Titolo V la decisione merita di essere ricordata perché rende evidente quale ordini di problemi verranno sollevati dalle regioni rispetto ai provvedimenti statali che localizzeranno le centrali nel loro territorio. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla tenuta costituzionale di un dl con il quale il governo, disattendendo il parere della commissione consultiva interregionale (art. 2, l. 393/1975), aveva localizzato una centrale in Molise. In quel caso la regione con l'impugnazione del d.l. 703/1978, aveva contestato “...*l'invasione della competenza regionale in materia di urbanistica atteso il carattere precettivo e non già di mera determinazione di principi violando l'autonomia regionale e realizzando una disparità di trattamento fra regioni a statuto ordinario.*”. Per quanto il d.l. non venne convertito, la sentenza va considerata interessante perché esemplificativa di problematiche che erano già state oggetto di attenzione con le leggi degli anni 70 e 80 e che saranno certamente trattate nei giudizi costituzionali promossi dalle regioni e dallo stato.

Chiarito ciò e al fine di valutare il modello autorizzativo del d.lgs. 31 ed il grado di adeguatezza dello stesso passiamo ad esaminare i principi *post* riforma del Titolo V. A partire dalla sentenza n.303⁶¹ la Corte ha riconosciuto allo stato, nelle materie di competenza regionale concorrente, non soltanto la competenza ad esercitare le funzioni amministrative ma anche ad organizzarle e regolarle con legge; tutto ciò a patto che tale esercizio avvenga in presenza di due condizioni: a) l'esistenza di un interesse pubblico proporzionato e non irragionevole e, b) la stipulazione di un'intesa con la regione. L'inversione di tendenza rispetto al passato è notevole; infatti, in precedenza il raggiungimento di un accordo con la regione e la messa in atto di meccanismi di raccordo collaborativo erano considerati quali mere condizioni accessorie all'intervento statale. Pur funzionanti per i casi macro di mancata previsione legislativa dell'intesa, il meccanismo introdotto dalla sentenza n.303 mostra tutta la sua fragilità nelle ipotesi di mancato raggiungimento dell'intesa pur legislativamente prevista: in questo frangente la Corte non chiarisce quale natura, forte o debole, attribuire all'intesa.

⁶⁰ La cd. riforma del Titolo V della Costituzione

⁶¹ V. i commenti alla sentenza della Corte Costituzionale, n. 303/ 2003, in Consulta *on line* e, in particolare, A. RUGGERI, *Il parallelismo “redivivo” e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia*; A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*; Q. CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte Costituzionale*; E. ARPE, *La Consulta censura le norme statali “cedevoli” ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza n. 303/2003*; F. CINTIOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza n. 303 del 2003*

L'occasione per tornare sull'argomento è offerta dall'impugnazione del dl *Sblocca Centrali*⁶².

La Corte, con la decisione n.6 del 2004, dichiara infondate le censure regionali contro il dl concernente la violazione degli artt. 117 e 118 Cost. perché, in primo luogo, rileva la necessità dell'intervento statale al fine di scongiurare il rischio di interruzione di fornitura su tutto il territorio; le singole amministrazioni regionali mancherebbero di quella visione di insieme del fabbisogno nazionale di energia e della capacità di assicurarne l'integrale soddisfacimento di cui solo lo stato può essere adeguatamente dotato.

Con la sentenza n. 303 la Corte si era limitata a riconoscere la necessità di un'intesa con la regione interessata senza prendere posizione né a favore dell'intesa debole né tantomeno a favore dell'intesa forte. Nella disciplina impugnata dello *Sblocca Centrali* la Corte distingue due livelli di partecipazione regionale: il primo riguarda tutte le regioni mentre il secondo afferisce alla regione direttamente interessata.

Rispetto al primo livello di partecipazione, la determinazione statale dell'elenco degli impianti di energia elettrica viene effettuata previa intesa in sede di conferenza permanente: l'ipotesi non è problematica ed è riconducibile alla disciplina sulle conferenze ed alle garanzie previste.

Quanto al secondo livello di partecipazione, invece, la Corte è chiamata a valutare l'autorizzazione alla costruzione ed esercizio d'intesa con la regione. E' su questa previsione che si appunta l'attenzione. La Corte conclude che si è di fronte ad un'intesa forte nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento⁶³.

La qualificazione giuridica dell'intesa deve spettare prima di tutto al legislatore e, solo in mancanza di indicazioni normative – per la *cd* intesa senza aggettivi –, è compito della Corte di qualificare al posto del legislatore.

Con la sentenza n. 62 del 2005⁶⁴ la Corte si è espressa sui limiti delle competenze di stato e regioni in materia di stoccaggio di materiale radioattivo dichiarando illegittime alcune previsioni regionali⁶⁵ con cui i territori erano stati dichiarati denuclearizzati. Ciò perché nella realizzazione di opere atte “...a condizionare in modo rilevante lo stato e lo sviluppo di singole aree, la competenza degli organi statali deve prevedere forme di integrazione e coinvolgimento delle regioni sui cui territori gli interventi sono destinati a realizzarsi?” (così confermando l'indirizzo espresso nella sentenza n. 303). Tuttavia la

⁶² Si tratta del d.l. n.7/2002 convertito con modifiche dalla l. n.55/2002

⁶³ Ciò, ovviamente, a causa del particolarissimo impatto che una centrale ha su tutta una serie di funzioni regionali relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo. La Corte sottolinea pertanto che “...i due distinti livelli di partecipazione – dell'insieme delle Regioni nel primo caso e della Regione direttamente interessata nel secondo – realizzano ...sufficienti modalità collaborative e di garanzia degli interessi delle istituzioni regionali i cui poteri sono stati parzialmente ridotti dall'attribuzione allo Stato dell'esercizio unitario delle funzioni disciplinate negli atti impugnati. Né mancano ovviamente strumenti di tutela contro eventuali prassi applicative che non risultassero in concreto rispettose della doverosa leale collaborazione fra Stato e Regioni...”.

⁶⁴ V. il commento di G. D'AMICO, *Rifiuti Radioattivi nelle Regioni <<meno reattive>>? Il nimby non trova spazio alla Corte Costituzionale (brevi note alla sentenza n.62 del 2005)*, in *Rassegna Giuridica Energia elettrica*, 2005, 71 ss.

⁶⁵ Si trattava della Sardegna, Basilicata e Calabria

Corte ha operato una distinzione tra *individuazione del sito e concreta localizzazione e realizzazione dell'impianto*: per l'individuazione, al fine di assicurare un'adeguata rappresentazione degli interessi territoriali è sufficiente il coinvolgimento della conferenza unificata, mentre per la concreta localizzazione, deve essere offerta specifica tutela costituzionale alla singola regione in cui l'opera è destinata ad essere ubicata⁶⁶.

Emblematico ai fini di valutare la tenuta costituzionale del modello di meccanismi codecisori approntati dal d.lgs. 31 è il passaggio secondo cui *"E' ...necessario...che siano previste forme di partecipazione al procedimento della Regione interessata, fermo restando che in caso di dissenso irrimediabile possono essere previsti meccanismi di deliberazione definitiva da parte di organi statali, con adeguate garanzie procedurali..."*. L'attenzione va dunque rivolta ai meccanismi per l'acquisizione del consenso introdotti dagli artt. 13 e 27 del d.lgs. 31 e, precisamente alla partecipazione del presidente della regione interessata. Occorre dunque chiedersi se questa partecipazione possa costituire quella adeguata garanzia procedimentale che in caso di dissenso irrimediabile conduce all'adozione di una deliberazione definitiva (l'autorizzazione unica) da parte dello stato. Proveremo in seguito a fornire una plausibile risposta.

A nove mesi di distanza dalla sentenza su Scanzano Jonico la Corte interviene nuovamente sulle intese. Con la sentenza n. 383 esamina alcune norme del d.l. *antiblackout*⁶⁷ e della l. di *Riordino del settore energetico*. Oggetto di impugnazione era stata, tra l'altro, la norma⁶⁸ sul procedimento unico per costruire ed esercitare elettrodotti in base alla quale, in caso di mancato conseguimento dell'intesa con la regione, lo Stato esercita il potere sostitutivo di cui all'art. 120 Cost., nel rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione ed autorizza le opere con dpr, su proposta del MATTM⁶⁹.

⁶⁶ In particolare la Corte osserva che *"...Quando una volta individuato il sito si debba provvedere alla validazione alla sua specifica localizzazione e alla realizzazione dell'impianto, l'interesse territoriale da prendere in considerazione e a cui deve essere offerta, sul piano costituzionale, adeguata tutela, è quello della Regione nel cui territorio l'opera è destinata ad essere ubicata. Non basterebbe più a questo livello il semplice coinvolgimento della Conferenza Unificata il cui intervento non può sostituire quello costituzionalmente necessario della singola Regione interessata. Da questo punto di vista la disciplina del DL è carente...."*

⁶⁷ Si tratta del d.l. n.290/2003 e della l. n. 239/2004

⁶⁸ Questa disposizione, secondo la regione Toscana *"...contrasterebbe con l'art. 120 e il principio di leale collaborazione, in quanto prevederebbe un'ipotesi di potere sostitutivo statale al di fuori dei presupposti costituzionali. Tale potere, inoltre, non sarebbe attribuito al Governo nella sua collegialità e comunque...sarebbe inadeguatamente definito da una semplice legge ordinaria..."*. Ancora, la Regione Toscana aveva sostenuto che i presupposti per l'esercizio del potere sostitutivo sarebbero individuati *"non solo nella paralisi procedimentale imputabile ad inerzia della Regione ma anche in ogni tipo di dissenso, anche pienamente motivato con un conseguente declassamento dei rapporti fra le Regioni e lo Stato dal livello delle intese in senso forte a quello delle intese in senso debole, come tali non idonee a garantire il rispetto del principio di leale collaborazione..."* Oggetto della sostituzione sarebbe *"un atto di autonomia politica, come tale non sostituibile da un atto statale, con la conseguenza che una predeterminazione del genere farebbe venir meno la spinta a ricercare effettivamente l'intesa"*.

⁶⁹ Si trattava dell'art. 1 *sexies*, comma 4-bis del d.l. 29 agosto 2003, n.239 (Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza elettrica) convertito, con modifiche, dalla l. 27 ottobre 2003, n.290.

La Corte⁷⁰ ha escluso l'applicabilità dell'art. 120.2 Cost. ad ipotesi in cui l'ordinamento impone l'ottenimento di un'intesa stato-regioni per l'esercizio di una funzione amministrativa attratta in sussidiarietà. Significativo, infine, ai fini della soluzione da offrire al quesito sulla tenuta dei meccanismi codecisori introdotti dal d.lgs. 31, il passaggio con cui la Corte, appurato che si deve ricercare fino in fondo l'intesa anche per evitare situazioni di stallo, conclude sull'opportunità di individuare sul piano legislativo procedure parzialmente innovative cui consegua l'adozione dell'atto finale nei casi mancata intesa. Tuttavia tali procedure, anche in mancanza di intesa, non potranno prescindere dalla permanente garanzia della posizione paritaria delle parti coinvolte.

Chiarito ciò occorre chiedersi se le procedure introdotte dal d.lgs. 31, certamente innovative nel panorama delle autorizzazioni per la costruzione di impianti energetici, di acquisizione del consenso regionale anche attraverso l'esercizio dei poteri sostitutivi possano considerarsi rispettose del principio sancito dalla Corte⁷¹.

13. Qualche riflessione sulla tenuta costituzionale dei meccanismi codecisori contenuti nella l. 99/2009 e nel d.lgs. 31/2010.

Al termine di questa analisi e combinando le precedenti considerazioni appare ragionevole concludere che le promesse in termini di semplificazione della procedura autorizzativa sono state *sulla carta ragionevolmente* mantenute.

Le promesse mantenute possono, peraltro, essere poste in discussione dalla scelta del legislatore di costruire un modello decisorio "semplificato" che prescinde dal rilascio di un'intesa forte della regione che adotta *in extremis* l'impostazione dell'*inserimento dall'alto* delle centrali elettronucleari.

Si tratta di un tema, quello del superamento del dissenso regionale, che anche ai tempi della prima legislazione nucleare si era posto.

Allora si disse che il legislatore del 1962 riservando ai pubblici poteri e per essi all'Enel le attività elettriche aveva introdotto una grande riforma economico-sociale: la realizzazione degli impianti rispondeva ad esigenze della Comunità

⁷⁰ La Corte ha ritenuto che l'art. 120.2 Cost. "*..non può essere applicato ad ipotesi...nelle quali l'ordinamento costituzionale impone il conseguimento di una necessaria intesa fra organi statali e organi regionali per l'esercizio in concreto di una funzione amministrativa attratta in sussidiarietà al livello statale in materie di competenza legislativa regionale...Nell'attuale situazione,...a partire dalla sentenza n.303 del 2003...tali intese costituiscono condizione minima e imprescindibile per la legittimità costituzionale della disciplina legislativa statale che effettui la "chiamata in sussidiarietà" di una funzione amministrativa in materie affidate alla legislazione regionale, con la conseguenza che deve trattarsi di vere e proprie intese "in senso forte", ossia di atti a struttura bilaterale come tali non superabili con decisione unilaterale di una delle parti. In questi casi...è da escludersi che ai fini del perfezionamento dell'intesa la volontà della Regione possa essere sostituita da una determinazione dello Stato, il quale diverrebbe l'unico attore di una fattispecie che viceversa non può strutturalmente ridursi all'esercizio del potere unilaterale...."*

⁷¹ La Corte conclude per l'opportunità di individuare "*...procedure parzialmente innovative volte a favorire l'adozione dell'atto finale nei casi in cui siano insorte difficoltà a conseguire l'intesa, ma tali procedure non potranno in ogni caso prescindere dalla permanente garanzia della posizione paritaria delle parti coinvolte. E nei casi limite di mancato raggiungimento dell'intesa, potrebbe essere utilizzato, in ipotesi, lo strumento del ricorso a questa Corte in sede di conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni*".

Sociale. Il Servizio Elettrico Nazionale in quanto voluto dal Parlamento costituiva uno strumento per l'attuazione di interessi comuni all'intera Nazione: da ciò la legittimità dei meccanismi semplificatori per la costruzione delle centrali.

Dopo la liberalizzazione dei mercati energetici, appare ragionevole oggi paragonare l'attuale manovra nucleare a quella intercorsa negli anni 60 e qualificarla quale Grande Riforma Economico-Sociale. Per realizzare gli obiettivi economico-sociali di questa manovra e, dunque giungere il prima possibile al rilascio delle autorizzazioni, il parlamento con la l. 99 ha optato per l'esclusione dello strumento di codecisione paritaria, ossia l'intesa forte con le regioni territorialmente interessate e ha previsto l'esercizio del potere sostitutivo del governo in caso di mancato raggiungimento delle necessarie intese.

Si tratta di meccanismi improntati ad una logica di semplificazione.

Ma occorre chiedersi se la semplificazione adottata per garantire il conseguimento delle autorizzazioni in tempi ragionevoli possa essere considerata legittima nella misura in cui neutralizza o indebolisce il potere delle regioni di *“governare il proprio territorio”*.

E' questo il profilo più significativo della decisione rimessa alla Corte Costituzionale chiamata a pronunciarsi sui ricorsi promossi dalle regioni per far dichiarare incostituzionali le disposizioni della l. 99 che prevedono, appunto, l'intesa debole con la conferenza unificata e il potere sostitutivo del governo. Ma come già detto il legislatore del d.lgs. 31 sui siti ha corretto il tiro: vedremo cosa deciderà la Consulta.

In astratto possono essere ipotizzate due soluzioni.

La prima conduce a ritenere illegittima la normativa. Infatti, se si intende prendere alla lettera le statuizioni contenute nelle sentenze costituzionali in tema di “energia” - esclusa quella su Scanzano Jonico - le previsioni del d.lgs. 31, pur arricchite e attenuate nella misura in cui individuano l'intesa regionale come eventuale, non appaiono legittime.

Peraltro non si può escludere che la Corte su questa tema, che pone in rilievo esigenze fondamentali della Comunità, sviluppi il suo pensiero in termini diversi (accogliendo, per esempio, la tesi della Grande Strategia nucleare che travalica gli interessi regionali⁷²). Prima della sentenza n.303 nessuno pensava di riconoscere allo Stato il potere di intervenire in termini così pregnanti nella materia dell'energia. D'altro canto la Corte con la sentenza n.6 riconosce la possibilità che le regioni, cui è stato attribuito il potere di rilasciare un'intesa forte per concludere il procedimento, diano prova di “sleale collaborazione”⁷³: in tali casi è legittima l'applicazione dell'art. 120 Cost. sull'esercizio dei poteri sostitutivi da parte dello stato. Ribadito che la soluzione adottata dal d.lgs. 31 non sembra conforme alla giurisprudenza costituzionale perché prevede l'intervento sostitutivo anche in situazioni nelle quali la regione non ha dato prova di sleale collaborazione, ciò non significa che il diniego di intesa sia insindacabile; la stessa Corte nella sentenza

⁷² V. il ricorso n.19 del 5 febbraio 2010, presidenza consiglio dei ministri vs. regione puglia (l.r. Puglia n.30/2009) e citato alla nota 58

⁷³ V. nota 56

n.6/2004 ci ha detto che il diniego è sindacabile perché la regione è tenuta a rispettare il principio di leale collaborazione e tutti gli altri principi che presiedono all'esercizio di funzioni pubbliche come quello di ragionevolezza di proporzionalità. La seconda ipotesi conduce a ritenere legittimi i meccanismi di acquisizione del consenso regionale. Per fare ciò emblematica la sentenza di Scanzano⁷⁴ in cui la Corte ha riconosciuto espressamente la possibilità di superare il dissenso irrimediabile attraverso "*meccanismi di deliberazione definitiva da parte di organi statali, con adeguate garanzie procedurali*": accedendo a questa tesi la partecipazione del presidente della regione al consiglio dei ministri va considerata una adeguata garanzia procedimentale. Sono questi i principi con i quali la manovra nucleare e il d.lgs 31 dovranno confrontarsi.

Tenuto conto di tutto ciò e venendo alla soluzione del quesito sul probabile esito dei giudizi attualmente pendenti avanti alla Corte Costituzionale riteniamo che certamente le decisioni si baseranno sui principi posti in precedenza individuabili anche nella sentenza n.383/2005. Ma ogni giudizio circa la "legittimità" degli attuali meccanismi codecisori (a noi pare, soprattutto nel d.lgs. 31, sufficientemente articolati) non può che essere ispirato ad una certa prudenza.

14. Informazione e campagna informativa

L'art. 31 del d. lgs. prospetta una "campagna di informazione nazionale" la cui realizzazione prevede alcuni passaggi che non sembrano chiaramente identificati. In più coinvolge un numero esorbitante di disparati organismi e amministrazioni pubbliche con l'obiettivo comune di mettere in atto adeguate forme di comunicazione con i cittadini in modo da ridurre i rischi di risposte unicamente emozionali a fronte della ripresa della produzione di energia elettronucleare⁷⁵.

Il "programma per la definizione e la realizzazione di una "campagna di informazione nazionale in materia di produzione di energia elettrica da fonte nucleare" deve essere approvato entro 3 mesi dall'entrata in vigore del d. lgs. con dm MSE (di concerto con MATTM, MIT e MEF), dopo aver acquisito il parere del Dipartimento per l'informazione e l'editoria della presidenza del consiglio dei ministri. Sempre il MSE (sentito il MATTM e il MIT) "promuove" l'elaborazione di questo programma "avvalendosi", sulla base di una convenzione, dell'Agenzia per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo di impresa e con il

⁷⁴ A valle dell'individuazione di Scanzano Jonico quale sito destinato alla costruzione del deposito nazionale, alcune regioni avevano dichiarato con leggi denuclearizzati i loro territori. La Corte con la sentenza n. 62/2005 le ha dichiarate incostituzionali poiché lo smaltimento dei rifiuti pericolosi di origine industriale non deve avvenire sullo stesso territorio di produzione dei rifiuti stessi ma deve essere effettuata una ricerca del miglior sito possibile per il collocamento in sicurezza dei rifiuti e la comprensibile spinta ad ostacolare insediamenti sul proprio territorio regionale non può tradursi in un impedimento insormontabile alla realizzazione di impianti necessari per una corretta gestione del territorio e degli insediamenti al servizio di interessi unitari di rilievo ultraregionale.

⁷⁵ Sulla paralisi dell'azione come risposta individuale e sociale alla presenza di rischi, v. C. R. SUNSTEIN – R. ZECKHAUSER, *Overreaction to Fearsome Risks* (preliminary draft, dicembre 2008), in <http://ssrn.com/abstract>.

“coinvolgimento” di un rappresentante dell’Aeeg, del Dipartimento per l’informazione, dell’Agenzia per la Sicurezza Nucleare, dell’ISPRA, dell’ENEA, dell’ANCI e del soggetto che sarà responsabile della campagna. Il programma deve definire gli obiettivi, il fabbisogno finanziario nonché le risorse disponibili, il contenuto e i destinatari del messaggio ed infine i soggetti coinvolti nella realizzazione della campagna. Infine, sempre nel quadro della stessa convenzione, dovrà essere individuato “il soggetto di particolare competenza nel settore” al quale affidare “l’ideazione, la programmazione e la realizzazione della campagna medesima”.

Prima di proporre qualche riflessione sul caso italiano, può essere utile riprendere alcune osservazioni generali che la letteratura in materia ricorda frequentemente. Innanzitutto bisogna ricordare che, soprattutto nei paesi OCSE, la profonda differenza tra l’attuale fase e quella pre-Chernobyl è rappresentata dal crescente impatto della consultazione pubblica, sia nel quadro del governo del territorio che della tutela ambientale, che è ormai considerata più un “*asset*” che un intralcio nei processi decisionali relativi a temi socialmente rilevanti⁷⁶.

Un fondamento giuridico essenziale sul quale si innestano i meccanismi di consultazione richiesti dalla pubblica opinione ma, in molti casi, proposti e realizzati anche dai governi, è la Convenzione di Aarhus riguardante “l’accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l’accesso alla giustizia in materia ambientale” firmata nel 1998 (entrata in vigore nel 2001) ed ormai sottoscritta da oltre 40 paesi tra i quali gran parte di quelli europei. Per di più la Convenzione è fortemente supportata dall’Unione Europea ed esercita una qualche influenza sulle metodologie nazionali di confronto con l’opinione pubblica. In questo orizzonte si collocano due diverse esperienze relative al nucleare, una francese, quindi in un paese che non ha cessato la costruzione di impianti, e quella della Finlandia dove la ripresa nel settore è recente.

La Francia già dal 1995 aveva istituito la *Commission nationale du débat public* che aveva il compito di organizzare le consultazioni sui progetti di grandi infrastrutture. In questo quadro è stata poi costituita una commissione speciale mirata a dibattere le politiche relative ai rifiuti radioattivi e la costruzione della nuova centrale di Flamanville⁷⁷. Quindi il governo, nel pieno rispetto della Convenzione di Aarhus, ha consentito all’opinione pubblica di avere accesso e partecipare al processo decisionale sui temi ambientali. Tra l’altro i costi del processo di consultazione sono stati interamente sostenuti dalla *utility* elettrica interessata, cioè da EdF.

Nel caso della Finlandia, la decisione del governo di iniziare la costruzione di Olkiluoto 3 è stata accompagnata da una ampia consultazione pubblica durata oltre 2 anni nella quale uno dei fattori che ha maggiormente contribuito a formare un’opinione positiva sul progetto è stata la difficoltà a raggiungere i livelli di riduzione delle emissioni fissati a Kyoto. Sarebbe interessante analizzare più in dettaglio le caratteristiche di questo processo che ha visto una significativa

⁷⁶ P. D. CAMERON, *The Revival of Nuclear Power*, cit., 86-87.

⁷⁷ V. Commission particulière du débat public, « Projet EPR. Sur le projet de centrale électronucléaire à Flamanville », 13 ottobre 2005 (www.debatpublic-epr.org/presse/communiqués_presse.html)

partecipazione proprio in considerazione della forza delle idee “verdi” in questo paese che era stato uno di quelli più colpiti dagli effetti di Chernobyl.

A questo impostazione metodologica si rifà anche la campagna di sensibilizzazione dell’opinione pubblica in merito alla ripresa della politica energetica nucleare di recente realizzata in Gran Bretagna in occasione della pubblicazione del *White Paper* del 2008⁷⁸.

Alla luce di quanto appena detto possiamo fare qualche breve osservazione sul caso italiano. In primo luogo, i tempi. A distanza di 2 anni dalla decisione di rientrare nel settore della produzione di energia elettronucleare non è stata ancora presa alcuna iniziativa di informazione e di comunicazione con il pubblico riguardo a scelte complesse anche da un punto di vista scientifico e tecnologico. Tra l’altro, tra i primi adempimenti, è prevista una consultazione pubblica sullo schema di definizione delle caratteristiche delle aree idonee e l’apertura di una procedura di VAS sulla Strategia Nucleare che include una consultazione pubblica. Di conseguenza una campagna preventiva poteva avere effetti positivi. In secondo luogo, è ovvio che la legge non poteva entrare nel merito dei contenuti della campagna, ma avrebbe dovuto individuare procedure, strumenti e soggetti competenti, eventualmente istituiti *ad hoc* e forniti dell’*expertise* necessaria. Invece ha proposto un percorso, a dir poco, “accidentato” e, *prima facie*, poco trasparente in cui sono coinvolti molti soggetti, tra cui organismi privati, con competenze non chiaramente identificabili. In terzo luogo, il finanziamento di una complessa campagna informativa. I costi sono indubbiamente elevati, come le campagne appena citate ci mostrano, ma in analogia con quanto accade in molti altri paesi avrebbe potuto essere costituito un fondo finanziato dalle *utilities* interessate a investire nel settore e quindi a ridurre le situazioni di conflitto con i cittadini che la costruzione di qualsiasi grande infrastruttura (tanto più un impianto nucleare o un deposito per rifiuti radioattivi) produce.

15. L’Agenzia per la Sicurezza Nucleare

La costituzione dell’Agenzia per la Sicurezza Nucleare è stata disciplinata nella l. 99/2009, art. 29. La tempistica relativa alla effettiva istituzione prevedeva che entro tre mesi dalla entrata in vigore della legge (cioè entro metà novembre 2009) venisse approvato lo statuto dell’Agenzia con dpcm, su proposta del MATTM e del MSE, di concerto con il MEF e il Ministro per la PA e l’Innovazione. In seguito, entro i successivi tre mesi doveva essere approvato il regolamento di organizzazione e funzionamento dell’ASN sempre con dpcm, su proposta del MATTM, di concerto con MSE, MEF e MPAI (cioè intorno alla metà febbraio 2010). Nello stesso tempo avrebbe potuto essere nominato l’organo collegiale posto alla testa dell’ASN.

⁷⁸ L’esperienza inglese è paradigmatica perché il primo tentativo di riprendere la costruzione di nuove centrali in considerazione della progressiva obsolescenza di quelle ancora in funzione risalente al 2003 è fallito proprio perché era mancata una ampia consultazione dell’opinione pubblica che invece è stata portata avanti con il secondo tentativo. In questo contesto oltre 4.000 tra cittadini e gruppi o associazioni diverse hanno espresso la loro opinione anche partecipando ad eventi e sono state raccolte oltre 2700 risposte scritte a questionari (v. meeting at *Department of Energy & Climate Change*, London, 26 febbraio 2010).

Ma questi termini sono stati ampiamente superati (solo di recente è circolata una bozza di statuto dell'Agenzia) e le stesse nomine non hanno avuto ancora luogo.

Come ovvio, nel d.lgs. 31 i riferimenti all'Agenzia sono limitati ad una più specifica e dettagliata definizione delle competenze relative alla elaborazione di atti normativi e di indirizzo e allo svolgimento dei procedimenti autorizzativi.

E' necessario prendere atto che l'Agenzia è ancora un organismo "sulla carta" ma dato il rilievo che essa assume nel quadro regolatorio che è in via di definizione può essere utile fare qualche osservazione preliminare su alcuni elementi che la caratterizzano.

Due sono gli elementi che appaiono cruciali riguardo la definizione dell'Agenzia.

Il primo riguarda le caratteristiche del soggetto regolatore, la configurazione delle competenze e la sua posizione all'interno del disegno di *governance* del settore nucleare.

Il secondo, l'adeguatezza delle risorse e del personale addetto sia in termini qualitativi che quantitativi all'esercizio delle competenze attribuite.

Riguardo il primo punto, è evidente che il ruolo dell'Agenzia, già come delineato nella legge, ma ancor più come emerge dal decreto, è un ruolo "forte" e "centrale", in particolare nei procedimenti autorizzatori. Basta ricordare a questo proposito il carattere vincolante del parere rilasciato a conclusione del procedimento di autorizzazione alla costruzione ed esercizio della centrale. Questo esito era in un certo senso inevitabile, ed anche auspicabile, dato l'alto tasso di specializzazione del settore e il livello di *expertise* tecnologica necessario. Infatti, un elemento chiave di tutte le esperienze più avanzate è la presenza di un regolatore quale soggetto di riferimento dell'intero settore e al quale sono affidate competenze ad ampio spettro unicamente nell'area del nucleare.

A proposito della natura del regolatore e, quindi, delle sue caratteristiche costitutive, un punto controverso può essere quello dell'indipendenza. Tra l'altro, anche in un'ottica comparata, è evidente che questa caratteristica si declina in modo diverso, nelle varie esperienze internazionali, anche se le normative da cui possiamo trarre ispirazione, come Francia, Finlandia, Inghilterra o Stati Uniti, parlano esplicitamente di indipendenza o autonomia. Nel nostro caso, le varie formulazioni che si sono succedute fino a quella finale sono state caratterizzate da una costante ambiguità tra il modello dell'autorità e quello dell'agenzia. Può avere una qualche valenza emblematica la dizione che "l'agenzia svolge le funzioni e i compiti di autorità nazionale [...]" così come quella che "l'Agenzia è la sola autorità nazionale" (art. 29, 1 e 5, l. 99/09).

Comunque l'indipendenza si declina anche secondo altre linee che sono, oltre quella politica, l'indipendenza dalle imprese regolate e, in alcuni casi, l'indipendenza scientifica⁷⁹.

A proposito dell'indipendenza dai settori economici di riferimento è utile ricordare l'ultima direttiva Euratom (2009/71) che istituisce un quadro comunitario per la

⁷⁹ Sull'indipendenza v. da ultimo, M. D'ALBERTI, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Quaderni ASTRID, Bologna 2010, 11.

sicurezza nucleare degli impianti e che, per la prima volta, tratta esplicitamente delle autorità di regolazione e delle loro necessarie caratteristiche attribuendo alla responsabilità degli stati membri di garantire il rispetto delle indicazioni⁸⁰.

La conseguente partecipazione dell'agenzia ai gruppi o reti europee di regolatori competenti nel settore della sicurezza nucleare (l'ultimo in ordine di tempo è l'*European Nuclear Safety Regulators Group* – ENSREG – al quale partecipano i presidenti) rappresenta certamente un elemento di sicuro rafforzamento delle conoscenze, di cui la nuova Agenzia deve entrare in possesso, attraverso il costante scambio di informazioni tecniche e scientifiche e di *best practices*⁸¹. Inoltre le forme di cooperazione di tipo reticolare mettono in moto meccanismi reputazionali⁸² che il Consiglio Euratom, sempre nell'ultima direttiva, si propone di rafforzare quando prevede un sistema periodico di *peer review* non solo sul quadro nazionale delle regole ma anche sulle stesse autorità di regolazione con l'obiettivo di un costante miglioramento della sicurezza nucleare (art.9. 3).

In più il principio essenziale al quale ogni regolatore deve conformarsi è quello della trasparenza delle procedure decisionali che, al di là di ogni altro elemento, costituisce la base della sua *accountability*.

Nel definitivo disegno dell'Agenzia italiana è evidente la compartecipazione del livello politico non solo attraverso il sistema di nomine⁸³ ma anche nella definizione delle relazioni interne (statuto) e dell'organizzazione (regolamenti).

All'Agenzia sono attribuiti importanti poteri che qui ci limitiamo a ricordare in sintesi, ma che richiederebbero una più dettagliata trattazione. Si tratta di (1) poteri di regolazione generale a carattere tecnico come la fissazione di standard e di prescrizioni e di regolazione singolare (autorizzazioni, certificazioni, ecc. per i singoli operatori); (2) poteri ispettivi e di controllo in particolare in funzione di tutela della sicurezza, della salute e dell'ambiente; (3) poteri sanzionatori strettamente connessi all'esercizio dei poteri ispettivi, in quanto il mancato adeguamento ai propri provvedimenti o la mancata ottemperanza a richieste di documenti o di accesso agli impianti configura la possibilità di irrogare direttamente sanzioni pecuniarie così come è riconosciuto ad altre autorità. Come estrema *ratio* l'Agenzia può imporre la sospensione delle attività e proporre alle amministrazioni

⁸⁰ L'art. 5 della direttiva è dedicato alle autorità di regolazione competenti e prevede che “gli stati membri istituiscono e forniscono i mezzi a una autorità di regolamentazione competente in materia di sicurezza degli impianti” (c.1). Inoltre “gli stati membri garantiscono che l'autorità di regolamentazione competente sia funzionalmente separata da ogni altro organismo o organizzazione coinvolto nella promozione o nell'utilizzazione dell'energia nucleare, compresa la produzione di energia elettrica, al fine di assicurare l'effettiva indipendenza da ogni influenza indebita sul suo processo decisionale regolatorio” (c.2).

⁸¹ V. A. CANEPA, *Reti europee in cammino. Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Napoli, 2010, in partic. Sez. terza, cap. V sul ruolo dello scambio di informazioni.

⁸² G. MAJONE, *New Agencies in the EC: Regulation by Information*, in *The new European Agencies*, EUI working Papers, n. 96/49, 9 proprio sul nesso *networking – reputation*.

⁸³ L'organo collegiale è formato dal presidente designato dal presidente del consiglio dei ministri, e da 4 componenti di cui 2 designati dal MATTM e 2 dal MSE; poi nominati con dpr, su proposta del presidente del consiglio previa deliberazione del consiglio dei ministri.

che l'hanno deliberata la revoca della stessa autorizzazione; (4) poteri di informazione al pubblico anche attraverso indagini e rapporti.

Più da vicino, nel quadro del procedimento di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti, l'Agenzia è posta al centro del procedimento ed è inoltre il collettore di tutte le informazioni sia da parte delle amministrazioni che dei richiedenti. Ugualmente confluiscono su questa struttura i risultati dei procedimenti connessi, come ad esempio la VIA e l'AIA.

Il ruolo che le viene riconosciuto si manifesta in tutta la sua rilevanza se lo consideriamo nel complesso di tutti i passaggi che portano dalla certificazione dei siti, alla verifica della sussistenza dei requisiti soggettivi degli operatori, alla verifica tecnica dei requisiti degli impianti proposti dagli stessi operatori fino alla definizione del parere vincolante per l'autorizzazione di costruzione ed esercizio. In tutti questi passaggi l'Agenzia esercita importanti competenze: di istruttoria tecnica, consultiva, di vigilanza o di proposta.

Riguardo il secondo elemento, cioè l'adeguatezza dell'Agenzia all'esercizio delle competenze riconosciute, dobbiamo considerare le disposizioni legislative sulla disponibilità delle risorse⁸⁴. Cominciando da quelle economiche, l'Agenzia deve esercitare le sue funzioni senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica nel senso che, con il personale che andrà a costituire l'organico, saranno trasferite anche le risorse finanziarie necessarie alla copertura dei costi relativi. Inoltre l'Agenzia riceverà per il periodo di avvio delle attività una modesta dotazione (comunque frutto di tagli in altri capitoli di bilancio)⁸⁵.

A regime è previsto per l'Agenzia un sistema di autofinanziamento basato, per una parte, sui corrispettivi che gli esercenti saranno tenuti a pagare per i servizi ricevuti in base ai costi effettivamente sostenuti⁸⁶. Sistemi di autofinanziamento analoghi sono previsti sia per la NRC statunitense che per lo STUK finlandese. A differenza di questo in cui è lo STUK stesso, cioè il regolatore, a fissare l'ammontare del contributo, nel nostro caso i corrispettivi sono fissati dal MEF, con concerto di MSE e MATTM e a seguito di parere delle Commissioni parlamentari. Nei paesi dove il sistema di autofinanziamento è stato utilizzato, le entrate sono state finora in grado di coprire le spese connesse all'esercizio delle funzioni da parte delle autorità. Per un'altra parte, il finanziamento ordinario sarà costituito anche dagli introiti delle sanzioni amministrative pecuniarie applicate dalla stessa Agenzia. Queste andranno a sostituire il finanziamento ordinario previsto per il periodo di avvio⁸⁷.

⁸⁴ Da ricordare che sempre la Dir. 2009/71 sostiene che “gli stati membri provvedono affinché l'autorità di regolamentazione competente sia dotata dei poteri giuridici e delle risorse umane e finanziarie per adempiere ai suoi obblighi per adempiere ai suoi obblighi [...]” (art. 5.3).

⁸⁵ V. art. 29, c. 17 e 18.

⁸⁶ Per una discussione del rapporto autofinanziamento – indipendenza, v. da ultimo M. DE BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle Autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO (a cura), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Quaderni ASTRID, Bologna 2010, 173.

⁸⁷ “L'agenzia comunica annualmente all'amministrazione vigilante e al Mef gli importi delle sanzioni complessivamente incassati. Il finanziamento ordinario annuale a carico del bilancio dello stato di cui ai commi 17 e 18 del presente articolo è corrispondentemente ridotto per pari importi. L'agenzia è tenuta a versare, nel medesimo esercizio, anche successivamente all'avvio

Se consideriamo le risorse umane, allo stato attuale è previsto un passaggio di circa 100 unità, di cui 50 provenienti dall'ISPRA (ex APAT) e 50 dall'ENEA.

L'esperienza anche italiana ci ha insegnato che la formazione di una "buona autorità" o di un "buon regolatore" dipende in gran parte dalla adeguatezza delle risorse umane e finanziarie. La disponibilità di queste risorse è tra l'altro particolarmente rilevante nella fase di avvio quando debbono essere elaborate e messe a punto metodologie, prescrizioni tecniche, etc. che, una volta che le attività siano a regime, richiedono più che altro "adeguamento" alle innovazioni e "manutenzione".

E' indubbio che il livello di conoscenze ed esperienza nel settore del nucleare del personale che tras migrerà verso l'Agenzia sia eccellente anche per la tradizione delle istituzioni da cui proviene. Tuttavia, queste risorse umane rischiano di non essere sufficienti a coprire la vasta e complessa gamma di competenze affidata all'Agenzia anche perché in questo ridotto gruppo di persone possono non essere presenti tutte le conoscenze e le specializzazioni necessarie. Se è vero che i 20 anni trascorsi dal referendum hanno fatto "terra bruciata" di molte competenze tecniche fondamentali per il settore nucleare si può supporre che anche l'esperienza del personale di cui disponiamo si sia nel tempo standardizzata nella gestione di situazioni diverse da quelle relative alla produzione di energia elettronucleare.

D'altra parte, la scarsità delle risorse economiche non sembra consentire di acquisire al di fuori le competenze mancanti. Pur considerando la diversa dimensione del settore ma anche il patrimonio di conoscenze acquisito nel tempo, vorremmo ricordare che il finanziamento della *Autorité de Sûreté Nucleaire* francese da parte del governo è di circa 58 milioni di euro all'anno e che se il personale dell'Autorità è di circa 450 unità, l'IRSN (*Institut de Radioprotection et de Sûreté Nucleaire*), che è un ente pubblico con compiti di ricerca e analisi nel settore nucleare, impiega circa 1500 persone tra ingegneri, medici e altri esperti.

In conclusione, per riprendere l'immagine di Bernstein del "ciclo vitale" delle agenzie di regolazione⁸⁸, potremmo dire che l'agenzia italiana ha una "gestazione" difficile e nella giovinezza potrebbe, nonostante il suo zelo ed entusiasmo, non avere una piena e consapevole capacità di gestione di tutte le attività di propria competenza e l'*expertise* necessaria.

dell'ordinaria attività, all'entrata del bilancio dello stato le somme rivenienti dal pagamento delle sanzioni da essa incassate ed eccedenti l'importo del finanziamento ordinario annuale ad essa riconosciuto a legislazione vigente" (art. 29. 5, lett. g)).

⁸⁸ M. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commissions*, Princeton University Press, 1955.