

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXL

ALESSANDRO LOLLI

L'AMMINISTRAZIONE
ATTRAVERSO STRUMENTI
ECONOMICI

Nuove forme di coordinamento
degli interessi pubblici e privati



Bononia University Press

Opera stampata con il contributo di



FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA



1473

Fondazione
del Monte
DI BOLOGNA E RAVENNA

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2008 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 88-7395-305-0

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: febbraio 2008

CAPITOLO I

LA VALORIZZAZIONE DI DINAMICHE PRIVATE PER LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO: L'AMMINISTRAZIONE SUSSIDIARIA ATTRAVERSO STRUMENTI ECONOMICI

1. *Premessa. Trasformazioni dell'intervento dell'amministrazione nell'erogazione dei servizi economici: privatizzazione delle imprese pubbliche e attività oggettivamente a regime amministrativo*

Come è evidente, soprattutto in tempi recenti l'azione dell'amministrazione, e dei soggetti ad essa assimilati, sta subendo modifiche significative.

Quanto sopra accade in primo luogo nel settore, caratterizzato da maggiore paritarietà, dell'erogazione dei servizi, in particolare economici. In tale settore, l'attività amministrativa si estrinseca sovente nell'offerta di operazioni e prestazioni materiali, incentrati sul contratto e disciplinati in parte consistente, con riferimento alla relativa erogazione, dal diritto privato.

Modifiche significative si riscontrano anche, in secondo luogo, nel settore caratterizzato da maggiore unilateralità, rappresentato dallo svolgimento delle funzioni, incentrate sull'emanazione di provvedimenti e disciplinate in parte consistente dal diritto amministrativo.

Si precisa subito che, com'è noto, la distinzione tra questi settori – ben risalente nel tempo e diffusa nel pensiero giuridico amministra-

tivo continentale¹ – deve essere svolta su un piano quantitativo, della misura, e non sul piano della diversità qualitativa radicale.

Infatti, anche nel settore dell'erogazione dei servizi, in cui l'amministrazione ed i soggetti ad essa assimilabili operano tendenzialmente su base paritaria in un mercato, per quanto talora episodico ed imperfetto come accade per esempio nel settore dei servizi pubblici, sono ovviamente presenti importanti elementi funzionali, incentrati sul diritto amministrativo, come nella fase che precede la scelta del contraente per approvvigionarsi di lavori, servizi e forniture, per poter poi rendere i servizi erogati.

Così pure nel settore più propriamente funzionale, in cui l'amministrazione svolge la propria opera esprimendo in modo più specifico la propria figura di soggetto che rappresenta l'interesse collettivo, ed assume decisioni in modo unilaterale, da un lato l'amministrazione può procedere – per quanto nella prassi ciò non sia usuale – attraverso accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento, e dall'altro lato l'amministrazione, in esecuzione dei provvedimenti, svolge tutta una serie di attività materiali che non assumono necessariamente sempre un rilievo specifico di diritto amministrativo².

Per quanto concerne il settore dell'erogazione dei servizi economici, si è avviato un percorso recessivo dell'amministrazione che

¹ Ci si riferisce in particolare alla risalente (cfr. per esempio sul punto E. FORSTHOFF, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Stoccarda, 1938) distinzione tra *Eingriffsverwaltung* e *Leistungsverwaltung* comune nell'ordinamento germanico, utilizzata anche nel nostro ordinamento come distinzione tipologica indicativa di due modalità diverse di intervento pubblico: cfr. sul punto G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, p. 145 e ss. Sui significati della distinzione e sulla sua diffusione, per quanto tale distinzione individui concetti in parte non esattamente determinati, cfr. ora anche per rinvii G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, p. 2633 e 2640.

² Si tratta di considerazioni ormai acquisite nella dottrina: su tutti questi temi cfr. ora G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, p. 22 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in *Dir. Società*, 2004, p. 51 e ss.; con riferimento al caso analogo della distinzione – simile – tra funzione e servizio pubblico, precisando che non si tratta di «due tipi di attività, ma due angoli di visuale dell'Amministrazione pubblica nel relativo momento dinamico», cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI-MONACO e F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, vol. II, p. 143.

per ora appare maggiormente compiuto soprattutto con riferimento al mutamento della forma soggettiva, attraverso il noto passaggio dall'ente pubblico economico alla forma della società di diritto privato³.

Si tratta di un passaggio che – sul piano soggettivo – ha determinato un mutamento giuridico rilevante, come è evidente, nel momento in cui la disciplina sul funzionamento soggettivo della società è ora dettata in linea di principio da un diritto privato molto analitico e di impronta almeno in parte comunitaria, come è ormai il diritto societario, e non più da un diritto pubblico inerente all'organizzazione più sommario, meno chiaro e ben più avulso su questi aspetti da una disciplina comune europea (la quale ovviamente favorisce un migliore inserimento nel mercato che non è oggi solo nazionale), come era (e come è) il diritto che si applica soggettivamente agli enti pubblici economici.

Tale passaggio soggettivo non ha però avuto sul piano oggettivo portata altrettanto profonda, almeno fino a quando le nuove società resteranno in mano pubblica.

È nota sul punto la frequente, sostanziale sottoposizione al diritto amministrativo di una delle parti più rilevanti giuridicamente delle attività svolte da tali società private in mano pubblica, in quanto possano essere considerate organismi di diritto pubblico, ovvero imprese pubbliche nei settori esclusi⁴, rappresentata dai contratti per

³ Sul tema, cfr. per tutti, anche per ulteriori rinvii, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2004; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; E. FRENI, voce *Privatizzazioni*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, vol. V.

⁴ Su queste categorie cfr. ora l'art. 3, rispettivamente commi 26 e 28, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice appalti); per rinvii ai numerosi interventi qualificatori circa tali figure, E. CHITI, voce *Organismo di diritto pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, vol. IV, p. 4014 e ss. F. GOISIS, voce *Imprese pubbliche*, *ivi*, p. 2960 e ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società "in house"*, in *Serv. pubbl. appalti*, 2006, p. 27 e ss.; R. CARANTA, *Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica (Nota a C. Stato, ad. plen., 23 luglio 2004, n. 9)*, in *Giur. it.*, 2004, col. 2415 e ss.; S. COLOMBARI, *Organismo di diritto pubblico, delegazione interorganica e diritto della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 275 e ss.

l'approvvigionamento di lavori, servizi e forniture, i quali sono sottoposti a procedure di evidenza pubblica.

Per questa attività contrattuale, com'è noto, la giurisprudenza dopo varie indecisioni ritiene oggi che la serie procedimentalizzata che precede i contratti sia di natura pienamente amministrativa, sulla base del seguente percorso logico.

La Cassazione ritiene che le attività svolte da un soggetto privato qualificabile come organismo di diritto pubblico nei settori ordinari, categoria alla quale si aggiunge quella dell'impresa pubblica nei settori esclusi, sono sottoposte alle procedure di evidenza pubblica per diritto comunitario, come recepito oggi nel nostro ordinamento dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e che la cognizione su tali procedure spetti al giudice amministrativo per legge⁵.

Si ricorda che disponeva sul punto in tal senso già l'art. 6, legge 21 luglio 2000, n. 205⁶, oggi sostanzialmente riprodotto – dopo l'abrogazione di tale articolo sulla base dell'art. 256 codice appalti – nel citato art. 244 comma 1 del medesimo codice⁷.

La Cassazione non ha perciò bisogno – quando decide a chi spetti la giurisdizione sugli atti di evidenza pubblica dei soggetti tenuti al rispetto delle procedure previste dal codice appalti – di dedicarsi ad una valutazione circa la natura amministrativa di tali atti, poiché la questione della giurisdizione è già risolta dal legislatore a prescindere dalla natura degli atti.

Talora, peraltro, la Cassazione ha avuto modo di sottolineare che tali procedure di evidenza pubblica sono disciplinate con norme analoghe alle norme operanti per le pubbliche amministrazioni, alludendo con ciò all'essere tali procedure soggette al diritto ammini-

⁵ Art. 244, comma 1, codice appalti.

⁶ «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale».

⁷ «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale».

strativo e dunque assimilabili a procedure amministrative⁸, ovvero, in ambito penalistico, sottolineando più esplicitamente il carattere pubblico di tali norme⁹.

Anche prima della legge n. 205 del 2000 la giurisprudenza di Cassazione non ha avuto necessità di risolvere esplicitamente il problema della natura giuridica degli atti di evidenza pubblica poiché altre norme prevedevano esplicitamente la giurisdizione ammini-

⁸ In questo senso, affermando che «la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si radica in ogni controversia attinente alla procedura di affidamento, quando il soggetto appaltante, pur non avendo natura pubblica, sia tenuto all'osservanza della *disciplina pubblicistica sugli appalti*» (il corsivo è di chi scrive), Cass., s.u., 24 febbraio 2000, n. 40, in *CED Cass.* La decisione si inserisce nel filone giurisprudenziale avviato con la sentenza Cass., s.u., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Foro it.*, 1999, I, 2275, con nota di F. FRACCHIA, con la quale è stato affermato che «la disciplina europea intende assicurare un mercato unico, senza frontiere, ponendo sullo stesso piano vari soggetti pubblici e privati» (nel senso che i soggetti privati sono attratti nella sfera di applicazione del diritto pubblico).

Non risulta invece attribuita soverchia importanza, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione recente, alla qualifica di concessionario, originariamente utilizzata in modo significativo (ma non esclusivo, come si dirà) dalla medesima Cassazione per sottoporre al giudice amministrativo gli atti di soggetti privati (cfr. la fondamentale Cass., s.u., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.*, 1991, I, col. 3405). Nella sua giurisprudenza più recente, infatti, la Cassazione preferisce sottolineare sul piano sostanziale la disciplina di evidenza pubblica applicabile e non la qualifica di concessionario del soggetto, quale elemento per trarne il carattere amministrativo degli atti giudicati. Peraltro, anche nella sentenza del 1990, a fianco delle argomentazioni sul rilievo della figura del concessionario quale soggetto che emana atti amministrativi in quanto organo indiretto dell'amministrazione (profilo allora ritenuto di rilievo preminente), la Cassazione aveva sottolineato altresì il rilievo della natura amministrativa della disciplina applicabile per ritenere gli atti soggetti a tale disciplina come atti amministrativi. In questo senso, era stato affermato che «Sono norme» (quelle di evidenza pubblica) «che hanno lo scopo di far sì che alle licitazioni private possano concorrere il maggior numero di imprese interessate all'aggiudicazione dell'appalto; scopo certamente rivolto a garantire l'interesse pubblico che la gara sia davvero in grado di consentire la scelta più rispondente all'esigenza di una corretta e adeguata esecuzione dell'opera. *Non sono norme volte a tutelare direttamente l'interesse di ogni imprenditore interessato a partecipare alla gara*; questo è solo indirettamente protetto proprio dall'obbligo di chi indice la gara a tenere quei certi comportamenti stabiliti dalla legge, ed in specie dall'obbligo di dare precisi e tempestivi avvisi di gara che lascino ai candidati concorrenti un termine adeguato per risolversi a chiedere di essere invitati alla gara» (Cass., sez. un. 29 dicembre 1990, n. 12221, cit.; il corsivo è di chi scrive).

⁹ Cass. pen., sez. I, 29 novembre 2006 (ud.) (dep. 18 gennaio 2007), n. 1265 in *CED Cass.*, sul procedimento di appalto come procedimento «disciplinat(o) da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi».

strativa sul punto: il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33¹⁰; la legge 19 febbraio 1992, n. 142, art. 13¹¹; la legge 19 dicembre 1992, n. 489, art. 11¹².

Prima della vigenza di tali norme (le quali stabilivano dunque con certezza la giurisdizione amministrativa ed evitavano perciò alla Cassazione la necessità di occuparsi del tema della natura giuridica degli atti giudicati), e dopo la sentenza n. 12221 del 1990 (in cui si era iniziato ad affermare che la natura privata del soggetto che svolgeva procedure di gara non era ostativa alla natura amministrativa degli atti emanati da tale soggetto, ponendo il problema degli atti amministrativi di soggetti privati) la Cassazione si era espressa in modo altalenante circa la competenza amministrativa sugli atti di evidenza pubblica di soggetti privati organismi di diritto pubblico, pronunciandosi con decisioni anche successive alla legge n. 142 del 1992, ma comunque incentrate sulla normativa precedente a tale norma.

Dapprima, con una sentenza ampiamente motivata, erano stati comunque considerati come atti privati gli atti degli organismi di diritto pubblico, ove si trattasse formalmente di soggetti privati, an-

¹⁰ «Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481. // 2. Tali controversie sono, in particolare, quelle: [...] e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale»; tutto l'articolo era stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega dalla Corte costituzionale con sentenza 17 luglio 2000, n. 292, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹ Art. 13, legge n. 142 del 1992: «1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. 2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo».

¹² Art. 11, legge n. 489 del 1992: «Gli articoli 12 e 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, si applicano dal 1993 anche alle procedure di appalto degli enti costituiti in forma di società per azioni di cui alla direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990».

che se all'interno di una procedura ad evidenza pubblica¹³, come già avveniva per le procedure di evidenza pubblica degli enti pubblici economici¹⁴.

Solo successivamente, a fronte della legislazione che aveva affermato esplicitamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su tali atti, era stata riconosciuta in modo univoco la giurisdizione sul punto al giudice amministrativo¹⁵.

Il giudice amministrativo, per parte sua, ha invece sempre affermato, dopo la fondamentale sentenza della Cass. 12221 del 1990, che gli atti di evidenza pubblica, anche a prescindere dall'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo in modo esplicito da parte del legislatore, sono atti amministrativi emanati da sogget-

¹³ In particolare, si era pronunciata per la natura privata degli atti di una società a prevalente capitale pubblico Cass., s.u., 6 maggio 1995 da 4989 a 4992 (c.d. Siena Parcheggio), in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 636 e ss., in cui era stato affermato, per quanto interessa in questa sede, quanto segue: «Tutto ciò induce ad escludere che l'attività negoziale posta in essere dalla Siena parcheggio s.p.a. nell'esercizio dell'impresa, ancorché destinata all'acquisizione delle opere e strutture necessarie per l'espletamento di un servizio pubblico, sia in qualche modo – anche solo indirettamente – riconducibile all'ente locale che, avendo deliberato di affidare ad un soggetto privato la gestione del servizio, ha, con ciò stesso, esaurito la fase pubblicistica della scelta del modello organizzatorio da adottare e della predisposizione dello strumento negoziale destinato a regolare, in coerenza con la prescelta forma privatistica di gestione, i propri rapporti con la costituenda società per azioni. // Appare quindi priva di fondamento l'opinione secondo cui la Siena parcheggio, bandendo una gara di appalto per la costruzione, a proprie cure e spese, di un lotto delle opere previste dal contratto, in adempimento dell'obbligo assunto, abbia esercitato funzioni pubbliche e poteri autoritativi, che le sarebbero stati «trasferiti» dal comune, agendo come «organo indiretto», sostituto o *longa manus* dell'ente pubblico; ed è, di conseguenza, da escludere che gli atti posti in essere e le deliberazioni adottate dagli organi della società nell'ambito della procedura di appalto siano oggettivamente, ed anche sotto il profilo soggettivo, assimilabili agli atti della pubblica amministrazione e producano gli stessi effetti».

¹⁴ Cfr. per esempio sul punto TAR Lazio, sez. III, 7 agosto 1984, n. 400, in *Trib. amm. reg.*, 1984, I, p. 2503 e ss. (la cui massima recita quanto segue: «Il giudice amministrativo difetta di giurisdizione sulla controversia avente per oggetto l'annullamento d'ufficio di un bando di gara per licitazione privata indetto da un ente pubblico tenuto istituzionalmente ad agire in regime di diritto privato (nella specie: l'Enel)»); TAR Campania, 20 aprile 1989, n. 214, in *Rass. giur. en. el.*, 1989, p. 737 e ss.

¹⁵ Cfr. quanto rilevato sul punto in precedenza in questo stesso paragrafo, con riferimento a Cass., s.u., n. 64 del 1999, cit. e Cass., s.u., n. 40 del 2000, cit.

ti privati, essendo questi ultimi soggetti assimilabili per tali aspetti all'amministrazione pubblica in senso proprio¹⁶.

Ciò non significa necessariamente che i soggetti privati che emanano atti amministrativi¹⁷ siano pubbliche amministrazioni.

Anche se su questo punto il dibattito è aperto, come si vedrà, non vi sono però in generale dubbi sul fatto che a tali soggetti si applichino in linea di principio, per quanto concerne la struttura soggettiva, le norme sulle società di diritto privato. Tale condizione giuridica soggettiva, tendenzialmente privata, significa che tale soggetto può essere equiparato ad una pubblica amministrazione solo negli ambiti in cui discipline specifiche prescrivano l'applicazione di norme comuni all'amministrazione, per esempio, con riferimento all'attività oggettiva svolta, nel settore degli appalti (di ciò si è già detto

¹⁶ In questo senso, dopo Cass., s.u., n. 12221 del 1990 e prima delle sentenze di Cassazione del 1999, cfr. tra le tante, con chiarezza, Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in www.giustizia-amministrativa.it. La giurisprudenza amministrativa successiva al 1999 è in tal senso con molta nettezza: cfr. per esempio Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 8240, in cui si afferma quanto segue: «Gli atti di gara di un soggetto qualificabile come organismo di diritto pubblico hanno natura amministrativa e, conseguentemente, le controversie su tali atti rientrano nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo» (nel caso di specie l'affermazione di principio riguardava una controversia precedente all'entrata in vigore dell'art. 6 l. 21 luglio 2000 n. 205).

¹⁷ Tali atti in realtà non sono soggetti a tutta la disciplina propria degli atti amministrativi ed alla legge n. 241 nella sua integralità, essendo necessario caso per caso verificare se la legislazione generale sugli atti amministrativi sia compatibile con la natura privata del soggetto (per un esame di tali problematiche cfr. G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 87 e ss.). Non paiono per esempio applicabili le norme sulla competenza e più in generale le norme che trasferiscono con maggiore immediatezza sulla disciplina oggettiva elementi della disciplina soggettiva dell'amministrazione. È anche vero che la disciplina sugli appalti è così analitica che la necessità di disporre di un quadro normativo di riferimento (legge n. 241 o codice civile) per colmare le lacune non è frequentissima. Per sottolineare comunque la differenza tra questi atti, emanati da soggetti privati, e gli atti amministrativi anche in senso soggettivo potrebbe essere utile qualificare questi atti come «atti a regime amministrativo» (R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 206, sulla scorta della definizione proposta da G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, cit.); più in generale, in senso non favorevole alla categoria degli atti amministrativi emanati da soggetti privati, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 224.

poc'anzi), ovvero con riferimento alla responsabilità degli amministratori ed alla giurisdizione contabile sui medesimi¹⁸.

Si tenga conto che tale conclusione – circa la natura amministrativa degli atti di evidenza pubblica emanati da soggetti privati – non è necessitata, ma potevano affermarsi anche opzioni diverse.

In primo luogo, come avvenuto con riferimento alla privatizzazione del pubblico impiego, il legislatore poteva essere più chiaro – nel momento in cui ha privatizzato le strutture pubbliche operanti in determinati settori – nel qualificare il passaggio dell'intero settore anche dal punto di vista oggettivo al diritto privato, con la conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario.

Ciò avrebbe probabilmente comportato, come accadeva già in passato per gli enti pubblici economici, procedure di evidenza pubblica ritenute espressione di diritto privato, come avvenuto a suo tempo per gli atti dell'Enel, considerato il prototipo dell'ente pubblico economico.

È noto, in questa prospettiva, che proprio la qualifica degli atti dell'Enel come atti di diritto privato aveva concorso a qualificare tale ente come ente pubblico economico¹⁹.

A fronte invece di una privatizzazione soggettiva solo formale e non sostanziale, senza una normativa chiara sull'ambito tendenziale di afferenza (pubblico o privato) degli atti emanati dai soggetti privatizzati, la scelta di una qualificazione pubblicistica per tali atti è la scelta che si è affermata, avendo dalla sua tra l'altro un vantaggio fondamentale nell'interpretazione giuridica dato dalla semplicità.

Infatti, il giudice amministrativo – al quale per legge spetta indubbiamente la giurisdizione sulle procedure di gara – è il giudice che applica il diritto amministrativo.

Inoltre, le procedure di gara degli organismi (privati) di diritto pubblico sono disciplinate dalla stessa normativa applicabile alle amministrazioni in senso proprio, benché la normativa sul procedi-

¹⁸ Su quest'ultimo profilo cfr. Cass., s.u., 30 gennaio 2003, n. 1472, in *CED Cass.*

¹⁹ Legge 6 dicembre 1962, n. 1643, art. 3, comma 1, n. 11: «gli atti eseguiti dall'Ente sono disciplinati dalle leggi di diritto privato»; sul tema degli enti pubblici economici cfr. per tutti anche per ulteriori rinvii V. OTTAVIANO, voce *Ente pubblico economico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 85 e ss.

mento amministrativo – come si è detto – non sia applicabile integralmente.

Per queste ragioni, se la disciplina applicabile è per molti aspetti la medesima rispetto alla disciplina sicuramente amministrativa, operante per le amministrazioni, e se il giudice competente è il giudice del diritto amministrativo è logico che si utilizzino categorie qualificatorie di diritto amministrativo, qualificando tali atti come atti amministrativi.

L'orientamento generale in questo senso, circa la qualificazione amministrativa degli atti emanati da soggetti assimilati alla pubblica amministrazione, è divenuto ormai talmente consolidato che perfino con riferimento ad uno specifico settore in cui il legislatore era stato chiaro circa la natura privata degli atti della procedura di evidenza pubblica, la giurisprudenza aveva avuto perplessità circa la relativa qualificazione.

Ci si riferisce all'affidamento di appalti sotto soglia nel settore sanitario dove, com'è noto, l'art. 3, comma 1 *ter*, d.lgs. n. 502 del 1992, oggi abrogato dall'art. 256, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recitava quanto segue: «Le aziende di cui ai commi 1 e 1-*bis* [...] agiscono mediante atti di diritto privato. I contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale di cui al comma 1-*bis*».

In tale settore nonostante la lettera della legge si esprimesse chiaramente per la natura privatistica degli atti e sulla disciplina privatistica come disciplina di riferimento, la giurisprudenza è stata a lungo perplessa su entrambi i profili, finché il legislatore non ha sciolto il dilemma abrogando la norma²⁰.

²⁰ Talora era stata data prevalenza alla volontà del legislatore come chiaramente espressa dalla legge in senso privatistico, riconoscendosi – per gli appalti sotto soglia, come si è detto – la giurisdizione ordinaria e posizioni di diritto soggettivo (tra le altre Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2004 n. 7554; Tar Puglia-Bari, sez. I, 3 maggio 2005 n. 1899; id. 30 luglio 2005 n. 3503; TAR Piemonte sez. II, 19 luglio 2005 n. 2536; TAR Veneto, sez. I, 6 febbraio 2006, n. 300, reperibili in www.giustizia-amministrativa.it).

Talora era stata data prevalenza alla procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente, ritenendo che si trattasse di attività amministrativa anche

In secondo luogo, la scelta per il regime pubblicistico poteva non essere la sola opzione poiché il legislatore o la stessa amministrazione (come peraltro in alcuni contesti è accaduto) potevano orientarsi non solo verso una privatizzazione formale del soggetto pubblico, ma anche verso una privatizzazione sostanziale del medesimo, attraverso la cessione della maggioranza del capitale sociale, il che avrebbe significato una relativa sottrazione al diritto amministrativo.

Deve peraltro essere sottolineato che anche in tal caso per alcuni soggetti la privatizzazione sostanziale non sarebbe bastata per uscire dalla sfera amministrativa.

Ci si riferisce per esempio ai soggetti concessionari nei settori speciali, per i quali anche la connessione esterna con l'amministrazione, rappresentata dalla concessione con cui si attribuiscono diritti speciali od esclusivi²¹, è ritenuta sufficiente in diritto positivo per una relativa equiparazione all'amministrazione ai fini dell'applicazione di procedure di evidenza pubblica per i contratti. Infatti, stanti le caratteristiche del mercato a rete (e cioè del mercato cui ineriscono sostanzialmente i settori speciali), in cui il principio di concorrenza fatica ad affermarsi, il provvedimento concessorio non è un mero atto abilitativo ma finisce per consentire una posizione dominante sulla rete, posizione che in quanto determinata dall'amministrazione è considerata dal legislatore come una fonte di possibili comportamenti distorsivi, e dunque assoggettata al medesimo regime di verifica amministrativa previsto per l'amministrazione²².

sotto soglia, ove comunque si desse luogo ad un procedimento per l'affidamento (tra le altre Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2005 n. 1638; TAR Friuli Venezia Giulia 9 marzo 2005 n. 119, TAR Abruzzo-Pescara, 10 gennaio 2007, n. 27; TAR Umbria, n. 429 del 2006 tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, cfr. per tutti F. MASTRAGOSTINO, *Aziende sanitarie, procedure di acquisizione di beni e servizi e negoziazione diretta*, in *San. pubbl.*, 2001, p. 1003 e ss.; G. MASTRANDREA, *L'attività contrattuale di diritto privato delle aziende sanitarie tra normativa e giurisprudenza: il caso delle forniture di beni e servizi «sotto soglia»*, in *Cons. Stato*, 2005, II, p. 62 e ss.

²¹ Art. 207, comma 1, lett. b) e comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

²² Quanto sopra accade – com'è noto – solo ove la concessione non intervenga in un sistema in cui, per una forte regolazione o per le caratteristiche del mercato, la concorrenza è comunque garantita: in tal caso non vi è rischio di comportamenti distorsivi dei concessionari poiché la concorrenza estrometterebbe

2. (segue). *Trasformazioni dell'intervento dell'amministrazione nell'erogazione dei servizi economici: liberalizzazioni. Alcune ragioni alla base del recesso dello Stato dall'intervento diretto in economia*

Oltre ad essere mutata sul piano soggettivo (con privatizzazione dei soggetti già pubblici operanti come imprese nel sistema), la presenza pubblica nel settore della prestazione dei servizi economici è mutata anche con riferimento alle regole di prestazione dei servizi.

In particolare, sono stati aperti con la liberalizzazione vasti ambiti in cui la disciplina consentiva in precedenza una presenza pubblica dominante o monopolistica: si pensi ai settori dell'energia elettrica o della telefonia.

Non solo dunque l'intervento amministrativo è stato privatizzato, soggettivamente, anche se non sempre oggettivamente (restando in diversi casi comunque l'organismo di diritto pubblico o l'impresa pubblica nei settori speciali sottoposta alle procedure di evidenza pubblica), ma è divenuto anche un intervento meno protetto, in seguito alla liberalizzazione²⁵.

All'intervento descritto, di privatizzazione soggettiva ma spesso non oggettiva dell'azione pubblica diretta nell'economia, e all'intervento di liberalizzazione, si è accompagnato un incremento della funzione amministrativa di regolazione a protezione del funzionamento del mercato.

Ci si riferisce al passaggio ben noto da un intervento pubblico diretto nell'economia – dello Stato imprenditore – ad un intervento indiretto, attraverso la regolazione e la costituzione di autorità pubbliche c.d. indipendenti.

dal mercato le imprese anche pubbliche che operino in modo inefficiente (art. 219, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006: «Gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 non sono soggetti al presente codice se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, l'attività è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili»).

²⁵ Sul tema, cfr. ora anche per rinvii M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., p. 136 e ss.; G. CORSO, voce *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, vol. IV, p. 256 e ss.; E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, p. 329 e ss.

Non occorre ricordare che tali autorità, per quanto designate nei propri vertici da organi pubblici ovvero addirittura da organi governativi, sono disciplinate così da accentuare una connotazione di distacco dagli orientamenti politici di maggioranza, connotazione che ovviamente non può che essere solo parziale, stanti le connessioni comunque esistenti nell'ambito degli apparati pubblici di governo nazionali. Sono per esempio sottolineate nella disciplina sulle autorità indipendenti le competenze tecniche delle autorità e i meccanismi (per esempio, i limiti alla rinomina) tesi ad accentuare l'autonomia dall'organizzazione politico – amministrativa, come si è detto²⁴.

Il distacco dai profili politici si giustifica in parte sulla base di ragioni che saranno esposte subito sotto, inerenti alla sfiducia nella politica, in parte sull'esigenza che caratterizza queste strutture volte a garantire il miglior funzionamento del mercato, a garantire cioè soprattutto un profilo modale e tecnico, e meno finalistico ed amministrativo in senso proprio (inerente cioè alla valutazione dell'interesse pubblico): tali autorità operano per garantire il mercato e il consumatore, e non per intervenire assegnando fini al mercato sulla base di decisioni politiche. Presupposto di tali interventi è la considerazione per la quale il buon funzionamento del mercato è già di per sé un elemento di forte interesse pubblico, a prescindere da finalizzazioni esterne²⁵.

²⁴ Sul tema cfr. anche per ulteriori rinvii per tutti F. MERUSI, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 65 e ss.; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Riv. dir. impr.*, 1997, p. 502 e ss.; per una valutazione dei rischi tecnocratici di tali soggetti cfr. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, p. 36 e ss.; per un'analisi della possibilità di ridurre tali rischi inserendo le autorità in contesti di dialogo necessario, al fine di evitare il rischio di una autoreferenzialità, cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, Bologna, 2005.

²⁵ Su questo aspetto, e cioè sulla differenza tra regolazione, da un lato, incentrata sul mercato e sul suo buon funzionamento, e pianificazione, dall'altro lato, come assegnazione di fini esterni al mercato, cfr. anche per rinvii S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, p. 266; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost. Relazione al convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo svoltosi in Bologna il 27 e 28 settembre 2007*, in corso di pubblicazione nell'Annuario 2007

Il passaggio dall'intervento pubblico diretto nell'economia, verso una privatizzazione soggettiva, formale e anche sostanziale almeno in parte, e verso un potenziamento dei meccanismi di mercato, attraverso una regolazione che ha nel mercato il proprio centro, è stato dettato da diverse ragioni, sulle quali molto si è discusso.

Almeno tre fattori hanno avuto in tale prospettiva un peso rilevante.

In primo luogo, sul piano sociale, la sfiducia verso la politica e di conseguenza anche verso l'amministrazione è divenuta crescente, specie dopo il 1990 e l'emersione di episodi di corruzione diffusa²⁶.

In secondo luogo, sul piano economico, si è assistito alla conclusione di un ciclo espansivo della spesa pubblica, sia per ragioni di sostenibilità, sia per la necessità di rispettare il vincolo di bilancio introdotto nel diritto comunitario in tale periodo, conseguendo da tale situazione la necessità per lo Stato di ridurre la propria organizzazione troppo estesa e non sempre efficiente (privatizzando) e di lasciare agire maggiormente il mercato per soddisfare gli interessi degli amministrati (liberalizzando)²⁷.

In terzo luogo, sul piano ideologico, si è determinato in tale periodo un'attenuazione di ideologie favorevoli all'intervento diretto dello Stato in economia, e l'affermazione di teorie tese a gestire la complessità della vita sociale attraverso la valorizzazione del mercato e delle libertà economiche dei singoli, riconoscendo allo Stato una funzione di ausilio per il mercato e di gestione delle *market failures*, e non tanto di orientamento o di significativo condizionamento del medesimo²⁸.

dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo; M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 169 e ss.

²⁶ Sull'importanza del fenomeno descritto in testo, e sulle sue connessioni con la nascita di organismi maggiormente distanti dalla politica e più vicini – parzialmente – a prospettive tecnocratiche, cfr. M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello «spazio regolatorio»: l'ascesa e il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 1035 e ss.

²⁷ Su questi elementi cfr. M. CAMMELLI, *La pubblica amministrazione*, 2004, p. 73 e ss.

²⁸ Sulla diffusione generale nel mondo occidentale di queste idee almeno in parte nei liberiste, anche nei governi socialdemocratici cfr. B. DENTE, *In un diverso Stato*, Bologna, 1999, p. 37 e ss.

Si tratta di un fenomeno internazionale, che ha dato luogo per esempio nei paesi anglosassoni alla teoria del *new public management*²⁹, che si è accompagnato in economia allo sviluppo di teorie a forte matrice liberistica³⁰, e che sul piano politico ha visto l'affermazione di amministrazioni con orientamento fortemente liberista.

In diritto, corrispondentemente, si è avuta l'affermazione sempre più significativa dei principi liberistici e di concorrenza, attraverso l'implementazione del diritto comunitario, in cui tali principi erano già affermati in modo forte.

Anche per quest'ultimo aspetto si è determinato un contesto non favorevole per lo sviluppo dell'impresa pubblica, per quanto in linea di principio il diritto comunitario non sia intrinsecamente contrario all'impresa pubblica³¹.

È evidente infatti che l'impresa pubblica è talora più propensa a subire l'influsso di logiche – politiche – diverse da quelle incentrate sull'efficienza, proprie di un'impresa privata, influssi che non convivono facilmente con la necessità di operare in un contesto concorrenziale³².

²⁹ Sul *New Public Management* (NPM), in quanto impostazione volta a ridurre lo spazio di intervento pubblico attraverso le privatizzazioni e attraverso l'applicazione del principio di sussidiarietà, cfr. anche per riferimenti C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Londra (Butterworths), 1997, p. 131 e ss.

³⁰ Cfr. le tesi della scuola di Chicago in opposizione alla scuola keynesiana; sul punto cfr. riassuntivamente, in una prospettiva in cui è stata prestata forte attenzione ai profili giuridici F. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago, 1973-1979, trad. it. *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, a cura di A. PETRONI, S. MONTI BRAGADIN, Milano, 1986, p. 314 e ss. Le tesi dell'A. com'è noto hanno fortemente e dichiaratamente influenzato – tra l'altro – l'amministrazione britannica nel periodo Thatcher.

³¹ La proprietà, pubblica o privata, delle imprese è per la Comunità europea indifferente (art. 292 Trattato: «Il presente Trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»): cfr. sul punto ora, anche per ulteriori rinvii, G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO, V. LOPILATO, Milano, 2006, vol. I, p. 4 e ss.; A. LOLLI, *Riserva d'impresa e diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 90 e ss.

³² In una prospettiva in parte diversa, è stato affermato quanto segue: «Anche se l'impresa pubblica non è bandita dal diritto europeo, l'applicazione nei suoi riguardi delle regole di concorrenza fa venir meno l'utilità della sua istituzione: sol che si consideri che le imprese pubbliche sono state create dai pubblici poteri perché operassero in situazioni di monopolio o di oligopolio» (G. CORSO, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in www.grupposanmartino.it).

Sono invece stati disciplinati con minore attenzione ai principi di concorrenza e liberismo i servizi svolti dall'amministrazione in settori dove sono maggiori le implicazioni sociali e non economiche dell'agire amministrativo: ci si riferisce soprattutto al settore sanitario ed al settore dell'istruzione³³.

Nel primo di questi settori, in particolare, si sono avute dapprima tendenze maggiori verso una liberalizzazione; e successivamente un periodo di reflusso³⁴.

È un sintomo giuridico di questo percorso l'iniziale previsione circa la natura privata degli atti posti in essere dalle ASL, come è stato già ricordato in precedenza in questo stesso paragrafo, e la proposta di qualificare questi enti come enti pubblici economici.

Quest'ultimo orientamento sembra però oggi non più proponibile, proprio per l'integrale attrazione di tali enti nella sfera pubblica attraverso la richiamata abrogazione dell'applicabilità della disciplina privatistica³⁵.

³³ Su quest'ultimo settore, e sulla centralità, già presente nel testo costituzionale, di un intervento pubblico diretto, organizzativo, cfr. per tutti ora A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003.

³⁴ Per una ricostruzione dell'evoluzione storica di tale sistema cfr. anche per rinvii N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, p. 625 e ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento sanità*, Torino, 2007.

³⁵ Sul punto, cfr. in senso riassuntivo, ancora prima dell'abrogazione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 502 del 1993, TAR Lazio, 9 luglio 2003, n. 6111, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma quanto segue: «È il caso di ripetere che appare assolutamente irrilevante la pretesa natura di ente pubblico economico attribuito alle aziende sanitarie da qualche isolata (e non certo condivisibile) pronuncia: a prescindere dal rilievo che mancherebbe l'attività di impresa (cfr. artt. 2093, 2201, 2221 c.c.; art. 429 c.p.c.), il fenomeno di privatizzazione non giunge a spogliare le aziende sanitarie della loro natura giuridica di amministrazioni pubbliche». In senso favorevole, sia pure in termini non del tutto chiari, alla qualificazione delle ASL come enti pubblici economici anche in considerazione della disciplina privata degli atti di tali soggetti, cfr. invece TAR Calabria – Catanzaro, 7 giugno 2002, n. 1603, *ivi*.

3. *Evoluzione dell'intervento dell'amministrazione nell'esercizio di funzioni: l'attuazione del principio di buon andamento dell'amministrazione attraverso l'amministrazione e la sua attività*

Un fenomeno solo parzialmente analogo a quello appena descritto per l'erogazione dei servizi, si è avuto con riferimento all'esercizio di funzioni amministrative.

Nel settore dei servizi, come si è detto, uno degli eventi più rilevanti che si è verificato nella storia recente è stato il recesso dell'amministrazione dal dominio di interi settori, dominio esercitato precedentemente sia attraverso la presenza imprenditoriale diretta dell'amministrazione (profilo contrastato dalle privatizzazioni sostanziali); sia attraverso il riconoscimento da parte del legislatore di diritti speciali od esclusivi a favore di imprese pubbliche, come nei settori di pubblica utilità quali le telecomunicazioni o l'elettricità (profilo contrastato dalle liberalizzazioni); sia attraverso la prefirazione analitica e finalistica, in sede politica, delle attività economiche (profilo contrastato dalla regolazione tecnica indipendente).

Con riferimento invece all'esercizio delle funzioni amministrative, in una prospettiva di distinzione tra funzioni e servizi³⁶, il legislatore ha sviluppato orientamenti meno netti e sistematici rispetto agli orientamenti sviluppati con riferimento alla riforma dell'intervento pubblico in economia, tendendo comunque a dare attuazione al principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost., attraverso l'amministrazione medesima, e ad ottenere perciò incrementi di efficienza dell'amministrazione³⁷.

In primo luogo, da un punto di vista soggettivo, il legislatore ha tentato di rendere più efficiente il funzionamento della macchina amministrativa, sia attraverso l'applicazione del diritto privato al rapporto di lavoro³⁸, sia attraverso la definizione di una disciplina

³⁶ Sulla differenza – parziale – tra servizi e funzioni si è già detto in esordio di questo scritto.

³⁷ Sul tema, cfr. anche per ulteriori rinvii L. MERCATI, voce *Efficienza della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. III, 2006, p. 2146

³⁸ È evidente che il tentativo del legislatore era sul punto teso a introdurre maggiore efficienza e snellezza nella gestione del personale, eliminando o attenuando gli oneri procedurali, sulla base di un'equivalenza presupposta tra

più chiara per i dirigenti, con rafforzamento dei medesimi e dunque con aumento del tasso di tecnicità di cui essi sono portatori, rispetto al livello politico (sia pure con i correttivi, dati per esempio da una limitata applicazione dello *spoils system*, propri di un sistema di pesi e contrappesi quale è ordinariamente il sistema giuridico)⁵⁹.

In secondo luogo, in una prospettiva oggettiva, è stata incentivata una maggiore efficienza nell'azione amministrativa procedimentale, anche al fine di offrire una migliore tutela delle posizioni degli amministrati che si confrontano con l'amministrazione.

Ci si riferisce agli interventi di semplificazione della disciplina procedimentale ed alla valorizzazione di istanze di efficienza del procedimento, anche attraverso tentativi volti a rendere più chiara la normativa tramite la legge fondamentale sul procedimento (tenendo conto che una disciplina chiara consente un'attività già per questo più efficiente).

Non occorre ricordare in questa prospettiva istituti ben noti come l'introduzione di termini per la conclusione del procedimento; ovvero come la conferenza di servizi, al fine di creare un contesto in cui alla complessità degli interessi coinvolti dal procedimento corrisponda uno strumento di composizione di tali interessi anche attraverso maggiori possibilità di superamento dei dissensi; ovvero come

diritto privato ed efficienza. In realtà, stanti i caratteri dell'amministrazione, come soggetto eteroreferenziale anche sul piano del reperimento dei mezzi finanziari, e come soggetto necessario per il funzionamento della vita sociale, tale soggetto è ovviamente più indifferente rispetto a parametri di efficienza rispetto ai soggetti privati, che investono capitali propri e non sono soggetti necessari, rischiando l'uscita dal mercato in casi di inefficienze gravi: si tratta di problematiche sostanziali che il mutamento formale di disciplina non risolve, rischiando anzi di applicare una disciplina sorta in un contesto diverso (il lavoro privato) non facilmente accostabile al sistema pubblico.

⁵⁹ Su tutte queste tematiche cfr. ora anche per ulteriori rinvii A. CATELANI, *Funzioni direttive e buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005; S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 1341 e ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2005. Dopo le sentenze della Corte costituzionale 23 marzo 2007, n. 103 e 104, che hanno fortemente limitato l'applicazione dello *spoils system* per violazione del principio di imparzialità dell'amministrazione, cfr. M. CLARICH, *Corte costituzionale e "spoils system", ovvero il ripristino di un rapporto più corretto tra politica e amministrazione*, in www.astrid-online.it, marzo 2007.

la generalizzazione – più teorica che effettiva – del silenzio assenso; ovvero come la esplicitazione normativa della natura non invalidante dei vizi formali degli atti amministrativi.

Si è discusso, per esprimere riassuntivamente questi profili, di semplificazione amministrativa⁴⁰, ovvero di amministrazione di risultato⁴¹.

In terzo luogo, con riferimento al rapporto tra amministrazione e amministrati, si è perseguita una parziale trasformazione di tale rapporto, non solo attraverso la riforma di un elemento del rapporto, e cioè dell'attività amministrativa (secondo quanto è stato appena ricordato), ma anche attraverso nuovi istituti che hanno inciso direttamente su tale rapporto, tentando di coinvolgere maggiormente gli amministrati ed i loro specifici interessi nel procedimento.

È stata così potenziata la possibilità per l'amministrazione di prescindere dallo strumento provvedimento autoritativo sostituendo tale strumento con l'accordo di diritto pubblico, in forma generalizzata dopo l'intervento della legge n. 15 del 2005 sull'art. 11 della legge n. 241 del 1990. In senso analogo, è stato potenziato il rapporto partecipativo nella fase predecisionale, essendo valorizzati – oggi anche con il c.d. preavviso di rigetto – gli interessi partecipativi degli amministrati e i correlati obblighi dell'amministrazione.

⁴⁰ Per una sintesi di tali profili molto efficace, cfr. G. CORSO, *Una nuova amministrazione?*, in *Nuove auton.*, 2003, p. 305 e ss.

⁴¹ Con la locuzione «amministrazione di risultato» si intendono fenomeni diversi: per un'analisi della locuzione in collegamento con il principio di buon andamento dell'amministrazione, secondo l'accezione che si utilizza in testo, cfr. anche per ulteriori rinvii, A. POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, Torino, 2004, p. 121 e ss.; E. FOLLIERI, *Attività liberalizzata e amministrazione di risultati*, ivi, p. 295 e ss., dove si sottolinea la diretta connessione tra attenzione al risultato e dequotazione dei vizi formali; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 e ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; in senso più critico sull'effettivo conseguimento degli obiettivi di semplificazione e di incremento dell'efficienza dell'amministrazione, che il legislatore si è proposto da tempo, cfr. F. FIGORILLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., p. 210 e ss.; M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, ivi, p. 230 e ss.;

Si può utilizzare per esprimere riassuntivamente questi concetti, inerenti all'introduzione di un rapporto di maggiore prossimità tra amministrazione e amministrati, la nozione di amministrazione paritaria (con riferimento al ricorso agli accordi, che non ha avuto particolare successo nella prassi)⁴², ovvero di amministrazione partecipata (con riferimento alla partecipazione procedimentale)⁴³.

In particolare, è nozione condivisa che l'azione amministrativa produca effetti migliori quando sia incentrata sul consenso e sulla partecipazione, anziché sull'imperatività, anche tenendo conto del contributo spesso meglio informato che l'amministrato (specie se si tratta di un'impresa) può apportare all'azione amministrativa⁴⁴.

Ciò non significa evidentemente che le forme di amministrazione paritaria appena descritte rappresentino ipotesi di sostituzione dell'amministrazione imperativa, trattandosi invece di modalità amministrative di intervento integrative rispetto alle altre forme di amministrazione, talora non opportune⁴⁵.

⁴² Sul punto cfr. R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 254 e ss.

⁴³ Sul punto cfr. A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione*, Torino, 1993, p. 120; C.E. GALLO, *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 286; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 e ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004. Con specifico riferimento alla partecipazione procedimentale, è noto il dibattito circa la relativa considerazione sostanziale come coamministrazione (su cui F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, p. 80 e ss.; H. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1967, p. 181 e ss.; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996) ovvero come dialettica tra amministrazione e amministrati con posizioni diverse e frequentemente contrapposte (sulla quale cfr. F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 172 e ss.; ID., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1562 e ss.).

⁴⁴ In questo senso, cfr. già G. AMATO, *Gli strumenti della programmazione ed i privati*, in AA.VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971, vol. I, p. 141; M. STIPO, voce *Programmazione statale e programmazione regionale*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 12; C. E. GALLO, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione nella legge n. 15 del 2005*, in AA.VV. *Studi in ricordo di Maria Teresa Serra*, Napoli, 2007, p. 102 e ss.

⁴⁵ In quest'ultimo senso cfr. F.G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 456 e ss., in cui si chiariscono i limiti intrinseci di un'amministrazione

4. (segue) *L'attuazione del principio di buon andamento dell'amministrazione attraverso i privati: l'esternalizzazione di funzioni e la frequente espansione del diritto amministrativo quale diritto delle attività esternalizzate e funzionalizzate*

Oltre agli interventi di riforma dell'amministrazione di cui si è detto (della macchina amministrativa, dell'azione amministrativa, del rapporto tra amministrazione ed amministrati) per valorizzarne l'efficienza, anche nel settore delle funzioni (come già accaduto nel settore dei servizi con le privatizzazioni, con le liberalizzazioni e con la regolazione tecnica indipendente), il legislatore persegue l'obiettivo – in forma più limitata – di snellire l'intervento amministrativo sottraendo compiti agli apparati amministrativi in senso proprio stante – in alcuni casi o in determinati settori – la miglior riuscita e i costi più ridotti di un intervento privato rispetto ad un intervento pubblico.

Sono noti i presupposti economici di questo orientamento, rappresentati ancora una volta da un'impostazione liberista circa la maggiore efficienza e velocità, nonché – elemento importante – i minori costi (anche per la collettività) nella soluzione dei problemi, di un sistema privato, incentrato sul mercato e sulla concorrenza, rispetto ad un sistema amministrativo⁴⁶.

Ciò non implica – com'è evidente – una scomparsa della pubblica amministrazione, ma essenzialmente un parziale recesso della medesima anche nel settore delle funzioni, ovviamente in forma più limitata rispetto al recesso riscontrato nell'ambito dell'erogazione dei servizi, stante il carattere spesso non sostituibile dell'intervento di un soggetto integralmente pubblico nel settore delle funzioni.

Non vi è dubbio infatti che l'attività amministrativa sia indispensabile nel funzionamento della vita sociale e del mercato, anche

paritaria; G. GUARINO, *Programmazione economica ed imprese pubbliche: aspetti giuridici*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, p. 293.

⁴⁶ Su questi presupposti cfr. quanto rilevato nei paragrafi precedenti, con riferimento all'amministrazione che eroga servizi. Si tratta di presupposti pertinenti come si vedrà anche al settore delle funzioni: sul punto cfr. ora anche per rinvii M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, 2007, p. 330 e ss.

secondo la teoria economica⁴⁷; ma il livello quantitativo e qualitativo di intervento della medesima, come soggetto che esprime funzioni, può essere molto diverso.

Il tema del contributo dei soggetti privati alla buona amministrazione, in quanto esercizio di funzioni, è il tema di cui si intende discutere in questo paragrafo, e che si sviluppa sostanzialmente lungo almeno due prospettive.

Secondo una prima modalità, ampiamente studiata, viene conferito a soggetti privati il perseguimento di determinati interessi pubblici, con attribuzione di funzioni a tali soggetti secondo un modello concettuale simile al tradizionale modello concessorio, anche se talora manca un provvedimento concessorio vero e proprio, perché per esempio il legislatore prefigura già il privato come organo indiretto dell'amministrazione, senza necessità di concessioni amministrative, ovvero perché il legislatore disciplina comunque il soggetto privato in quanto soggetto portatore dell'interesse collettivo⁴⁸.

Si tratta ormai di un modello comune nella cultura giuridica occidentale, dove si definiscono come *externalisation contracts* i «contracts by which public authorities entrust private partners with some of the duties for which they are legally responsible»⁴⁹.

In questa prospettiva, l'amministrazione esternalizza proprie funzioni, facendo agire i privati nell'interesse pubblico, attraverso moduli di raccordo molto diversi e variegati, come si è già ricordato.

⁴⁷ P. SAMUELSON, W. NORDHAUS, *Economia*, Milano, 2006, p. 341 e ss.

⁴⁸ Sul tema dell'attività amministrativa svolta da soggetti privati si dirà più ampiamente in seguito in questo stesso capitolo; cfr. fin d'ora comunque anche per ulteriori rinvii, A. CLARIZIA, *Tendenze e prospettive in tema di esternalizzazione*, in *Giust. amm.*, 2004, p. 1155 e ss.; F. DE LEONARDIS, voce *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, vol. III, p. 2302 e ss.; AA.VV., *Le esternalizzazioni*, Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli svoltosi in Genova, 25-27 maggio 2006, a cura di C. MIGNONE, G. PERICU e F. ROVERSI-MONACO, Bologna, 2007; G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 89 e ss.; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Milano, 2000.

⁴⁹ J.B. AUBY, *Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere*, in *Public Law*, 2007, p. 43

Non occorre dilungarsi sulle esternalizzazioni, tema ampiamente approfondito in scritti recenti, come è stato ricordato; si vuole solamente rilevare in questa sede che, in tali casi, l'attribuzione a soggetti privati del compito di perseguire una finalità di pubblico interesse ha finito sovente per influenzare la qualificazione giuridica di tale attività.

Ciò significa che nei contesti in cui tale attività è sottoposta alle regole del diritto amministrativo, anche solo in parte, facilmente essa viene qualificata come attività amministrativa anche se svolta da un soggetto privato.

Non si tratta di una regola assoluta: non sempre l'amministrazione, quando conferisce compiti ai privati, determina una pubblicizzazione della relativa attività.

Occorre sempre, sul punto, come si dirà più ampiamente nel paragrafo finale di questo capitolo, un'interpretazione complessiva della disciplina, non essendo bastevole richiamare alcuni elementi della medesima (funzionalità, imperatività, ecc.) e pretendere di trarne regole meccaniche di qualificazione.

Per esempio, talora il legislatore attribuisce compiti pubblici a soggetti privati; ma tale finalizzazione resta una specificazione pubblicistica di mero principio, troppo blanda per poter determinare un mutamento di disciplina più ampio, specie in settori nei quali la composizione dell'ente, la sua tradizionale modalità di intervento ed altri fattori, esprimono una prossimità dell'ente al sistema privato, e non al sistema amministrativo. È quanto si verifica per esempio con le fondazioni bancarie, per le quali la finalizzazione *ex lege* dell'attività non ha determinato comunque una sottoposizione delle medesime al diritto amministrativo.

Proprio il caso delle fondazioni bancarie è indicativo della labilità del confine tra pubblico e privato, nel senso che com'è noto si sono confrontati sul tema due orientamenti diversi, prevalendo in tale confronto, finora, la tesi privatistica, sia pure con molte discussioni⁵⁰.

⁵⁰ Sul tema si tornerà in seguito in questo capitolo; cfr comunque sul punto fin d'ora F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 75 e ss.; ID., *Diritto contro economia*, Bologna, 2006, p. 69 e ss.

Altre volte il legislatore non si limita a finalizzare l'attività dei privati al perseguimento di interessi pubblici, ma effettua interventi più pervasivi sull'azione privata, introducendo tratti di disciplina di matrice pubblicistica, i quali peraltro, all'interno in un'interpretazione complessiva della disciplina applicabile, non valgono a far ritenere che in tal modo l'attività dei privati sia stata sottoposta al diritto amministrativo.

Si tratta di casi inspiegabili ove si proceda ad un'applicazione meccanica di alcuni elementi della disciplina pubblicistica, come la funzionalità, rinunciando ad una valutazione più ampia della disciplina fissata; mentre tali casi divengono comprensibili ove si consideri in modo più completo il sistema di disciplina applicabile.

Per esempio Borsa italiana s.p.a. ha compiti di organizzazione e gestione del mercato mobiliare ma la disciplina complessiva sull'attività di tale soggetto, per quanto presenti molteplici elementi di natura pubblicistica, si ritiene qualifichi tale attività come attività privata⁵¹.

Più analiticamente, da un lato l'art. 61, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria) esprime un'opzione per la disciplina privatistica, nel momento in cui afferma che «L'attività di organizzazione e gestione di mercati regolamentati

⁵¹ In questo senso cfr. per esempio Trib. Milano, ord. 9 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 100 e ss. (con parere *pro veritate* su *Libertà d'impresa e gestione dei mercati regolamentati* di R. COSTI): «L'attività di organizzazione e gestione dei mercati regolamentati ha carattere d'impresa [...] spetta all'imprenditore» (e cioè a Borsa italiana s.p.a.) «scegliere se e come sviluppare i diversi settori del mercato; spetta all'imprenditore restringere e persino eliminare del tutto le contrattazioni regolamentate di certi titoli e di certi prodotti finanziari; le scelte di gestione non sono sindacabili perché connesse al rischio d'impresa». Sull'atto fondamentale di istituzione di un mercato, qual è il regolamento del mercato, come «atto di autonomia privata, anche se [...] oggetto di valutazione da parte della Consob», e sulla natura privata degli altri atti della società di gestione del mercato, in quanto si tratterebbe di «poteri privati», che incontrano «vincoli posti a tutela di interessi generali, ma questi non trasformano la società di gestione in un'impresa – funzione che persegue interessi generali» cfr. R. COSTI, L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, Padova, 2004, dove si dà conto anche dell'orientamento diverso, finora non accolto, teso ad individuare profili di maggior rilievo pubblicistico nell'azione di tale soggetto.

di strumenti finanziari ha carattere di impresa ed è esercitata da società per azioni, anche senza scopo di lucro (società di gestione)»⁵².

Oltre a tale elemento privatistico, depongono a favore di una natura privatistica dell'attività di Borsa italiana s.p.a. il contesto internazionale, imprenditoriale, in cui si colloca tale soggetto, nonché l'assetto azionario del medesimo, come espressione di soggetti privati attivi in borsa⁵³.

Questi elementi inducono a ritenere che si tratti di un fenomeno privato di autoregolamentazione, e non di eteroregolamentazione pubblicistica: Borsa italiana s.p.a. non rappresenta la collettività, ma unicamente una parte consistente degli operatori di Borsa.

Dall'altro lato, tale società svolge una funzione di disciplina imperativa del mercato, attraverso i regolamenti di cui all'art. 62, t.u. intermediazione finanziaria, che contengono importanti prescrizioni⁵⁴, ed inoltre emana atti che sono soggetti ai poteri di riforma da parte della Consob⁵⁵. Soprattutto quest'ultimo profilo è già stato evidenziato in altro ambito dalla giurisprudenza come elemento forte-

⁵² Sul tema cfr. M. BAGLIONI, *Dal pubblico al privato: la borsa italiana s.p.a.*, in *Soc.*, 1998, p. 643 e ss.; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2006; A. MAGNONI, *Commento all'art. 47*, in *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari*, Padova, 1997, p. 398

⁵³ R. COSTI, *Libertà d'impresa e gestione dei mercati regolamentati*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 104; F. CAPRIGLIONE, *Borsa (mercati di)*, in *Enc. dir.-agg.*, V, Milano, 2001, p. 181 e ss.

⁵⁴ Tale regolamento definisce «a) le condizioni e le modalità di ammissione, di esclusione e di sospensione degli operatori e degli strumenti finanziari dalle negoziazioni; b) le condizioni e le modalità per lo svolgimento delle negoziazioni e gli eventuali obblighi degli operatori e degli emittenti; c) le modalità di accertamento, pubblicazione e diffusione dei prezzi; d) i tipi di contratti ammessi alle negoziazioni, nonché i criteri per la determinazione dei quantitativi minimi negoziabili» (così il medesimo art. 62)

⁵⁵ «La CONSOB: a) può vietare l'esecuzione delle decisioni di ammissione e di esclusione di cui al comma 1, lettera c), secondo periodo, ovvero ordinare la revoca di una decisione di sospensione degli strumenti finanziari e degli operatori dalle negoziazioni, entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1, lettera c), se, sulla base degli elementi informativi diversi da quelli valutati, ai sensi del regolamento del mercato, dalla società di gestione nel corso della propria istruttoria, ritiene la decisione contraria alle finalità di cui all'articolo 74, comma 1» (art. 64, comma 1 *bis*, t.u. intermediazione finanziaria); «In caso di necessità e urgenza, la CONSOB adotta, per le finalità indicate al comma 1, i provvedimenti necessari, anche sostituendosi alla società di gestione» (art. 74, comma 3, t.u. intermediazione finanziaria).

mente sintomatico della natura amministrativa della disciplina, con riferimento alle SOA⁵⁶.

5. *(segue) L'attuazione del principio di buon andamento dell'amministrazione attraverso i privati, tramite strumenti di gestione economici ed economico-volontari: il mercato e le sue dinamiche valorizzati come strumenti per perseguire interessi pubblici coordinando gli interessi privati. Vantaggi e svantaggi di tale sistema*

Oltre all'approccio appena descritto, incentrato sull'esternalizzazione delle funzioni pubbliche, il quale comporta spesso (ma non sempre come si è visto) l'applicabilità della disciplina amministrativa, esiste almeno un secondo diverso approccio del legislatore, meno studiato.

In base a questo secondo approccio, non si trasferiscono funzioni pubbliche all'esterno, finalizzando in modo più o meno sommario l'azione dei soggetti cui sono affidate tali funzioni pubbliche, ma si persegue un percorso inverso, valorizzando l'iniziativa privata e gli strumenti di mercato, adeguatamente delimitati così che essi siano intrinsecamente strumentali, nel momento in cui perseguono interessi privati, a soddisfare anche intrinsecamente interessi pubblici⁵⁷.

⁵⁶ Sulle SOA si tornerà in seguito nel capitolo III di questo scritto. Per un tentativo di costruzione in senso pubblicistico dell'attività di Borsa italiana s.p.a., almeno limitatamente all'emanazione dei regolamenti di cui all'art. 62, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, stante la dedotta natura normativa di tali atti, cfr. R. MANFRELLOTTI, *Esercizio di funzioni normative e partecipazione dei soggetti privati: a proposito dei regolamenti della società di gestione della borsa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2000, p. 1010 e ss.; la giurisprudenza non si è mai occupata peraltro della Borsa italiana s.p.a. come soggetto che emana atti amministrativi, nel presupposto di un relativo radicamento nell'autoregolamentazione, ovvero nel presupposto che si tratti comunque di regolamentazione privata e non pubblica.

⁵⁷ Si è detto al riguardo efficacemente che lo Stato «“attraverso il mercato” cura un interesse pubblico» così M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Annuario 2006. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 122. Spunti in tal senso erano presenti in S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 648 e ss., V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 2003, p. 6. Non si tratta, come si vedrà, di condizionamenti introdotti sui singoli contratti da parte dell'amministrazione (tema sul quale cfr. per tutti A.

Non occorre in tale contesto finalizzare o funzionalizzare l'azione privata e gli strumenti del mercato, i quali sono stati già previamente delimitati così che il perseguimento del fine privato comporta di per sé il perseguimento anche della finalità pubblica.

Il presupposto economico di questo secondo approccio non è dato dal trasferire sostanzialmente all'esterno funzioni amministrative, ma dall'internalizzare nell'azione dei soggetti privati i costi esterni (pubblici) della loro attività⁵⁸, così che la relativa attività sia – come si è detto – intrinsecamente funzionale rispetto alla tutela dell'interesse pubblico, pur rimanendo attività privata.

Per richiamare con un termine il rapporto tra interesse pubblico ed interesse privato che così si ricostruisce, si è utilizzato nel titolo di questo scritto il termine coordinamento, il quale non esprime com'è noto una realtà giuridica precisa ed analiticamente circoscritta, ma traduce un principio che esprime un'esigenza di organizzazione degli interessi⁵⁹.

ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960), ma di una prefigurazione generale del settore consentendo poi ai privati di svolgere le proprie valutazioni, senza incidere sui contenuti delle relative, singole, iniziative contrattuali.

⁵⁸ P. SAMUELSON, W. NORDHAUS, *Economia*, cit., p. 375. Con specifico riferimento al tema in parte diverso dell'internalizzazione dei costi sociali nelle regole giuridiche, i contributi sono ormai numerosi nell'analisi economica del diritto, a partire dal fondamentale scritto di R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journ. Law and Econ.*, 1960, p. 3 e ss. Sul punto cfr. anche per ulteriori rinvii G. NAPOLITANO, voce *Analisi economica del diritto*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006; S. CASSESE, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 341 e ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 401; S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2007.

⁵⁹ «Piuttosto che un istituto giuridico il coordinamento appare pertanto un principio, cioè una regola generale dell'organizzazione della funzione amministrativa e dell'azione pubblica; espressione di una necessità di ordine comune ad ogni sistema normativo» F. PIGA, voce *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 3; per una simile sottolineatura dell'unitaria considerazione di diversi elementi che tale principio esprime, in un contesto di pluralismo democratico, sia pure in ambito organizzativo e non funzionale, cfr. G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996; F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., p. 398, dove si sottolinea che il coordinamento è un risultato, e non una relazione organizzativa autonoma, inerente ad attività che pur distinte sono «ordinate secondo un disegno unitario in vista di risultati di interesse comune» (V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc.*

La valorizzazione dell'iniziativa privata, opportunamente formata, come strumento di tutela dell'interesse pubblico ha un presupposto di teoria economica evidente, rappresentato dalle considerazioni circa la intrinseca contiguità tra lo sforzo del singolo per ottenere il proprio benessere e il benessere comune in cui tale sforzo confluisce⁶⁰.

Si noti che si tratta di un presupposto che può essere valido solo in alcuni contesti: oltre a situazioni in cui l'interesse privato coincide con l'interesse pubblico ve ne sono altre, numerose, in cui l'interesse privato confligge con l'interesse collettivo ed è con esso non facilmente conciliabile⁶¹.

Si tenga conto, inoltre, come si dirà più ampiamente in seguito, che gli strumenti ora descritti si intrecciano spesso con strumenti di amministrazione tradizionale e presentano, specie nella disciplina giuridica, diversi punti comuni rispetto ad altri strumenti di amministrazione tradizionale.

dir., X, Milano, 1962, p. 630). Per una maggiore sottolineatura del rapporto di equiordinazione tra chi è coordinato (equiordinazione che in realtà non è un tratto necessario della categoria essendo presente in contesti che non sono comunque chiaramente definiti come contesti gerarchici o di direzione), cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. I, p. 320 e ss.; per il coordinamento come figura che può esprimere anche rapporti di sovraordinazione atipica, per così dire, cfr. V. BACHELET, voce *Coordinamento*, cit.

⁶⁰ Si tratta delle note teorie di von Hayek sulla catallassi, e cioè sull'aspetto costruttivo per il benessere della collettività della concorrenza e delle azioni dei privati volte a perseguire il proprio benessere. Queste teorie hanno largamente influenzato gli orientamenti liberistici nell'azione amministrativa recente, come è stato già ricordato in precedenza in questa scritto; cfr. sul punto F. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 314 e ss.; ID., *The Confusion of Language in Political Thoughts*, in *New Studies*, 1968, ora in ID., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, 1988, p. 83 e ss. In diritto amministrativo cfr. G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, cit., p. 9 e ss. Sull'interesse pubblico non come sintesi da conseguire in via mediata, ma come mera somma degli interessi particolari, in una prospettiva di analisi economica del diritto, cfr. F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e interesse degli amministrati*, in *Annuario 2006. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 13.

⁶¹ Cfr. sul punto per esempio le osservazioni di G. ROSSI, *Interessi pubblici e diritto privato*, in www.grupposanmartino.it.

Si suole indicare tali strumenti come «strumenti economici»⁶² per sottolineare che si tratta di strumenti incentrati su logiche economiche e di mercato.

Come già accennato, con gli strumenti economici descritti, se si valorizzano i meccanismi di mercato e l'iniziativa privata, nonché il diritto privato proprio di tali contesti, si prevede però che essi si muovano all'interno di un sistema di regole pubbliche, vincolistiche, di natura propriamente amministrativa⁶³.

Tali strumenti, come si vedrà, talora sono vincolanti nell'*an*, talora no (essendo ad adesione volontaria), mentre per quanto concerne il *quomodo* sussiste sempre con riferimento ai medesimi una significativa libertà – sia pure entro certi limiti – da parte degli amministrati.

Per la tipologia di strumenti ad adesione volontaria si userà, nel seguito di questo scritto, al fine di sottolineare maggiormente tale profilo, la locuzione «strumenti economico-volontari», tenendo conto che si tratta di una subcategoria degli strumenti economici.

Le considerazioni economiche sulla catallassi trovano un qualche riscontro – sia pure solo generico – anche in sede giuridica, nel momento in cui la stessa Corte costituzionale riconosce che un buon funzionamento del mercato privato è importante per il benessere collettivo⁶⁴.

⁶² In questo senso, M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, loc. cit.; P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003, p. 242. La categoria degli strumenti economici di amministrazione è spesso richiamata anche in sede supranazionale (cfr. gli Autori richiamati nella nota n. 68) ma la sua ampiezza e i suoi caratteri non sono di solito trattati in modo espresso, anche perché la differenza tra tale categoria e le altre forme di amministrazione è spesso più quantitativa che qualitativa: sul punto si tornerà anche nel paragrafo successivo.

⁶³ Per definire l'azione amministrativa con riferimento a tali ambiti, con specifico riferimento ai mercati artificiali, si è usata la locuzione «programmazione indicativa» (N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, Bologna, 2007, p. 151).

⁶⁴ «La libertà di concorrenza tra imprese ha, com'è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»: Corte cost., 2 dicembre 1982, n. 223, in www.cortecostituzionale.it.

Nella pronuncia della Corte ora citata ci si riferisce peraltro al mercato in quanto tale, come luogo di incontro della domanda e dell'offerta e come obiettivo finale dell'azione amministrativa.

In modo parzialmente diverso, negli strumenti economici, come si è accennato, il mercato non rappresenta la *ratio* della disciplina e il suo oggetto, in quanto luogo intrinsecamente efficiente, ma è essenzialmente uno strumento per perseguire una finalità di interesse collettivo.

L'internalizzazione dei costi sociali nell'iniziativa privata, lasciando poi che tale iniziativa trovi i propri equilibri che allora saranno intrinsecamente di interesse pubblico, si ispira – sempre secondo la disciplina economica – anche alla volontà di consentire una flessibilità⁶⁵ negli interventi di tutela dell'interesse pubblico, proprio per il numero molto ampio di possibili soluzioni che il mercato è in grado di trovare rispetto agli sforzi di solito meno efficienti ed informati dell'amministrazione.

In questa prospettiva, con riferimento per esempio alla creazione dei mercati artificiali delle autorizzazioni amministrative cui si riferisce il capitolo II di questo scritto, quando il costo di adeguamento ai nuovi standard prescritti dalla normativa sia – per ragioni diverse – superiore rispetto al costo dato dall'acquisizione sul mercato dei permessi, si permette anche ad imprese che sosterebbero costi eccessivi per il proprio disinquinamento (per ragioni tecnologiche, temporanee, ecc.) di internalizzare comunque una parte dei costi ambientali della propria attività, sostenendo il disinquinamento presso altre imprese, dove i costi di disinquinamento sono più bassi, ed acquistando permessi.

In definitiva, in questo modo tutte le imprese sostengono un costo marginale di disinquinamento identico, il che significa che tale disciplina è più equa ed ha maggiori possibilità di funzionamento⁶⁶.

⁶⁵ Sulla flessibilità come esigenza molto rilevante alla base dell'impiego degli strumenti ora descritti, cfr. M. CAFAGNO, *La cura dell'ambiente tra mercato e intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, in AA.VV., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI e A. POLICE, Milano, 2006, p. 191 ss.

⁶⁶ Cfr. sul punto ancora P. SAMUELSON, W. NORDHAUS, *Economia*, cit., p. 376. La tesi è contestata da una parte della dottrina economica, ma talora con riferimento a rapporti tra mercati molto diversi e difficilmente comparabili, e cioè

Con tali strumenti, l'amministrazione persegue un obiettivo non solo di efficienza, attraverso il ricorso al soggetto privato ed all'organizzazione privata di tale soggetto, come nell'esternalizzazione, ma di vera e propria valorizzazione delle dinamiche di mercato per consentire una migliore tutela dell'interesse pubblico: le problematiche di gestione dell'interesse pubblico non vengono risolte con la funzionalizzazione dell'attività del privato, ma attraverso il mercato e le logiche privatistiche, di scambio (con riferimento ai mercati artificiali), ovvero di marketing e di autoregolazione (con riferimento al conseguimento di certificati o di accordi attestanti la conformità a specifici standard ambientali), opportunamente disciplinate.

In altri termini, non si internalizza l'attività privata nell'attività amministrativa, assoggettando in diversi casi l'attività privata a regole amministrative, ma si fa l'opposto, internalizzando gli interessi amministrativi nell'attività privata, la quale viene conformata – in sede legislativa (mercati artificiali, certificazioni ambientali) o amministrativa (accordi unilaterali) – così da funzionare intrinsecamente in una prospettiva di interesse pubblico.

I vantaggi del sistema sono evidenti con riferimento a diversi parametri: il sistema funziona con maggiore flessibilità – come si è già detto – e dunque in modo più efficiente; esso consente inoltre un raccordo con la realtà dei fatti molto stretto stante la velocità di circolazione delle informazioni all'interno del mercato⁶⁷.

con riferimento al rapporto tra paesi industrializzati e paesi in via di sviluppo: cfr. sul punto K.A. SHEERAN, *Who Should Abate Carbon Emissions? A Note*, in *Env. Res. Econ.*, 2006, p. 89 e ss.; in generale sul tema cfr. G. CICHILNISKY, G. HEAL e D. STARRET, *Equity and Efficiency in Environmental Markets: Global Trade in Carbon Dioxide Emissions*, in G. CICHILNISKY, G. HEAL, *Environmental Markets: Equity and Efficiency*, 2000, New York (Columbia University Press).

⁶⁷ Sul deficit informativo come elemento centrale di fallimento di numerosi interventi tradizionali, di *command and control*, dell'amministrazione, cfr. M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Annuario 2006*, cit., p. 104 e ss.; sull'approccio *command and control* anche per altri rinvii cf. A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford (Hart), 2004. In questa prospettiva è stato efficacemente rilevato, con riferimento al settore ambientale ma con considerazioni che possono essere estese, che «modelli di regolazione ambientale basati su divieti rigidi, controlli e sanzioni, presuppongono spesso un quantitativo di informazione del quale né il legislatore né tantomeno l'amministrazione dispongono. Il deficit crea condizioni di inefficienza, sul piano economico, aggravamento dei costi e dei problemi organizzativi, sul piano amministrativo, indebolimento degli

A ciò si aggiunga che i costi di implementazione di tale sistema risultano significativamente ridotti rispetto ad un sistema tradizionale⁶⁸, sia perché i controlli sono svolti da sistemi di mercato, come si dirà in seguito (imprese di verifica indipendente), e non direttamente dall'amministrazione (la quale svolge meno frequenti e meno costosi controlli di secondo grado), sia perché in un sistema di mercato i concorrenti possono essere interessati a denunciare chi non rispetta le regole e pretende di partecipare su un piano di parità al sistema.

Inoltre, il funzionamento del sistema consente con maggiore facilità la formalizzazione di fenomeni distorsivi, attraverso le tensioni sui prezzi.

Il sistema non si adatta peraltro ad ogni realtà e presenta degli elementi di rischio: se si riferisce a contesti territoriali limitati il

incentivi. Problema ancor più grave è la scarsa conciliabilità con criteri di gestione adattativa e flessibile dei processi ecosistemici» (M. CAFAGNO, *La cura dell'ambiente tra mercato e intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, cit., p. 398, sulla base evidentemente dell'attenzione ai fenomeni informativi ed alla teorizzazione della razionalità limitata da parte di H. SIMON, *Administrative Behaviour*, New York – The Free Press, 1997 – IV ed., p. 78 e ss.). E d'altro canto – come si vedrà – in diversi contesti i modelli di comando e controllo non sono al momento sostituibili con modelli diversi, sia per ragioni storiche, sia per ragioni operative, per esempio in ambiti territoriali troppo ristretti; per un'analisi di questi modelli nel settore ambientale, cfr. M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in AA.VV. *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, cit., p. 389 e ss.

⁶⁸ È stato valutato che il costo complessivo degli approcci tradizionali è superiore del 66% rispetto a sistemi più efficienti incentrati sugli strumenti economici: cfr. sul punto M.T. MALONEY, B. YANDLE, *Estimation of the Cost of Air Pollution Control Regulation*, in *Journ Env. Econon. Manag.*, settembre 1984, p. 244 e ss.; per una rassegna delle esperienze in cui è stata accertata una notevole riduzione dei costi complessivi del sistema, in caso di uso di strumenti economici, cfr. T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, Milano, 2006, p. 200 e ss.; per un'ampia e dettagliata analisi comparativa degli strumenti economici di amministrazione, cfr. R. L. REVESZ, P. SANDS, R. B. STEWART, *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge, 2000; per una valutazione degli strumenti economici come elementi che consentono all'impresa di risparmiare in termini economici più di quanto spende sull'ambiente, e sui risparmi di costo che tali sistemi consentono all'amministrazione con riferimento ai costi di controllo, cfr. M. FREY, *Il Management ambientale*, Milano, 1995, p. 260 e ss. Per un approccio al tema dei costi amministrativi cfr. in diritto pubblico per tutti A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 63 e ss.

mercato è probabilmente troppo ridotto per poter funzionare in modo corretto, come accade in generale per i mercati di dimensioni ridotte.

Inoltre, qualora il sistema sia eccessivamente complicato, esso determina già di per sé fenomeni di distorsione informativa e costi di implementazione non più così convenienti.

A ciò si aggiunga che determinati beni non sono commerciabili oltre una quota determinata, essendo necessario garantire talora un accesso minimo a tali beni per tutti che può essere assicurato solo da un sistema di divieti imperativi⁶⁹.

I modelli di amministrazione appena descritti si incarnano in modelli giuridici molto variegati⁷⁰. I modelli principali, allo studio dei quali è dedicato questo scritto, sono comunque i seguenti:

a) Strumenti economici rappresentati dalla creazione di mercati artificiali, nei quali l'iniziativa privata, perseguendo il massimo profitto e articolandosi dunque secondo logiche pienamente privatistiche, si muove comunque in un contesto dove tale finalità coincide con la finalità pubblicistica (mercato delle quote di emissioni, denominato anche *carbon market*, in quanto attinente alle emissioni di anidride carbonica; mercato dei certificati verdi, inerente alle fonti di energia rinnovabile; mercato dei certificati bianchi, inerenti al risparmio energetico). Sono gli amministrati in tali sistemi a decidere se sia più conveniente spendere in disinquinamento o efficientamento energetico dei propri impianti, con connesso riconoscimento di attestati commerciabili, ovvero se non spendere nulla in tecnologia e

⁶⁹ Sui pro e contro ora descritti degli strumenti economici di amministrazione, con specifico riferimento ai sistemi incentrati sui mercati artificiali di cui si dirà in seguito, e con ampi rinvii alle molteplici opinioni presenti sul punto nella dottrina economica, ed al dibattito tra economisti più attenti alla efficienza allocativa, in una prospettiva di analisi economica tradizionale, ed economisti – ecologisti, più attenti a valutare le tematiche allocative con riferimento a valori collettivi e non allocabili singolarmente, secondo quanto è stato esposto in testo, cfr. M. CAFAGNO, *La cura dell'ambiente tra mercato e intervento pubblico. Spunti dal pensiero economico*, cit., p. 437 e ss.

⁷⁰ Per una rassegna dei medesimi cfr. ora anche per ulteriori rinvii, M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, loc. cit.; G. PESARO, *Prevention and Mitigation of the Territorial Impacts of Natural Hazards: the Contribution of Economic and Public-Private Cooperation Instruments*, in *Econ. fonti en. amb.*, n. 3, 2005, p. 117 e ss.

acquistare certificati sul mercato, e cioè attestati sulla realizzazione degli interventi da parte di altri. L'imprenditore si muove esclusivamente sulla base di proprie valutazioni di convenienza, ma l'interesse dell'amministrazione è di ottenere comunque uno standard generale sulle emissioni, ovvero sull'efficienza energetica, di "bolla", per così dire. Il ruolo attivo degli imprenditori in tale meccanismo comporta spese inferiori per tutto il sistema, per loro stessi e per l'amministrazione, sostituendosi (come è stato già ricordato) le imprese ed il mercato – in modo meno costoso, con maggiori informazioni, con maggiore velocità ed efficienza – alle valutazioni discrezionali programmatiche dell'amministrazione.

Nel capitolo II si prenderanno in considerazione i mercati oggi pienamente operativi (*emissions trading*, certificati verdi, certificati bianchi); ma il sistema si va diffondendo con rapidità. Con riferimento ai biocarburanti, per esempio, dal 2007 ogni soggetto che immette sul mercato carburante dovrebbe anche immettere una quota di biocarburante ovvero acquistare i diritti di immissione di tale quota da altra azienda che dispone di tali quote in soprannumero, dando luogo ad un mercato artificiale dei titoli inerenti all'immissione al consumo di biocarburanti⁷¹.

Analogamente, a fronte della difficoltà del mercato dei produttori di autoveicoli di accettare limiti fissi per gli inquinanti emessi da ogni veicolo, è stata proposta l'introduzione di un sistema di mercato – e cioè di un mercato artificiale – per l'abbattimento degli inquinanti veicolari⁷², ovvero per il controllo dell'inquinamento idrico⁷³. Con riferimento a questi strumenti economici, la valorizzazione delle libere opzioni degli amministrati è fortemente presente sul quo-

⁷¹ Art. 2 *quater*, d.l. 10 gennaio 2006, n. 2 (convertito con legge 11 marzo 2006, n. 81), come modificato dalla finanziaria per il 2007 – legge 27 dicembre 2006, n. 296. Il ministero deve emanare un decreto in cui fissa sanzioni per il mancato raggiungimento della quota, creando un mercato forzoso dei biocarburanti: al momento la disposizione non ha piena portata applicativa in assenza dei decreti attuativi comprensivi delle sanzioni erogabili; di tali decreti è prevista l'emanazione, per consentire l'entrata a regime del sistema, nel 2008.

⁷² A. MOLOCCHI, *Verso un mercato delle emissioni nel settore dei trasporti?*, in *Nuova energia*, novembre-dicembre 2006.

⁷³ V. PACCAGNAN, *I permessi di inquinamento negoziabili per le risorse idriche*, in www.ambienteditritto.it, 2007.

modo, sulle modalità di implementazione (incentrate sul mercato) della disciplina degli obiettivi di interesse pubblico previsti, ma le imprese non possono scegliere se usare oppure no tali strumenti di mercato, che sono obbligatori dunque nell'*an*. In questi contesti le forme di programmazione e prefigurazione e gli strumenti economici di cui si discute possono effettivamente essere accostati, pur nella loro parziale diversità, poiché vi è una prefigurazione della direzione obbligatoria del sistema, attraverso la definizione di livelli complessivi di inquinamento, per esempio, ovvero attraverso la definizione di livelli complessivi di uso delle fonti rinnovabili. In questa prospettiva il vincolo sull'*an* circa il risultato complessivo da conseguire è comunque un vincolo, che è accostabile a quello prefigurativo. Nei sistemi di cui si parlerà in seguito, invece, la mancanza di qualunque vincolo sull'*an*, e la presenza di vincoli parziali solo sul *quomodo*, rende la categoria della programmazione sicuramente più distante, per cui si propone di impiegare per questa seconda categoria di strumenti la locuzione «strumenti economico-volontari»: su questi punti, e sulla distinzione essenzialmente quantitativa, e non qualitativa, degli strumenti economici in generale, ed anche economico-volontari, rispetto ad altri strumenti di amministrazione, si tornerà in seguito.

b) Strumenti economico-volontari incentrati sulla valorizzazione di *brand*⁷⁴ di qualità ambientale (certificati ambientali). Tali *brand* nascono nel mercato, per essere spesi ivi, al fine di migliorare l'immagine e la penetrazione commerciale, quali strumenti di marketing cui sono sensibili i consumatori più attenti alla tutela dell'interesse ambientale. Si tratta di *brand* valorizzati secondo un'analoga logica anche dall'amministrazione, come elementi di credibilità dei soggetti che li ottengono, sia nel settore autorizzativo che nel settore degli appalti, al fine di selezionare i fornitori pubblici. Tali strumenti consentono con facilità ai soggetti dell'ordinamento (consumatori ed amministrazione) di essere informati in modo semplice, tramite il possesso di certificazioni, sull'attività svolta dalle imprese (nei casi

⁷⁴ Non si usa volutamente il termine *marchio* per evitare di richiamare la normativa civilistica incentrata su logiche esclusivamente commerciali, presenti solo in parte e strumentalmente con riferimento ai certificati ambientali, i quali hanno regole loro proprie per l'uso ed il rilascio.

considerati in questo scritto, nel campo ambientale) potendo con ciò tali soggetti orientare con più facilità i propri acquisiti o incentivi.

Si sottolinea che sussistono solo in parte assonanze tra questi strumenti certificativi e gli atti di accertamento tradizionali dell'amministrazione, circa il possesso di determinate qualità, in forme difacenti anche per gli amministrati, atti quali le abilitazioni ad operare in determinati settori, per esempio⁷⁵. Gli strumenti economico-volontari di certificazione (*brand*) presentano infatti differenze – per quanto parziali e non assolute – rispetto a questo modello amministrativo tradizionale, sia perché ciò che rileva nel sistema di *brand* ambientali è l'interesse del cittadino consumatore, più che del cittadino amministrato ad ottenere certezze dall'amministrazione imperativa, sia perché il significato del *brand* è dato dal suo uso nel marketing, non esaurendosi nel certificare la conformità a determinati standard, sia perché si tratta di un sistema interamente volontario, incentrato su forme di *soft law* ovvero su incentivi⁷⁶. Nel sistema dei *brand* ambientali, diversamente rispetto ai sistemi di abilitazione tradizionale amministrativa, l'impresa può continuare ad esercitare le attività che svolge sia che posseda sia che non posseda la certificazione: la certificazione dunque non abilita un soggetto – come nel sistema amministrativo tradizionale – ma attribuisce in capo al medesimo un'affidabilità particolare da spendere sia nei confronti dell'amministrazione, che incentiva tali certificazioni con meccanismi ordinari (per esempio prevedendo oneri procedurali meno gravosi per chi sia certificato), sia – soprattutto – nei confronti dei consumatori, ivi compresa l'amministrazione come stazione appaltante, attribuendo il possesso del *brand* una caratteristica di meritevolezza che ha un consistente valore di mercato. Il vantaggio in termini di risparmi di spesa per l'amministrazione è dato anche in questo caso dal valorizzare un sistema che si implementa da sé, in cui i controlli come si vedrà sono essenzialmente privati, ed in cui il privato si impegna con controlli indipendenti non tanto per ottene-

⁷⁵ Cfr. sul punto ora anche per ulteriori rinvii A. FIORITTO, voce *Certezza pubblica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, vol. II, Milano, 2006, p. 850 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di "certezza"*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 867 e ss.

⁷⁶ Sul punto si tornerà nel capitolo III di questo scritto.

re vantaggi economici dall'amministrazione, spesso assenti, ma per migliorare la propria capacità di vendita commerciale e per migliorare le proprie *chance* di sviluppo attraverso un rapporto migliore con l'amministrazione. In sostanza, l'impresa investe in credibilità sia nei rapporti con i consumatori sia con l'amministrazione, migliorando le proprie prestazioni a costi assenti, ovvero molto ridotti, per l'amministrazione medesima, secondo una logica che ha elementi in comune sul piano commerciale con le logiche pubblicitarie. In questi contesti, la volontarietà degli strumenti – di matrice economica – utilizzati non si estende solo, parzialmente, al *quomodo*, ma anche allo stesso *an* circa l'utilizzo degli strumenti, i quali come si è detto non sono obbligatori.

c) Strumenti economico-volontari rappresentati da accordi unilaterali, in cui sono previsti impegni solo per l'amministrato. Tali accordi sono di solito predisposti dall'impresa ed incentrati sulle sue esigenze; essi si presentano di nuovo come elementi di una strategia commerciale volta ad attribuire particolare credibilità all'impresa nei confronti dei consumatori e della stessa amministrazione, ed in cui l'amministrazione figura come un soggetto che riconosce l'importanza di tale dichiarazione di intenti e presta in qualche modo il proprio beneplacito nei confronti dell'impresa che sottoscrive l'accordo, non garantendo nulla né assumendo alcun impegno nei confronti delle parti private che tale accordo sottoscrivono, ma accrescendo la credibilità del soggetto privato, in quanto le iniziative poste in essere dal medesimo finiscono per coincidere con gli interessi pubblici. Si possono dunque ripetere tutte le considerazioni sulle logiche commerciali (in termini di acquisto di credibilità) alla base di tali fenomeni negoziali già espresse con riferimento ai *brand* ambientali; rilevando che il risparmio dell'amministrazione in questi casi è dato dall'ottenere migliori prestazioni dall'impresa investendo meno in attività istruttoria amministrativa (nella predisposizione degli accordi, che sono di solito meramente verificati e non predisposti dall'amministrazione) e in controlli amministrativi, rispetto ad un sistema di amministrazione tradizionale, stante il ruolo più attivo e partecipe dell'impresa medesima in tali contesti negoziali. Sono peraltro evidenti i pericoli di *captatio* dell'amministrazione in que-

sti contesti. Volendo rinvenire un fenomeno in diritto privato che si accosta – sia pure solo in parte e con notevoli elementi di diversità – alla categoria degli accordi unilaterali, si potrebbero considerare le lettere di *patronage* c.d. debole in ambito commerciale, dove parimenti vi è un conferimento di credibilità da parte del *patronnant* in capo ad altri⁷⁷.

Si tenga conto che quello appena indicato, per quanto frequente, non è l'unico obiettivo nel sistema degli accordi volontari: talora gli accordi unilaterali sono utilizzati non solo per qualificarsi meglio a fronte dei consumatori, ovvero della medesima amministrazione, nell'ambito di una politica commerciale dell'impresa che ricerca supporti e riconoscimenti, con impegni a migliorare le proprie prestazioni ambientali oltre gli standard di legge. Tali accordi sono anche impiegati per anticipare o tenere luogo in modo più contrattato (e dunque di solito con minore rigidità e maggiore possibilità di dialogo tra settore produttivo e amministrazione) di forme di regolazione laddove tale regolazione come atto rigido sarebbe fortemente osteggiata e temuta dal mondo imprenditoriale. In questa prospettiva, è possibile ricordare accordi promossi e vigilati dall'amministrazione, la quale dunque figura come parte sostanziale, quando non formale, dell'accordo medesimo⁷⁸.

Gli accordi unilaterali ora citati esprimono in sostanza forme alternative di regolazione, che concettualmente presentano analogie con le forme di autoregolamentazione contrattata tra gli operatori,

⁷⁷ Sulle lettere di *patronage*, come elemento che induce altri (nel caso degli accordi unilaterali ambientali, gli altri sono i consumatori) a contrarre o comunque a fare affidamento sul soggetto che si giova della fiducia del *patronnant*, cfr. per tutti anche per ulteriori rinvii F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, p. 287 e ss. In diritto privato peraltro la dichiarazione è opera del *patronnant*, mentre nel caso di specie il *patronnant* amministrazione si limita ad aderire alla dichiarazione dell'impresa.

⁷⁸ Cfr. per esempio gli accordi volontari del 1998 e 1999, promossi dalla CE con i produttori di autoveicoli venduti in ambito comunitario, circa l'abbattimento delle emissioni inquinanti dei veicoli; poiché tali accordi hanno dato esiti in parte inferiori rispetto agli impegni contrattualmente assunti, è in elaborazione una nuova direttiva euro 5 vincolante sui veicoli: cfr. Commissione CE, COM (2006) 463 final del 24 agosto 2006; COM (2007) 19 final del 7 febbraio 2007; cfr. l'accordo volontario tra Agip e Ministero dell'ambiente sull'abbattimento degli inquinanti nei carburanti, sul quale cfr. P. AMADEI, E. CROCI, G. PESARO, *Nuovi strumenti di politica ambientale*, Milano, 1998, p. 131 e ss.

talora vigilate dall'amministrazione, proprie di settori di mercato in cui vi sono significative problematiche di compatibilità del funzionamento del mercato rispetto ad interessi generali⁷⁹. In tali contesti, gli stessi soggetti imprenditoriali, rendendosi conto delle rilevanti problematiche pubbliche coinvolte, si assoggettano spontaneamente a regole autodeterminate, a fronte di un'azione dell'amministrazione come osservatore talora esterno, talora parte dell'accordo, a garanzia dell'interesse pubblico. Anche per questo verso ci si trova dunque davanti a forme di contaminazione tra strumenti di mercato (volti a conseguire maggiore credibilità, sia nei confronti dei consumatori che nei confronti dell'amministrazione, ovvero tesi a esprimere forme di autoregolamentazione, talora anche per evitare interventi regolativi meno gestibili) e forme di amministrazione, a fronte di un'espansione di meccanismi propri della realtà più specificamente economica e negoziale. Una particolarità di quest'ultima forma di amministrazione, incentrata sugli accordi unilaterali, emerge ove si consideri, come si vedrà nel capitolo III che segue, che mentre le forme cui si è fatto riferimento in precedenza, quali forme di intervento amministrativo tramite strumenti economici ed economico-volontari, sono soggette ad una disciplina differenziata, per gli interventi tramite accordi è spesso l'amministrazione che, in assenza di una disciplina specifica, declina il modello generale degli accordi amministrativi, di cui all'art. 11, legge n. 241 del 1990, così da caratterizzarlo come strumento economico-volontario di gestione dell'interesse pubblico.

Oltre alle tipologie di amministrazione tramite strumenti economici ed economico-volontari indicate ora, che rappresentano le forme più evidenti di tale approccio, alle quali è dedicato questo scritto, deve peraltro rilevarsi che strumenti di amministrazione, incentrati su meccanismi economici, si vanno diffondendo anche in altri contesti.

Per quanto non si tratti di una tendenza generale nell'ordinamento, pare comunque che il legislatore si renda conto delle difficol-

⁷⁹ Si pensi in questa prospettiva per esempio al codice di autodisciplina pubblicitaria, sul quale cfr. ora anche per rinvii U. RUFFOLO, *Commentario al codice dell'autodisciplina pubblicitaria*, Milano, 2003.

tà dell'amministrazione tradizionale nella gestione di sistemi complessi come sono i sistemi propri della contemporaneità, e tenti di valorizzare i meccanismi del mercato per raggiungere punti di equilibrio più soddisfacenti per il mercato stesso, e dunque più solidi, con modalità semplici e meno costose come sono le modalità di organizzazione naturale della vita economica.

In questa prospettiva è possibile ricordare il modello di pianificazione urbanistica perequativa, nel quale a fianco di numerosi altri propositi, ed a fianco della permanenza di strumenti di pianificazione tradizionale, una delle intenzioni alla base di tale strumento è rappresentata dal favorire un meccanismo economico, incentrato sull'iniziativa degli amministrati e sullo scambio dei diritti di edificare perequati, per l'implementazione della pianificazione urbanistica, così da rendere meno frequente il ricorso all'espropriazione e da ridurre le ingiustizie proprie delle scelte dall'alto, tramite la pianificazione onnicomprensiva incentrata sullo *zoning*⁸⁰.

6. *L'amministrazione attraverso strumenti economici ed economico-volontari come forma di amministrazione sussidiaria, in quanto incentrata su dinamiche di mercato e suppletiva rispetto a tali dinamiche, riconducibile solo in parte al principio di sussidiarietà orizzontale costituzionale, per la valenza soprattutto sociale di tale principio costituzionale nelle sue letture odierne*

Descritti gli esempi ora esposti, diviene più agevole comprendere che gli strumenti economici (comprensivi della *species* degli strumenti economico-volontari) non sono forme di esternalizzazione, e cioè forme di conferimento di funzioni pubbliche ai privati.

Conferire funzioni ai privati significa dare luogo ad un mutamento soggettivo di chi persegue un obiettivo di interesse pubblico,

⁸⁰ Sul tema cfr. ora per tutti F. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005. Com'è noto il significato principale della perequazione è dato dal riconoscere determinati diritti di edificazione in misura fissa per ogni porzione di suolo, consentendo una circolazione di tali diritti al fine di attuare la pianificazione urbanistica con il concorso dei privati, favorendo il raggiungimento per quanto possibile di equilibri di mercato.

con una somiglianza oggettiva, di disciplina (amministrativa), almeno in molti casi, per i soggetti che svolgono la funzione.

La tipologia di intervento pubblico incentrata sugli strumenti economici tende invece a far perseguire all'amministrazione un ruolo sussidiario nella gestione degli interessi pubblici, facendo agire il privato, spesso – anche se non sempre – secondo sue regole ed opzioni, creando un quadro di riferimento in cui il privato si muove perseguendo il proprio interesse che necessariamente, in tal caso, coincide con l'interesse pubblico.

Non si tratta neppure meramente di lasciar fare, attraverso interventi di integrale liberalizzazione e di sostanziale recesso dell'amministrazione.

Con l'amministrazione tramite strumenti economici l'autorità non recede sostanzialmente dal mercato, regolando le *market failures*, come nelle liberalizzazioni, ma supporta in modo attivo⁸¹ elementi tipici del mercato (come nel caso del supporto a determinati *brand* ambientali), o talora crea *ex novo* mercati (come nel caso dei mercati artificiali), ovvero favorisce forme di autoregolamentazione delle imprese, in cui le dinamiche economiche trovano equilibri di interesse privato coincidenti con gli interessi pubblici.

In termini ancora più semplici, e come è stato ricordato anche in precedenza, il mercato non è l'obiettivo della regolazione, come nella liberalizzazione, ma è lo strumento, disciplinato per perseguire un interesse pubblico; è stato così affermato con chiarezza – limitatamente al settore ambientale – che «gli strumenti economici utilizzano il mercato per combattere l'inquinamento»⁸².

In una prospettiva di analisi economica del diritto, l'amministrazione descritta in questa sede si allontana (ma solo in parte: anche

⁸¹ Sul ruolo attivo dell'amministrazione in questo contesto, con specifico riferimento all'*emissions trading* di cui si dirà in seguito, cfr. M. LIPARI, *Il commercio delle emissioni. Relazione al Convegno "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza"* (Firenze 5 maggio 2006), in www.giustamm.it.

⁸² Comunicazione della Commissione CE COM (2000) 576 def. del 20 settembre 2000, *Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*. Sul punto, cfr. anche per ulteriori, ampie considerazioni S. AMOROSINO, *Ambiente e privatizzazione delle funzioni amministrative*, in AA.VV., *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI e M. ANDRONIO, Firenze, 1999, vol. II, p. 349 e ss.

nei modelli di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici è forte il ruolo dell'amministrazione nel delimitare i confini dell'azione privata) dal modello di *command and control* e si avvicina ad un modello di *network* e di interdipendenza, in cui si raggiungono transazioni ottimali con gli amministrati spesso sulla base di loro iniziative che sono valorizzate⁸³.

Poiché il legislatore trae gli strumenti indicati dal mondo economico – imprenditoriale, ci si riferisce sovente a tali strumenti (lo si è già accennato) come strumenti economici di gestione dell'interesse pubblico; quando poi essi non sono vincolanti nell'*an*, dipendone l'impiego dalle opzioni volontarie degli amministrati, si è proposto di impiegare l'ulteriore subcategoria terminologica degli strumenti economico-volontari.

Il fenomeno ora descritto può essere rappresentato anche come una forma di declinazione dell'amministrazione sussidiaria⁸⁴, tenendo conto che la sussidiarietà ora richiamata è in parte diversa rispetto al concetto costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

Nel linguaggio comune, con il concetto molto esteso di sussidiarietà, in senso orizzontale, dell'amministrazione, si suole esprimere l'intervento dell'amministrazione come intervento minimo, supplemento rispetto alle dinamiche della società civile e dei mercati.

In senso giuridico, il concetto di sussidiarietà orizzontale trova un'espressione precisa nella Costituzione, essendo ivi la sussidiarietà orizzontale riferita – almeno nell'interpretazione attuale, e forse anche per un *self restraint* nell'impiegare parametri di riferimento ispirati ad un maggiore liberismo – a fenomeni di natura più sociale e meno economica, per come tale concetto è richiamato dall'art. 118 ult. comma Cost., ed a livello legislativo nell'art. 4, comma 3, lett. a)

⁸³ Sul tema cfr. L. M. SALAMON (a cura di), *The Tools of Government*, Oxford (OUP), 2002; F. DENOZZA, *Poteri della pubblica amministrazione e interesse degli amministrati*, cit., p. 18.

⁸⁴ Il riferimento all'amministrazione nella locuzione «amministrazione sussidiaria» è un riferimento ovviamente al suo profilo oggettivo, all'attività amministrativa, e non al profilo soggettivo degli apparati amministrativi, essendo tra l'altro assente un apparato dedicato esclusivamente allo svolgimento di amministrazione sussidiaria.

della legge n. 59 del 1997, nonché dall'art. 3 comma 5 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267⁸⁵.

⁸⁵ Si riportano per comodità del lettore, *in parte qua*, gli articoli considerati: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà» (art. 118 ult. comma Cost.); «I conferimenti di funzioni di cui ai commi 1 e 2 avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: // a) il principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati» (art. 4, comma 3, lett. a, legge n. 59 del 1997); «I Comuni e le Province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali» (art. 3, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000). Sulla tematica della sussidiarietà orizzontale, cfr. C. MARZUOLI, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 71 e ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, cit., *passim*; R. BIN, *La funzione amministrativa. Relazione al seminario "Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione"*, svoltosi in Bologna il 14 gennaio 2002, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit.; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2000, p. 9 e ss.; L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, 2006, dove anche un'analisi dell'assenza di un principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento comunitario; per un'analisi dei diversi testi succedutesi nella redazione dell'art. 118 Cost. cfr. P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, p. 46 e ss.; per ulteriori rinvii cfr. Q. CAMERLENGO, *Commento all'art. 118*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, Torino, 2006, vol. III, p. 2333 e ss., dove si propone in luogo della locuzione sussidiarietà orizzontale la locuzione sussidiarietà sociale, ad indicare i limiti dell'ambito di applicazione dell'art. 118. Il principio di sussidiarietà orizzontale è stato applicato anche direttamente dalla giurisprudenza amministrativa, ma soprattutto con riferimento alla necessità di ampliare la legittimazione ad agire, affiancando all'amministrazione la società civile e le sue spontanee associazioni in funzione di controllo sociale sull'operato dell'amministrazione; cfr. per esempio da ultima sul tema Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760, in www.giustizia-amministrativa.it: «In proposito, più di recente, il Consiglio di Stato ha osservato che l'ultimo comma dell'art. 118 Cost. – in particolare il principio di sussidiarietà orizzontale – sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario (C. Stato, Sez. Consultiva per gli atti normativi, 25 agosto 2003, n.1440/2003). // Inoltre, non può ritenersi che la legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste e/o comitati spetti solo per la tutela degli interessi ambientali in senso stretto, in quanto essa, in senso

In tale contesto costituzionale, infatti, si ritiene che l'impresa in quanto tale sia tendenzialmente estranea all'ambito salvaguardato dalla sussidiarietà orizzontale, che attiene più alla tutela dei cittadini in quanto membri della collettività, singoli o associati, che ai cittadini come soggetti operanti nel mercato⁸⁶.

Solo quando l'impresa persegue finalità sociali, quale forma soggettiva neutra, non parrebbe estranea alla salvaguardia prevista dal principio⁸⁷; anche se si danno occasionalmente letture del principio

lato, comprende la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali, l'ambiente in senso ampio, e quindi il paesaggio urbano, rurale e naturale, i monumenti e i centri storici e quindi la qualità della vita»; TAR Puglia-Lecce, 5 aprile 2005, n. 1847: «Il principio di sussidiarietà orizzontale – recentemente introdotto, anche a livello costituzionale (nuovo testo dell'art. 118 quarto comma), nel nostro ordinamento dalla Legge 18 ottobre 2001 n. 3 (di revisione del Titolo V della parte seconda della Costituzione) – se (indubbiamente) necessita di leggi ordinarie di attuazione per realizzare la piena valorizzazione dell'apporto diretto dei singoli cittadini e delle formazioni sociali nella gestione della funzione amministrativa (in modo che l'intervento pubblico istituzionale assuma, effettivamente, carattere sussidiario rispetto all'iniziativa dei cittadini e delle loro libere associazioni), impone, però, immediatamente di privilegiare, tra le esistenti opzioni interpretative, quelle più avanzate in tema di legittimazione ad agire che garantiscono agli stessi soggetti la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'esercizio di detta funzione da parte degli enti pubblici istituzionali a ciò preposti (confronta: TAR Liguria, I Sezione, 18 Marzo 2004 n. 267)».

⁸⁶ «In questa prospettiva, è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale. // Quest'ultima si esprime in forme diverse dall'impresa: l'art. 118 Cost. indica come protagonista del fenomeno il cittadino singolo o associato, le leggi ordinarie n. 59 del 1997 e n. 265 del 1999 collegano la sussidiarietà orizzontale alle famiglie, alle formazioni sociali, alle associazioni e alla comunità, configurando una capacità relazionale che si estrinseca in percorsi e metodiche rispetto alle quali, pur che sia salvaguardato il principio di democraticità implicito alle previsioni dell'articolo 18 Cost., i pubblici poteri non hanno sostanzialmente titolo all'intromissione» (Cons. Stato, sez. atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440, in www.giustizia-amministrativa.it).

⁸⁷ «A prescindere dalla qualità del soggetto è comunque certo che la metodica dell'ausilio finanziario pubblico erogato in ambiti territoriali determinati può essere applicata anche ai fenomeni tipici della sussidiarietà orizzontale purché sussistano tutte le condizioni che implicitamente sono poste dai precetti (costituzionali e ordinari): sussistenza di una attività a cura e iniziativa di cittadini, famiglie, associazioni, comunità che si riveli adeguata e di interesse generale, tipicità della stessa attività e sua riferibilità esclusiva a quei soggetti, giudizio da parte dell'ente pubblico della necessità che il servizio o l'attività possano continuare per beneficio della comunità di riferimento, erogazione dell'ausilio quale forma di concorso per l'implicita utilizzazione dei benefici dall'intera collettività, anche politica, di

di sussidiarietà orizzontale in raccordo con l'art. 41 Cost., e dunque in connessione maggiore con il principio di libertà d'impresa⁸⁸.

Sembra dunque possibile ritenere che l'amministrazione attraverso strumenti economici sia riconducibile al principio di sussidiarietà orizzontale anche in senso costituzionale, almeno in parte.

Si potrebbe obiettare, rispetto a tale valutazione, che il privato nel momento in cui si muove in un contesto amministrato con strumenti economici persegue il suo interesse, per esempio ad acquistare certificati che abilitano alle emissioni di anidride carbonica al minimo prezzo, e per questo verso si potrebbe ritenere che ciò abbia poco a che fare con il principio di sussidiarietà sociale.

In realtà, però, il sistema è già stato conformato così che l'interesse del privato in tale ambito coincida intrinsecamente con l'interesse collettivo (per esempio all'abbattimento dei valori di anidride carbonica); per cui in realtà tale contesto non pare estraneo al si-

riferimento» (Cons. Stato, sez. atti normativi, n. 1440 del 2003, cit., il corsivo è di chi scrive). In questa prospettiva, con riferimento ad un'attività imprenditoriale con finalità sociali, è stato affermato quanto segue: «Non va trascurato infatti che alla base del sistema costituzionale v'è oggi il principio di sussidiarietà orizzontale, che svolge a questo fine un duplice ruolo: consente al paziente la scelta della struttura che ritiene la più idonea nel caso concreto a tutelare il suo diritto alla salute, costituzionalmente protetto; pone sul medesimo piano servizio sanitario pubblico e quello di appartenenza dei privati, con l'ulteriore conseguenza che la distribuzione delle risorse collettive deve essere effettuata sulla base di criteri di convenienza per la generalità dei cittadini. Convenienza fondata sugli indici obiettivi d'anziché esposti e su eventuali altri criteri, specificativi della ratio che è a fondamento del sistema nel suo complesso» (Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6394, in www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, deve essere ricordata una lettura della norma costituzionale in connessione con il diritto comunitario, interpretandosi la norma costituzionale così da riferirla ai servizi di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale (V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà*, cit., p. 4).

⁸⁸ Con riferimento per esempio all'obbligo di una motivazione aggravata in caso di intervento degli enti territoriali in settori economici che funzionano già adeguatamente senza necessità di intervento pubblico: «Si può aggiungere che l'obbligo di motivazione si pone anche con riferimento all'effettiva necessità di un intervento pubblico nell'economia locale che, nel caso in esame, si contrapporrebbe all'iniziativa economica privata, diretta alla lottizzazione e alla commercializzazione, a prezzi mercato e non certo a prezzi agevolati, delle aree da destinare agli insediamenti produttivi, e, come tale, direttamente tutelata non solo dall'art. 41 della Costituzione, ma da quell'altrettanto pregnante principio, di origine comunitaria, di sussidiarietà orizzontale» (TAR Milano-Brescia, 5 febbraio 2003, n. 94, in www.giustizia-amministrativa.it; in senso analogo Id., 19 dicembre 2001, n. 1592, *ibidem*).

stema di sussidiarietà sociale prefigurato dalla Costituzione, in cui l'amministrazione fa svolgere ai privati attività di intrinseco interesse collettivo, sia pure in forma d'impresa.

Sembra dunque possibile ritenere che l'amministrazione attraverso strumenti economici sia una forma di amministrazione sussidiaria, tenendo conto che tale forma di intervento, al di là delle interpretazioni attuali prevalenti del testo costituzionale, trova un riscontro normativo preciso non solo nel dato costituzionale, ma soprattutto nella legislazione specifica sugli strumenti economici, ed economico-volontari, che sarà descritta nei capitoli che seguono (le leggi sui mercati artificiali, ovvero le leggi in materia di valorizzazione di *brand*).

In tale ambito, come si vedrà, e come si è in parte già accennato, il concetto di sussidiarietà che caratterizza queste forme di amministrazione non esprime peraltro solo una valenza suppletiva, nel senso che l'amministrazione tende a ritirarsi ed a lasciare più spazio al sistema privato.

Nell'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici la presenza dell'amministrazione e della disciplina delle attività private è più attiva e pervasiva, talora creando essa stessa mercati prima inesistenti (come nell'*emissions trading*) ovvero valorizzando specificamente strumenti di mercato (come accade per gli strumenti economico-volontari, rispetto ai *brand* ambientali e rispetto ad interventi di autoregolamentazione delle imprese).

In questa prospettiva, vi è una contiguità tra le modalità di funzionamento del concetto di sussidiarietà orizzontale presente nella Costituzione, rispetto al concetto di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici usato in questa sede, quando si consideri che la sussidiarietà orizzontale anche nella Costituzione può essere letta non solo come un intervento dell'amministrazione in via suppletiva, rispetto a ciò che il settore privato non riesca a fare, ma anche come intervento amministrativo volto a creare attivamente un quadro in cui il sistema privato operi secondo dinamiche proprie, ma con risultati favorevoli per l'interesse pubblico⁸⁹.

⁸⁹ In questo senso, è stato affermato che «nella storia delle idee politiche la sussidiarietà è la sussidiarietà delle istituzioni rispetto ai singoli. Quando

Si tratta per questo aspetto di una sussidiarietà propositiva, per così dire, più che di una sussidiarietà come mera supplenza dell'amministrazione.

7. *Forme di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici ed economico-volontari: analogie e differenze rispetto ad altri modelli di amministrazione*

L'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici ed economico-volontari non è oggi ancora un'amministrazione che presenta connotati giuridici fortemente differenziati: la sua diversità attiene più al rapporto che si instaura con il privato, nel senso di amministrare valorizzandolo e valorizzando meccanismi più immediati, tratti dalla realtà economica, di tutela dell'interesse privato, inserendoli in una prospettiva di tutela dell'interesse pubblico.

Sembra importante comunque descrivere tale modello amministrativo, sia perché presenta connotazioni giuridiche autonome, per quanto solo in parte e in modo variegato, come si vedrà nel seguito di questo scritto, sia perché tale modello amministrativo rappresenta una modalità diversa e spesso meno costosa di approccio alla soluzione dei problemi di tutela dell'interesse pubblico che appare importante approfondire, ove si consideri che l'obiettivo della scienza giuridica non può essere solo quello di descrivere un sistema di regole formali, deontologiche come tessuto logico, ma è di compren-

questi non ce la fanno, conferiscono alle istituzioni il compito di risolvere alcuni problemi collettivi. // Nella formulazione delle due disposizioni sopra richiamate, e soprattutto nella seconda» (l'A. si riferisce alla legge Bassanini ed all'art. 118 Cost.) «sono i cittadini che sono sussidiari rispetto alle istituzioni. Sono le istituzioni che "favoriscono" l'autonoma iniziativa dei cittadini, quasi che questa fosse un *posterius* rispetto all'attività delle istituzioni e come se lo spazio per tale iniziativa fosse delimitato dalle istituzioni (anziché il viceversa)» (così G. CORSO, *Una nuova amministrazione?*, cit., p. 310). sulla centralità del ruolo dell'amministrazione anche quando opera con strumenti economici cfr. E. REHBINDER, *Market Based Incentives for Environmental Protection*, in R.L. REVESZ, P. SANDS, R.B. STEWART, *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, cit., pag. 249 e segg.

dere il senso di tale sistema di regole in una prospettiva di efficacia, di costi, e di evoluzione storica⁹⁰.

Dunque l'utilità della categoria – per quanto si tratti di una categoria come si è detto con distinzioni più quantitative che qualitative rispetto ad altri modelli di amministrazione – non si pone solo sul piano giuridico, indicando un modello amministrativo in cui il ruolo del diritto privato è più significativo rispetto ad altri modelli di amministrazione che si avvalgono dei privati (come per esempio nei casi di esternalizzazione delle funzioni).

Si tratta di un'utilità che attiene anche a considerazioni economiche, nel senso che avvalendosi di strumenti economici per la tutela dell'interesse pubblico, si determinano costi di implementazione del progetto pubblico tendenzialmente più ridotti, valorizzando per l'implementazione di tale progetto – sia pure con una rilevante presenza pubblica conformativa, come si è detto – il mercato e i suoi meccanismi di controllo interni attraverso la concorrenza: di tutto ciò si è già detto nel paragrafo che precede.

Si è parimenti detto che l'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici rinviene uno stretto riferimento nel principio di tutela della concorrenza, che trova espressione particolarmente ampia in sede comunitaria⁹¹; per cui le discipline che sviluppano un'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici sono particolarmente frequenti in tale ambito comunitario, nel senso che ivi traggono ispirazione (come per i certificati verdi o per alcuni sistemi di certificazione ambientale, come l'ISO 14001) ovvero talora ivi ricevono una disciplina analitica (come per i certificati inerenti alle emissioni di anidride carbonica ovvero per l'EMAS).

Proprio per l'essere fondata sul mercato e sulla concorrenza, che non hanno limiti nazionali, rispetto ai modelli amministrativi tradizionali, l'amministrazione sussidiaria tramite strumenti econo-

⁹⁰ Sull'insufficienza del metodo giuridico come metodo che pretende di estraniarsi dalle problematiche economico-sociali alla cui soluzione la norma è funzionale cfr. S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2006*, cit., p. 95; sul tema, cfr. più in generale L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, spec. p. 52 e ss.

⁹¹ Sul punto, cfr. per tutti G. CORSO, *Tutela della concorrenza*, loc. cit.

mici può governare attraverso forme di coordinamento con altre organizzazioni territoriali fenomeni internazionali con maggiore facilità rispetto ad altre forme di amministrazione tradizionale⁹².

Descrivendo le differenze e le analogie di questo modello di amministrazione rispetto ad altri modelli tradizionali, sempre più quantitative che qualitative, gli strumenti economici di tutela dell'interesse pubblico si diversificano solo in parte da altri modelli di amministrazione tradizionale flessibile: l'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici è anche flessibile ma esprime tematiche più ampie.

Nell'amministrazione flessibile in senso tradizionale si consentono al privato percorsi amministrativi diversi, sulla base di sue opzioni alle quali l'amministrazione deve rimettersi per svolgere determinate attività (come potrebbe essere il ricorso a strumenti di intervento in forma elettronica nel procedimento anziché cartacea, opzione rispetto alla quale l'amministrazione è tendenzialmente in posizione di passività; ovvero come potrebbe essere l'opzione privata di svolgere una conferenza di servizi preliminare facoltativa – art. 14 *bis* legge n. 241 del 1990 – per orientare la realizzazione di un progetto complesso).

La flessibilità in tali contesti esprime una variabile su un modello di amministrazione tradizionale, di comando e controllo: l'amministrazione consente percorsi diversi in un rapporto amministrativo dove non si valorizzano elementi di mercato.

Nell'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici invece l'amministrazione valorizza iniziative che si sviluppano già sul mercato, in una posizione di maggiore passività non solo rispetto ad alcuni aspetti limitati delle scelte del privato, ma con riferimento all'intero funzionamento del sistema.

È il mercato in questa prospettiva che individua da solo i contesti dove gli interventi sono più convenienti.

Gli interventi economici non si traducono inoltre in una mera conformazione dell'attività privata, fissando limiti alla stessa al fine di verificare che essa sia compatibile con l'interesse pubblico e che si svolga dunque senza danneggiare gli interessi collettivi.

⁹² Sul tema cfr. S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, p. 9 e ss.

Si tratta invece di una disciplina promozionale e non ispirata alla limitazione; in tale disciplina gli strumenti di mercato sono potenziati, o addirittura creati *ex novo* (come accade per i mercati artificiali) e non compressi o limitati.

L'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici si differenzia anche dall'amministrazione tramite sovvenzioni o per incentivi.

In quest'ultima tipologia di amministrazione, l'amministrazione non recepisce modalità di funzionamento proprie del mercato come quelle attinenti all'uso di *brand* per la penetrazione sul mercato ovvero all'uso di forme di *patronage* come in taluni accordi ambientali. Nell'amministrazione per incentivi l'amministrazione è infatti più presente con riferimento alle scelte del privato, influenzando le medesime in modo analitico: l'amministrazione, e non il privato, decide analiticamente cosa sovvenzionare, così che il sistema è più rigido e finisce per esempio per continuare a incentivare azioni ormai meno interessanti. Solo a fronte di una vigilanza intensa da parte degli organismi pubblici è possibile ridurre o eliminare il regime di sovvenzioni quando tale sistema diventa più dispendioso rispetto ai vantaggi che genera, ovvero presenta comunque fenomeni distorsivi.

Un meccanismo di mercato è invece tendenzialmente più veloce ed efficiente nel riconoscere quando sono presenti distorsioni o squilibri, esprimendo tali distorsioni per esempio – lo si ripete – attraverso il prezzo⁹⁵.

L'amministrazione per incentivi in questa prospettiva considera il mercato come un oggetto dell'intervento pubblico, sulla base di direttrici prefigurate dall'amministrazione (si incentiva per esempio un determinato comportamento socialmente utile), mentre l'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici considera il mercato e gli istituti propri del medesimo come un'opportunità, come uno strumento da valorizzare – dopo averlo conformato – per il perseguimento di interessi pubblici.

⁹⁵ Cfr. sul punto le considerazioni svolte in via generale da R. KERRY TURNER, D.W. PEARCE e I. BATEMAN, *Economia ambientale*, Bologna, 2003 (traduzione dell'originale del 1993), p. 92 e ss.

La differenza tra amministrazione per incentivi e amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici è peraltro particolarmente ridotta: dal punto di vista qualitativo le forme di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici possono essere notevolmente accostate all'amministrazione per incentivi, differenziandosi appunto essenzialmente sulla base del ruolo – minore – che in tali contesti incentivati è riconosciuto alla valorizzazione di dinamiche economiche.

L'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici è diversa anche dall'amministrazione per disincentivi, con specifico riferimento alla modalità di internalizzazione dei costi esterni rappresentata dall'amministrazione tributaria: per esempio con riferimento alla previsione di una tassazione aumentata per le attività più inquinanti⁹⁴.

È vero che nell'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici i costi sociali vengono internalizzati nelle imprese, come nella tassazione, ma nell'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici tale internalizzazione avviene con minore rigidità, lasciando maggiore flessibilità e autodeterminazione al sistema.

In particolare, in un sistema di mercato il valore dell'esternalità che viene internalizzata è più difficilmente astratto (come avviene con la determinazione di un importo per la tassazione), e comunque è trasparente, nel senso che il mercato rivela con una certa velocità se l'esternalità è valutata troppo ovvero troppo poco attraverso i suoi meccanismi, trovando equilibri in tempi più rapidi.

I tributi sono invece predefiniti dall'amministrazione, con la conseguenza che solo l'intervento pubblico, più lento e meno efficiente, può verificare se il valore dell'imposta è effettivamente corrispondente al valore dell'esternalità internalizzata⁹⁵.

Con riferimento poi a concreti raffronti tra sistemi di tassazione ambientale e l'uso di strumenti economici di gestione dell'interesse ambientale, è stato altresì osservato nella prassi che il sistema di tas-

⁹⁴ Cfr. sul punto per esempio P. SAMUELSON, W. NORDHAUS, *Economia*, cit., p. 375; con riferimento ad un'esperienza italiana cfr. S. DORIGONI, F. GULLÌ, *La carbon tax italiana*, in *Econ. forti en. amb.*, n. 1, 1999, p. 19 e ss.

⁹⁵ Su questo punto cfr. un'intuizione in D. BEGG, S. FISCHER e R. DORNBUSCH, *Economia*, Milano, 2005, p. 273.

sazione comporta costi più elevati e minori tassi di successo rispetto agli strumenti economici⁹⁶.

A ciò si aggiunga che l'utilizzo dello strumento fiscale gode tradizionalmente di scarso entusiasmo anche nel mondo imprenditoriale, come è ben noto, tanto che la Comunità europea aveva già tentato di utilizzare tale strumento nella lotta ai cambiamenti climatici, attraverso l'imposizione di una *carbon tax* comunitaria, dovendosi arrestare di fronte all'opposizione di diversi paesi membri della Comunità e ripiegare sul più accettabile sistema di gestione delle emissioni di anidride carbonica tramite strumenti economici⁹⁷.

L'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici, come si è accennato, non esprime un intervento necessariamente in contrasto con altri interventi amministrativi, né esprime linee di tendenza dell'intervento amministrativo assolutamente nuove, incrociandosi sovente, come si è detto, con altre tipologie di intervento e presentando numerosi elementi comuni – anche sul piano giuridico – rispetto a tali interventi.

In particolare, l'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici si pone rispetto all'amministrazione tradizionale come una forma di amministrazione incrementale: in molti ambiti – lo si ripete – la flessibilità propria dell'amministrazione sussidiaria trami-

⁹⁶ Cfr. sul punto T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, cit., p. 218 e ss.

⁹⁷ Cfr. sul punto J. WETTESTAD, *The Complicated Development of EU Climate Policy*, in AA.Vv., *Climate Change and European Leadership*, a cura di M. GRUPP, J. GUPTA, Dordrecht (Kluwer), 2000. Lo strumento economico di amministrazione incentrato sul mercato delle emissioni di anidride carbonica viene mutuato in sede comunitaria (come spesso è accaduto) dalla normazione anglosassone, in cui un sistema analogo era presente a partire dal 2002 (cfr. sul punto T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, cit.) essendo il Regno Unito uno degli oppositori più accessi del sistema di *carbon tax*. Tale strumento economico era già stato altresì impiegato con successo negli USA: basti ricordare lo *US Acid Rain Program* sugli ossidi di zolfo, fondato sul titolo IV – A del *Clean Air Act Amendments* nel 1990, nonché il memorandum sullo scambio degli ossidi di azoto adottato da alcuni Stati USA dal 1994 (*Ozone Transport Commission Budget Program*; oggi *Budget Nox Trading Program*): sul punto, oltre ai materiali disponibili sul sito dell'*Environmental Protection Agency*, cfr. R.B. STEWART, *Markets versus Environment?*, *European University Institute*, 1995, p. 10 e segg., AA.Vv., *The Market and the Environment: the Effectiveness of Market-based Policy Instruments for Environmental Reform*, a cura di T. STERNER, Cheltenham [Elgar], 1999); per una sintesi della normativa cfr. E. SHEA, *Environmental law and Compliance Methods*, 2002, New York (Oceana); T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, cit.

te strumenti economici non è utile, essendo necessario comunque garantire standard di base non derogabili e non flessibili; mentre sono le tutele incrementali, migliorative, dell'interesse pubblico, a poter rappresentare un ambito di intervento degli strumenti economici descritti.

Vi sono in altri termini contesti dove l'interesse collettivo è talmente centrale (per esempio con riferimento a tutele minime ambientali) che la valorizzazione dell'interesse privato per perseguire l'interesse pubblico diviene troppo complicata o comunque presenta margini di flessibilità non utili sul piano collettivo.

Segnalando ulteriori punti di contatto e di diversità tra amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici e amministrazione tradizionale, è già stato accennato in precedenza in questo scritto che l'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici si configura come una declinazione dell'attività amministrativa, e non come un *genus* diverso.

Proprio uno dei principali esempi di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici, rappresentato dalla negoziazione dei certificati per le emissioni di anidride carbonica, nasce dall'insufficienza di un approccio totalmente volontaristico, in assenza di limiti amministrativi, alla tutela dell'interesse pubblico ambientale, e non inquadrato in un sistema amministrativo tradizionale.

Nella convenzione quadro sui cambiamenti climatici del 1992 (FCCC – *Framework Convention on Climate Change*) erano infatti contenuti impegni non vincolanti sulla riduzione di emissioni di gas ad effetto serra per i paesi più sviluppati, e proprio per l'insoddisfazione circa lo stato di attuazione di tale convenzione si è giunti al protocollo di Kyoto nel 1997 ed alla previsione ivi di impegni vincolanti nell'*an*, sul livello di riduzione, accompagnati dall'istituzione di un mercato dei permessi, come strumenti di mercato per definire il *quomodo* circa tale riduzione.

Ma anche il *quomodo* circa la riduzione delle emissioni vede per alcuni aspetti una presenza dell'amministrazione tradizionale, nella definizione di un quadro generale di riferimento, essendo presidiati da strumenti di amministrazione imperativa l'assegnazione originaria delle quote di emissione (attraverso uno strumento pianificato-

rio) e l'effettiva corrispondenza dei certificati inerenti alle quote di emissione rispetto alle emissioni effettivamente causate (attraverso controlli tradizionali, sia pure di secondo grado come si dirà nel capitolo seguente).

In sostanza, come è stato già più volte evidenziato, amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici ed amministrazione tradizionale si intrecciano significativamente, pur esprimendo logiche diverse di intervento.

8. *Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: limiti e utilità di una (parziale) dicotomia*

Si è detto che l'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici si traduce nell'amministrare valorizzando meccanismi propri del mercato, incentrati in buona parte sul diritto privato, per quanto inquadrati in un contesto pubblicistico.

Anche nel seguito di questo contributo la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato tornerà con riferimento all'analisi degli istituti che saranno descritti.

Si rende necessaria perciò una breve discussione sull'utilità e sui limiti di tale distinzione, nonché – a fronte dei numerosi possibili criteri di distinzione, parziale, tra questi due ambiti – sugli elementi che possono essere impiegati nel momento in cui a tale distinzione si fa riferimento.

Si premette subito che, per quanto tale distinzione sia divenuta sempre più labile e parziale, essa è una distinzione che sussiste da sempre e che è costantemente utilizzata in sede giurisprudenziale e dottrinale⁹⁸: la qualificazione di un atto come atto amministrativo ovvero come atto privato comporta evidentemente l'applicazione di

⁹⁸ Di recente cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., *passim*, dove si rammenta che «circa poi la critica alla distinzione tra atti di diritto pubblico e di diritto privato provenienti dall'amministrazione, sembra difficile considerare omogenee, ad esempio, la stipula di un contratto di locazione liberamente sottoscritto di un edificio di proprietà privata e la requisizione di quel medesimo edificio» (p. 18). Sul punto anche per rinvii cfr. ora E. MAURO, *Note in tema di diritto amministrativo paritario*, Lecce, 2007.

una disciplina fortemente differenziata, con specifico riferimento, per esempio, alla disciplina in tema di vizi (relativamente, tra l'altro, all'eccesso di potere o al rispetto dell'obbligo di motivazione), alla disciplina in tema di autotutela, ovvero con riferimento alla disciplina in tema di silenzio ed in tema di tutela giurisdizionale.

È poi vero che ad un modello di atto privato o amministrativo si sovrappongono sovente e si intrecciano, più o meno armonicamente, elementi di disciplina propri dell'altro modello, o comunque peculiari⁹⁹: ciò non toglie che per le parti non disciplinate espressamente, si ripropone sovente la necessità di valutare quale sia la disciplina di riferimento – almeno tendenziale – dell'atto, per integrare le spesso scarse indicazioni normative, sicché – come si è detto – la giurisprudenza e la dottrina continuano ad utilizzare tale categoria giuridica, anche perché essa è prevista espressamente dalla legge, e si continua a distinguere tra atti amministrativi e atti privati, fermo restando – lo si è già accennato – che vi sono contaminazioni tra le due discipline spesso non facilmente districabili¹⁰⁰.

Sul punto, occorre riprendere brevemente quanto già illustrato in altra sede¹⁰¹, dove si è proposto che sia il diritto applicabile, come diritto amministrativo, a caratterizzare un atto come atto amministrativo¹⁰², caratterizzandosi il diritto amministrativo come espres-

⁹⁹ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 243; in senso contrario alla possibilità di una qualificazione normativa della categoria del provvedimento e dell'atto amministrativo che si deduce ormai troppo disgregata, ed a favore di una nozione meramente descrittiva («non si tratta di una nozione normativa, ma di una nozione descrittiva») di tale categoria, ritenendo però che essa «serve a sintetizzare le regole a cui sono normalmente sottoposti gli atti di esecuzione dei poteri amministrativi», cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. CASSESE, I, Milano, 2003, p. 805 e ss. (le citazioni sono tratte rispettivamente da p. 806 e 807).

¹⁰⁰ Per cui è stato affermato efficacemente che «a distinct body of law is less useful in controlling mixed administrations than mixtures of law» esistendo «good reasons [...] to encourage the cross fertilisation of public and private law principles» C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and administration*, cit., p. 251. Si pensi in questa prospettiva agli accordi ex art. 11, legge n. 241 del 1990, dove si intrecciano fortemente diritto amministrativo e diritto civile.

¹⁰¹ A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000, *passim*.

¹⁰² Sul punto, oltre alle sentenze richiamate nel contributo di cui all'ultima nota cfr. per esempio Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 2003, n. 5241, in www.

sione dei caratteri fondamentali dell'amministrazione, come soggetto esponenziale di interessi collettivi, per quanto tale diritto – riconoscibile comunque per la caratteristica indicata – sia applicabile talora a soggetti privati, i quali sono disciplinati, negli ambiti in cui sono soggetti al diritto amministrativo, come se fossero amministrazioni, come se presentassero le caratteristiche di eteroreferenzialità di cui si è detto.

È poi vero che, con riferimento al concetto di pubblica amministrazione, una definizione come quella proposta, per quanto ampia e ancorata alla figura costituzionale dell'amministrazione (come soggetto in continuità con l'apparato rappresentativo), può non essere ritenuta sufficiente all'interno di impostazioni volte a ricercare una compiutezza analitica del concetto che non è riscontrabile con riferimento alla maggior parte dei concetti fondamentali utilizzati nel diritto¹⁰⁵.

giustizia-amministrativa.it: «Ritiene il Collegio di potere richiamare l'indirizzo, già espresso dalla Sezione sulla scia di pregresse elaborazioni anche giurisprudenziali (Corte cost. n. 466/93), inteso a valorizzare *le peculiarità del regime giuridico* cui sono assoggettate talune strutture che, ad onta della veste societaria assunta, non smarriscono una intensa connotazione pubblicistica (sez. VI, n. 1206/2002; 1303/2002)» (il corsivo è di chi scrive), con riferimento alla procedimentalizzazione come elemento di disciplina che rappresenta un indice sintomatico di pubblicità. La sentenza letteralmente, nel frammento citato, si riferisce al regime giuridico del soggetto, ma come di consueto si tratta di una sorta di metonimia, riferendo al soggetto considerazioni che poi sono sviluppate giuridicamente con riferimento al solo oggetto, e cioè al regime dell'atto; per cui l'effetto giuridico dell'affermazione del supremo giudice amministrativo non è di ritenere che il soggetto sia veramente un ente pubblico, sottraendolo alla disciplina societaria (ivi comprese le norme sui beni e sul rapporto di lavoro) ma è invece di pubblicizzare gli atti di tale soggetto.

¹⁰⁵ Cfr. sul punto per esempio ora l'impostazione di B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., p. 807. In senso parzialmente diverso, sul fatto che «la pubblica amministrazione è un vero e proprio istituto giuridico nel senso di sintesi di una normativa» e sul fatto che con riferimento alle definizioni della pubblica amministrazione, vi è una «base comune» pur essendo le definizioni «per alcuni aspetti, a geometria variabile», cfr. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, cit., rispettivamente p. 196 e p. 207. In una prospettiva in cui l'elemento soggettivo (l'essere un soggetto una pubblica amministrazione, in senso sostanziale) è elemento centrale per la qualifica di atti come atti amministrativi, poiché «se l'ente è pubblico l'uso del diritto amministrativo è la regola, l'uso del diritto privato una eccezione che deve essere normativamente prevista», cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 81; in senso analogo chi scrive ha già in altra sede evidenziato che in linea di principio «il legislatore, nel momento in cui individua l'attività istituzionale di un soggetto

Eppure il concetto, come gli altri concetti generali di diritto amministrativo, e come lo stesso concetto di atto amministrativo (di ciò si è detto), viene costantemente usato in sede giurisprudenziale, normativa e dottrinale e da esso discendono conseguenze rilevanti, indicando una figura anche normativamente per numerosi profili diversa da altre figure privatistiche.

Chi scrive ritiene che la complessità e l'elasticità di alcuni concetti giuridici non debba necessariamente comportare una rinuncia a conferire ai medesimi un significato, per quanto tale significato sia ampio e per quanto sia noto che i significati normativi (soprattutto degli istituti centrali nei diversi settori del diritto) sono sempre stati, ma soprattutto oggi, significati – cornice, che raccolgono una serie di significati connessi spesso da macroelementi comuni, e non concetti assolutamente ed analiticamente univoci¹⁰⁴.

Anche in diritto privato dopo un periodo in cui si sostenne la disgregazione e l'inutilità di alcuni concetti fondamentali di tale diritto (come per esempio il diritto di proprietà), successivamente si è ritenuto che sussistano concetti cornice la cui utilità non è solo terminologica ma è normativa¹⁰⁵.

Si è già detto che l'utilità di tali categorie – cornice è evidente quando si pensi che la qualificazione di un atto come amministrativo ovvero di un ente come ente pubblico comporta l'applicazione tendenziale di una disciplina definita, che è del tutto diversa qualora l'atto o l'ente siano di diritto privato. Ciò è d'altro canto dimostrato dall'estrema difficoltà di discettare prescindendo da tali categorie, anche quando le si avversa.

pubblico, intende evidentemente sottoporre tale attività al diritto pubblico ed alle garanzie proprie di quest'ultimo» (A. LOLLI, *Le società a partecipazione pubblica come possibile elemento dell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. econ.*, 1994, p. 113). Sul tema si tornerà in seguito in questo stesso paragrafo.

¹⁰⁴ È stato così affermato che «quasi tutti gli insiemi del mondo reale sono imprecisi, a differenza di quelli in matematica» (B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI [a cura di], *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 303).

¹⁰⁵ Sul tema cfr. anche per rinvii C.M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, 1999, p. 165 e ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. I diritti reali*, Torino, 1988, p. 50 e ss. Sul tema solo in parte analogo del rapporto tra i principi, come importanti concetti-quadro, e le regole analitiche, cfr. in diritto costituzionale G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

Quanto sopra non significa che una volta individuato il sistema di riferimento (amministrativo o privato) si dia luogo ad applicazioni meccaniche di tale sistema: l'applicazione di discipline tendenziali (diritto amministrativo, diritto privato), deve essere sempre valutata rispetto alla disciplina specifica di diritto positivo che il legislatore offre per il contesto peculiare cui si riferisce.

Tale disciplina specifica di diritto positivo – e cioè la normativa sui singoli atti che vengano in discussione – è peraltro sovente estremamente scarna, per cui la disponibilità di un quadro di riferimento (amministrativo o privato) è un elemento di semplicità e di coerenza del sistema che pare difficilmente rinunciabile, se il diritto deve essere uno strumento impiegabile utilmente per risolvere efficacemente conflitti sociali, a prescindere dall'essere anche oggetto di analisi per gli studiosi.

In sostanza, tra un estremo in cui si affermano concetti rigidi ed analitici e l'altro estremo in cui si rinuncia a definire determinati concetti, ovvero si ritiene che si tratti di concetti privi di valore normativo, vi è una via di mezzo che è peraltro quella seguita molto frequentemente, talora inconsapevolmente, dai giuristi, data dall'individuare appunto concetti-cornice¹⁰⁶.

Ritornando dunque agli elementi che si rende necessario ricercare per qualificare un atto come amministrativo ovvero come atto privato, ferme restando le commistioni che si sono sempre verificate tra i due regimi di disciplina, deve essere sottolineato in primo luogo che tali elementi non esprimono una caratterizzazione ontologica, ma una caratterizzazione deontologica, dipendente dal diritto applicabile; per cui non rileva che taluno si sottoponga in via di fatto, volontariamente o pattiziamente, a procedure amministrative quando

¹⁰⁶ Sul tema, per una critica allo scetticismo interpretativo radicale ed alla sua non utilità (in quanto tendenza – peraltro argomentatamente sostenuta anche in sede filosofica – volta ad evidenziare per taluni concetti giuridici fondamentali la relativa inutilizzabilità per il relativo carattere eccessivamente elastico), e per la necessaria persistenza di concetti-cornice nell'interpretazione del diritto, i quali pur essendo concetti elastici delimitano comunque un ambito di riferimento normativo e non sono concetti privi di significato normativo (come sarebbe necessario concludere qualora si sostenga una disgregazione di tali concetti) cfr. per tutti, anche per ulteriori rinvii, con argomentazioni molto chiare R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, spec. p. 55 e ss.

a tali procedure non sia tenuto in una prospettiva deontologica, in quanto esse non siano prescritte da una norma¹⁰⁷.

Esprimendo considerazioni più generali, ciò non significa che la caratterizzazione formale (cioè il diritto che il legislatore impone come diritto applicabile) possa prescindere totalmente da elementi sostanziali: per questa ragione è stata affermata l'impossibilità di dare veste formalmente ed interamente pubblica a soggetti privati¹⁰⁸, in assenza di qualunque nesso sostanziale di tali enti con l'amministrazione, conseguendone l'impossibilità di pubblicizzare i medesimi, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale con riferimento al sistema IPAB¹⁰⁹.

Tuttavia, all'interno di determinati macrolimiti sostanziali è il legislatore che formalmente qualifica un'attività come pubblica o privata, come avvenuto nel settore del pubblico impiego¹¹⁰, ovvero

¹⁰⁷ È stato così rilevato che «ai fini del riparto di giurisdizione, non può rilevare l'adozione, ancorché libera e non obbligata, di una procedura di evidenza pubblica da parte della amministrazione aggiudicatrice, in quanto altrimenti ciò renderebbe di fatto così la stessa p.a. arbitra di scegliere, in prospettiva, la giurisdizione che preferisce (Cass. sez. unite, n. 17635/2003 e Cons. Stato, ad. plen. n. 9/2004)» (TAR Campania, Napoli, 21 marzo 2007, n. 2600, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁰⁸ Cfr. sul punto anche per citazioni della giurisprudenza costituzionale V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, Atti del Convegno svoltosi in Palermo in data 13 maggio 2005, a cura di S. RAIMONDI e R. URSI, Torino, 2006, p. 14 e ss.; sul necessario limite sostanziale alla pur ampia discrezionalità del legislatore nella scelta tra diritto pubblico e diritto privato cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 9 e ss.

¹⁰⁹ Sui limiti che il legislatore incontra nel voler pubblicizzare soggetti privati, con riferimento al caso IPAB, è nota Corte cost. 7 aprile 1988, n. 396, in www.cortecostituzionale.it.

¹¹⁰ Per una critica ai recenti orientamenti del legislatore, affinché da un lato cessi di creare discipline ibride e confuse, con riferimento a forme di privatizzazione commiste a diversi elementi di diritto pubblico (cfr. art. 1, comma 1 *ter*, legge n. 241 del 1990), e dall'altro lato comprenda che il diritto amministrativo offre maggiore garanzia agli amministrati rispetto al diritto privato (con riferimento tra l'altro all'art. 1, comma 1 *bis* della legge n. 241 del 1990), cfr. F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 649 e ss.; Id., *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 22 e ss.; sul punto cfr. anche L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, p. 131 e ss.; A. POLICE, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, ivi, p. 157.

con riferimento alle gare di alcuni soggetti pubblici che intervengono in economia: già gare private per gli enti pubblici economici, gare pubbliche oggi – paradossalmente – per le società assimilabili alle amministrazioni, derivate dalla privatizzazione di tali enti pubblici economici.

All'interno dei macrolimiti sostanziali citati, il sistema normativo di riferimento, pubblico o privato, fissato dal legislatore, dipende spesso più che da ragioni di coerenza dogmatica da molteplici ragioni: talora il regime di disciplina pubblica viene scelto per mantenere un sistema di *accountability*, accettando l'appesantimento dell'azione che da tale sistema consegue, come accade per gli organismi privati di diritto pubblico; talora viene scelto un regime privato, per accentuare gli elementi di semplicità e velocità dell'azione, rinunciando ad una maggiore verificabilità, come accade per il pubblico impiego privatizzato.

In secondo luogo, deve rilevarsi che al fine di determinare un sistema concettuale di riferimento di un istituto non sono utilizzabili sistemi meccanici di qualificazione, ma trattandosi di concetti solo parzialmente determinati, e talora ambivalenti, l'interpretazione deve articolarsi su un'analisi complessiva, volta a riscontrare la volontà del legislatore (art. 12, disp. prel. c.c.).

Stante la difficoltà di un'analisi siffatta, come accade in altri ambiti del diritto amministrativo (con riferimento agli enti pubblici ovvero all'eccesso di potere, per esempio) si impiegano sovente elementi sintomatici messi in luce utilmente dalla dottrina nel corso del tempo e rappresentati per gli atti amministrativi – ricordandone i principali – dalla funzionalità¹¹¹, dall'imperatività, dalla previsione di tali atti all'interno di una fonte legislativa, dalla procedimentalizzazione, dalla sottoposizione alla giurisdizione amministrativa¹¹², dalla provenienza da un'amministrazione *tout court*¹¹³ ovvero – in

¹¹¹ Sul punto, cfr. anche per rinvii B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.

¹¹² Sull'importanza di questo elemento di riconoscimento cfr. G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 75.

¹¹³ Si è già detto in precedenza del diritto amministrativo come diritto normale dell'amministrazione; sul punto si tornerà in seguito anche con riferimento alle innovazioni introdotte dalla legge n. 15 del 2005.

epoca più recente – da un soggetto ad essa assimilabile per taluni ambiti.

È importante sottolineare che si tratta appunto di elementi sintomatici, e non di elementi meccanici, per cui è sempre necessaria anche in presenza di tali elementi ausiliari dell'interpretazione una valutazione generale complessiva della disciplina e della sua *ratio*.

Proprio tale valutazione complessiva consente di comprendere i diversi indirizzi interpretativi da parte della giurisprudenza, la quale raggiunge diversi punti di equilibrio a fronte magari di una disciplina specifica invariata, nel momento in cui si affermano nuovi concetti generali interpretativi (come è avvenuto con riferimento all'affermarsi della categoria degli atti amministrativi di soggetti privati).

Con specifico riferimento alla funzionalità, per esempio, deve rilevarsi che tale elemento è tra i più importanti tra quelli citati, ma che tale caratteristica non è sovente ricordata dal legislatore, che individua talora invece altre caratteristiche dell'atto (come l'imperatività, o la necessaria previsione legislativa, o la sottoposizione alla giurisdizione amministrativa), dalle quali è possibile ricavare il valore amministrativo dell'atto medesimo (e la conseguente funzionalità).

Talora poi si pongono atti o comunque attività funzionali rispetto ad interessi pubblici che non sono atti ed attività amministrative, poiché in tali casi la funzionalità non si raccorda ad una disciplina propriamente amministrativa, tesa ad esprimere la specificità del soggetto che pone in essere tale attività come soggetto amministrativo o comunque strettamente raccordato alla pubblica amministrazione e all'interesse collettivo¹¹⁴.

¹¹⁴ Si pensi, per esempio, all'art. 2, d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, sulle fondazioni bancarie, nella parte in cui tale articolo individua, per l'azione delle fondazioni, esclusivamente obiettivi di interesse pubblico rappresentati da «scopi di utilità sociale» e dalla «promozione dello sviluppo economico» («Le fondazioni sono persone giuridiche private senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale. Perseguono *esclusivamente* scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto dai rispettivi statuti»; il corsivo è di chi scrive). Sulla possibile qualificazione privatistica degli atti delle fondazioni bancarie, almeno per quelle fondazioni non riconducibili neppure in astratto alla nozione di organismo di diritto pubblico, cfr. F. MERUSI, *Sull'incerta natura delle*

Inoltre in diversi casi l'atto è disfunzionale ma resta comunque amministrativo e pienamente efficace (come nel caso in cui non sia contestato nei termini di impugnazione), dal che si desume che la funzionalità è un elemento certamente molto importante della disciplina, e molto utile a fini normativo – classificatori, per ricavarne una disciplina di riferimento, ma non è elemento assoluto e costitutivo, necessario per così dire, della figura giuridica dell'atto amministrativo; mentre – lo si è detto – solo l'inapplicabilità del diritto am-

*fondazioni bancarie. Commento al regolamento del Ministero dell'economia e delle finanze 2 agosto 2002, n. 217, in Giorn. dir. amm., 2002, p. 1147; e d'altro canto il Consiglio di Stato, sez. cons. atti normativi, parere 1 luglio 2002, n. 1354/2002, in www.giust.it, n. 7/8 – 2002, aveva affermato in linea generale – punto II.6 della motivazione – «il generale principio esegetico della piena attuazione dell'autonomia privata delle fondazioni bancarie nella parte in cui essa non è espressamente limitata dalla legge»; sulla funzionalizzazione dell'attività privata nel settore no profit cfr. ora ampiamente P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, spec. p. 287 e ss. Quelle previste dal legislatore sono dunque prefigurazioni funzionali (i fini determinati per le fondazioni bancarie sono «di interesse pubblico»: così Cass., sez. trib., 17 dicembre 2003, n. 19365, in *CED Cass.*) che non si incarnano in una disciplina amministrativa specifica in senso proprio, e che perciò rappresentano funzioni private, come ha affermato la Corte costituzionale nelle note sentenze sulla natura delle fondazioni bancarie 29 settembre 2003, n. 300 e n. 301 (in www.cortecostituzionale.it). Si rileva in tali sentenze la «destinazione della sua» (della fondazione) «attività a scopi esclusivi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico», e si osserva prendendo in considerazione la disciplina complessiva che l'attività di tali soggetti è espressione dell'«organizzazione delle libertà sociali» (sentenza n. 50 del 1998), non delle funzioni pubbliche», conseguendone che si tratta di attività private rivolte a fini pubblici, e cioè di funzioni private, rette da un sistema di disciplina privato ben diverso dal sistema amministrativo. Sul tema, cfr. per tutti F. MERUSI, *Diritto contro economia*, cit., p. 73; per altri esempi di attività privata finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, ma priva di una disciplina analitica complessiva di natura amministrativa, e dunque ritenuta privata, cfr. C. ALVISI, *Pubblico e privato nei sistemi autoregolamentari. Il problema dei controlli sull'autonormazione nel settore della pubblicità commerciale*, in *Resp. com. impr.*, 1999, p. 463 e ss.; sul punto, v. anche A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 376, con riferimento alla certificazione delle società di revisione dei bilanci. Sull'opportunità di valutazioni articolate e non di applicazioni quasi meccaniche di requisiti determinati, per valutare la pertinenza amministrativa di una disciplina, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit.; ID., *Le funzioni*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, p. 27 e ss., laddove si ricorda che «il paradigma funzionale non giustifica una meccanica ed integrale applicazione dei principi e delle regole generali del diritto amministrativo. L'ordinamento, infatti, dispone di varie tecniche per garantire la cura dell'interesse generale o collettivo, anche quando affidata a soggetti di diritto privato o a cittadini singoli o associati».*

ministrativo all'atto comporta sempre l'impossibilità di qualificarlo come atto amministrativo.

Si è detto della provenienza da una pubblica amministrazione come elemento sintomatico della natura amministrativa degli atti.

Sotto quest'ultimo aspetto si ricorda che secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato anche soggetti privati possono emanare atti amministrativi, essendo sotto tale profilo assimilabili tali soggetti privati alla pubblica amministrazione, per opzione normativa circa i caratteri oggettivi dell'attività svolta, proceduralizzata, quale espressione sovente dell'influenza sostanziale che l'amministrazione esercita su tali enti¹¹⁵, ma anche in conseguenza di forme di disciplina che determinano tali soggetti come ausiliari prossimi dell'amministrazione, ad essa per diversi aspetti equiparati.

¹¹⁵ Si tenga conto – lo si ripete – che altro è un'assimilazione, più o meno limitata (per esempio con riferimento all'aspetto oggettivo), altro è la considerazione di tali soggetti come pubbliche amministrazioni in senso pieno: sul punto com'è noto la dottrina è divisa. Per una prospettiva di assimilazione limitata al dato oggettivo, con necessità di valutare caso per caso i confini di tale assimilazione, e senza possibilità di ritenere sussistente un'assimilazione soggettiva, cfr. anche per ulteriori rinvii R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 205 e ss.; G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 97 (in cui si discute di «improprie operazioni di riqualificazione pubblica dei soggetti privati»); F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., M.G. ROVERSI-MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, 2004, p. 60 e ss.; per una prospettiva radicale in senso pubblicistico cfr. anche per rinvii A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., *passim*, specie p. 429. Da rilevare che se la giurisprudenza sembra – talora – aderire alla tesi della natura pubblicistica delle società private che emanano atti a regime amministrativo, tali affermazioni rappresentano più affermazioni riassuntive con portata semplificante, che affermazioni con una valenza giuridica, trattandosi spesso tra l'altro di meri *obiter dicta*. In questo senso, la giurisprudenza pur sembrando affermare talora l'esistenza della figura dell'ente pubblico in forma societaria si limita poi ad applicare solo alcuni elementi di tale disciplina, che sembrano in realtà dettati più per garantire una corretta erogazione del denaro pubblico (come per esempio la sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei Conti) ovvero per affermare in modo riassuntivo l'applicabilità di una parte della disciplina amministrativa agli atti, mentre non vengono tratte da tale affermazione di principio le conseguenze che sarebbero logicamente necessarie, ove il significato reale delle considerazioni giurisprudenziali corrispondesse alla lettera delle medesime, conseguenze tra l'altro difficilmente immaginabili stante la disciplina strutturale esplicitamente civilistica e non pubblicistica di tali enti.

In particolare, il nesso di disciplina tra amministrazione, soggetti privati ad essa equiparati a taluni fini e atti amministrativi emanati da questi ultimi, può essere estremamente diversificato: tale nesso può esprimere una dominanza sostanziale da parte di un ente sicuramente pubblico sul soggetto privato, per soddisfare esigenze di interesse non industriale o commerciale, come per gli organismi di diritto pubblico¹¹⁶, dominanza che si riflette oggettivamente sul regime di alcuni atti per la disciplina ad essi applicabile; può essere un raccordo dato dal conferimento da parte pubblica di poteri di preminenza sul settore, tramite l'attribuzione di diritti speciali od esclusivi nei settori c.d. speciali¹¹⁷; ovvero può essere un nesso incentrato su un raccordo con soggetti pubblici meramente finanziario, come per le gare bandite con finanziamenti pubblici prevalenti ai sensi del codice appalti, essendo in tali casi assoggettati gli atti del finanziato a disciplina amministrativa¹¹⁸; ovvero può trattarsi di un richiamo espresso all'applicabilità della disciplina amministrativa, come per le società che istruiscono l'erogazione dei finanziamenti pubblici di cui al d. l. 22 ottobre 1992, convertito con legge 19 dicembre 1992, n. 488¹¹⁹, la cui attività rappresenta attività istruttoria per l'erogazione delle sovvenzioni da parte dell'amministrazione, essendo tale attività istruttoria espressamente sottoposta alla disciplina amministrativa¹²⁰; ovvero può trattarsi di un'equiparazione in ambito giustiziale, potendo trarsi da tale equiparazione la volontà del legislatore di sottoporre al diritto amministrativo gli atti devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo, quale giudice naturale di tale

¹¹⁶ Art. 3, comma 26, codice appalti.

¹¹⁷ Art. 3, comma 29, codice appalti.

¹¹⁸ Art. 32, comma 1, lett. d codice appalti.

¹¹⁹ TAR Campania Napoli, sez. I, 26 ottobre 1998, n. 3304, in *Trib. amm. reg.*, 1998, p. 4565 e ss.

¹²⁰ Art. 1, comma 5, d.m. 20 ottobre 1995, n. 527: «La convenzione deve altresì riservare al Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato l'adozione di disposizioni in merito ai termini del procedimento e all'individuazione del responsabile dello stesso ed in genere di applicazione dei principi direttivi dei capi I, II, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241». La norma si riferisce alla convenzioni tra banca che svolge l'istruzione ed il Ministero che affida tale attività.

diritto¹²¹; ovvero potrà trattarsi di un nesso legato all'attribuzione a soggetti privati di compiti da parte dell'amministrazione, sulla base della legge, in funzione ausiliaria in senso lato rispetto alle funzioni dell'amministrazione, specie nel momento in cui le norme per la selezione di tali ausiliari sono disciplinate con modalità almeno in parte analoghe a quanto accade per i pubblici dipendenti, richiamando così un quadro di riferimento di diritto amministrativo¹²².

In un sistema in cui anche i soggetti privati emanano atti amministrativi, come ormai ammette in modo consolidato la giurisprudenza, la qualificazione soggettiva dell'ente che emana l'atto come ente pubblico vero e proprio rimane elemento centrale solo in senso interpretativo. Ci si riferisce alla centralità, per comprendere la normativa sull'atto amministrativo e il concetto di diritto amministrativo, della figura dell'amministrazione come soggetto eteroreferenziale, rappresentativo di interessi collettivi, da un lato, la cui azione deve essere sottoposta a verifiche proprio per tale carattere rappresentativo (come per ogni rappresentante), ma che dall'altro lato gode di prerogative – specie in sede giurisdizionale, per esempio, attraverso i noti limiti, per quanto in diminuzione, esistenti per il potere giurisdizionale sull'amministrazione – stante l'afferenza dell'amministrazione ad uno dei tre poteri fondamentali dello Stato.

Tale profilo soggettivo finisce per diventare non un dato in concreto costitutivo, sempre presente necessariamente, ma un dato imprescindibile solo in astratto, per un'analisi del carattere amministrativo della disciplina sull'atto¹²³.

¹²¹ È già stata descritta in precedenza l'importanza di tale previsione giuridica per ritenere amministrativi gli atti dei soggetti comunque tenuti all'applicazione di procedure di evidenza pubblica.

¹²² Si pensi all'attività del notaio con riferimento alla redazione di atti pubblici o a quella dell'avvocato nella certificazione delle firme in ausilio all'attività processuale: sul tema cfr. ora anche per rinvii A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 276 e ss.

¹²³ Cfr. di nuovo A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, cit., p. 268 e ss., dove si rilevava che per quanto da un lato fosse sistematicamente più corretto che soggetti privati emanassero atti privati, a disciplina parzialmente amministrativa, e non atti amministrativi *tout court*, dall'altro lato si osservava che il giudice amministrativo era più aduso ad applicare il diritto amministrativo, con la conseguenza che probabilmente gli atti dei soggetti privati sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo sarebbero stati

Rinunciare del tutto all'elemento soggettivo quale elemento interpretativo, perdere completamente il nesso tra amministrazione e atto anche in sede interpretativa, e sviluppare una tesi interpretativa incentrata unicamente sull'obiettivo di interesse pubblico che il legislatore affida a determinati soggetti è certamente possibile¹²⁴, ma crea problemi interpretativi non facili da risolvere, poiché ciò significa spiegare con difficoltà l'esistenza di procedimenti privati e le attività – sottoposte al diritto privato – di soggetti privati con finalità pubbliche¹²⁵.

In questa prospettiva, l'attenzione interpretativa all'elemento soggettivo ed ai suoi caratteri, in quanto elemento fondamentale per la comprensione del sistema di diritto amministrativo, consente

qualificati come atti amministrativi per semplicità, rappresentando la semplicità un indubbio elemento di sviluppo e di interpretazione del diritto, al pari della correttezza sistematica di un'interpretazione.

Per un'impostazione più ancorata al rigore teorico ed alla necessità che gli atti amministrativi siano emanati tendenzialmente da pubbliche amministrazioni, e non da soggetti privati, ferma restando l'opportunità di sottoporre alla giurisdizione amministrativa i medesimi, cfr. ancora R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 206 e ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 191 e ss.

Diversamente, sulla necessità di non ritenere il diritto amministrativo come diritto normale dell'amministrazione dopo l'art. 1, comma 1 *bis*, legge n. 241 del 1990, cfr. G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, cit. il quale peraltro ricorda che nella maggior parte dei casi in cui l'amministrazione agisce è la normativa che – caso per caso – impone tale qualificazione, rendendo sostanzialmente molto ristretta la possibilità di applicare l'art. 1, comma 1 *bis* della legge n. 241 del 1990. In senso diverso, sul diritto amministrativo come diritto normale dell'amministrazione pubblica cfr. come si è già ricordato F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 81.

¹²⁴ F. DE LEONARDIS, voce *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 2303, il quale utilizza al riguardo il termine *mission*, tratto dal linguaggio economico.

¹²⁵ Si è già accennato al tema delle funzioni private; più in generale, sulla possibilità di un'amministrazione di diritto privato, come amministrazione non difforme dalle norme costituzionali, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e riforme*, in www.grupposanmartino.it. La Corte costituzionale peraltro esprime orientamenti che appaiono meno possibilisti sul punto, sottoponendo i casi in cui l'amministrazione pubblica è disciplinata dal diritto privato (come nel pubblico impiego privatizzato) ad una valutazione circa il corretto bilanciamento tra imparzialità ed efficienza, al fine di verificare se si tratta di un equilibrio coerente con l'art. 97 Cost., anziché semplicemente ritenere che l'art. 97 Cost. non impone alcuno statuto pubblicistico all'azione amministrativa (Corte cost., 25 luglio 1996, n. 311, Id., 16 ottobre 1997, n. 309; Id., ord. 30 aprile 1998, n. 155; tutte in www.cortecostituzionale.it).

di distinguere tra forme di procedimentalizzazione apparentemente identiche, ma in realtà ben diverse.

Talora per esempio i procedimenti cui è obbligato il privato si incentrano su una logica pubblicistica, legata al raffigurare l'agente come un soggetto che si pone come portatore in tale contesto di interessi collettivi, essendo allora applicabile la legge n. 241.

Talora invece i procedimenti privati non sono frutto dell'assimilazione del privato ad una pubblica amministrazione, e la necessità di rendere verificabile l'azione del privato (necessità alla base della disciplina procedimentale) trova giustificazioni diverse dalla volontà di assimilare il privato all'amministrazione come soggetto eteroreferenziale e rappresentativo degli interessi collettivi (si pensi per esempio ai numerosi procedimenti privati inerenti all'accesso alla negoziazione nei mercati regolamentati sulla base del regolamento di Borsa italiana s.p.a. 26 aprile 2007, al fine di garantire un miglior funzionamento del mercato e non per il carattere pubblico – al momento assente – dell'attività societaria; si pensi al procedimento disciplinare previsto dall'art. 7, legge 20 maggio 1970, n. 300, per garantire il contraddittorio del lavoratore). Non occorre rammentare – e lo si è già accennato – che diverse attività si caratterizzano come private nonostante che il legislatore preveda per esse una finalità pubblica, stante la volontà legislativa di inserirle in un contesto di impresa e di mercato in misura maggiore possibile.

Si tratta di attività svolte in settori (per esempio a forte internazionalizzazione) dove il legislatore da un lato avverte che la legge generale del mercato, del diritto privato, può essere più opportuna per seguire parametri di efficienza – che in quel contesto rappresenta l'interesse pubblico primario – rispetto alla verificabilità propria del diritto amministrativo, e dall'altro lato non rinuncia all'introduzione di un parametro generico di compatibilità di pubblico interesse: ci si riferisce per esempio – lo si ricorda ancora – alle attività di Borsa italiana s.p.a. e delle fondazioni bancarie¹²⁶.

¹²⁶ Più in generale, sulla possibilità di limiti funzionali ad alcune attività di diritto privato e sul relativo rapporto con la funzionalità pubblicistica, tendenzialmente più rigida, cfr. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, passim; G. SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri*

Più in generale, si pensi anche alla diversa qualifica dell'attività dei verificatori privati in diversi mercati, ivi compresi i mercati artificiali e i mercati delle certificazioni ambientali, qualificabile come pubblica o privata non in funzione dell'interesse pubblico perseguito, profilo questo che sussiste di frequente, ma in funzione del maggiore o minore inserimento di tale soggetto e dell'attività da esso svolta nel sistema amministrativo di espressione dell'interesse collettivo, sulla base della disciplina dettata dal legislatore caso per caso.

In sostanza, a fronte di una finalizzazione normativa dell'azione di un soggetto privato rispetto all'interesse pubblico non sempre si può sostenere che egli operi in diritto amministrativo, nell'ambito della finalità assegnata: occorrerà una valutazione caso per caso al fine di accertare se tale *mission* rappresenti una mera limitazione dell'attività che il legislatore vuole comunque privata, ovvero se vi sia una effettiva funzionalizzazione giuridica, per esempio con una procedimentalizzazione di diritto amministrativo, ovvero con l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa, determinando una sostanziale equiparazione (per i profili oggettivi) di quel soggetto alla pubblica amministrazione, in quanto il legislatore lo abbia inteso inserire – con riferimento all'attività funzionalizzata – in un sistema più ampio di espressione di interessi collettivi con esigenze di verificabilità proprie del diritto amministrativo.

Qualora si assegni all'idea di funzione una valenza totalizzante, quale unica soluzione necessaria delle incertezze circa il regime di riferimento, non è neppure possibile spiegare gli orientamenti – giurisprudenziali – che vanno sviluppandosi con riferimento all'applicazione dell'art. 1, comma 1 *bis*, legge n. 241 del 1990, in cui l'atti-

privati: prospettive comuni e aspetti problematici, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 529 e ss.; in senso più favorevole ad una maggiore contiguità tra potere privato e potere pubblico, cfr. L. FERRARA, *Giudice amministrativo e diritto dei privati (Cosenza 23 aprile 2004)*, in www.grupposanmartino.it. Sull'impossibilità di conseguenze sul regime privato degli atti di tali limiti funzionali, che troveranno dunque altro ordine di effetti giuridici, cfr. G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, cit. p. 79. Il tema era stato già anticipato parzialmente dalle analisi di L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi*, Napoli, 1984.

vità è privata, ma resta funzionalizzata al perseguimento di un interesse pubblico¹²⁷.

Anche sotto i profili appena richiamati emerge dunque la necessità di un'analisi complessiva – per quanto spesso difficile – della disciplina effettivamente applicabile ad un'attività, non articolata su elementi meccanici, per poter effettivamente cogliere il quadro di riferimento normativo – pubblico o privato, anche con modalità comiste – in cui tale attività si esplica.

In ultima analisi, la linea interpretativa qui riproposta, sulle modalità di qualificazione degli atti amministrativi, esprime essenzialmente una prospettiva metodologica, incentrata su un'analisi complessiva della *ratio legis*, nella quale il significato del soggetto pubblica amministrazione è centrale quale riferimento interpretativo, più che proporre una ulteriore individuazione di elementi caratte-

¹²⁷ «In altri termini, dal combinato disposto dei commi 1 e 1 bis dell'articolo 1 della legge n.241 del 1990, si desume che anche l'attività amministrativa di diritto privato è funzionalizzata al pubblico interesse [...]. Sulla base di quanto testé illustrato quindi non solo l'utilizzo di strumenti privati da parte della pubblica amministrazione risulta subordinato allo specifico interesse pubblico che la stessa deve perseguire, ma è essa stessa a stabilire – sulla base di tale imprescindibile parametro – l'utilizzo o meno di strumenti privati e di conseguenza la misura e il modo del ricorso al coinvolgimento dell'iniziativa privata, senza chiusure a priori ma altresì senza preferenza alcuna» (TAR Veneto, 26 febbraio 2007, n. 515, in www.giustizia-amministrativa.it); «Secondo un principio pacifico, l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice può essere perseguito anche mediante l'uso di moduli di diritto comune qualora siano congrui rispetto agli obiettivi prestabiliti, e ciò è stato ulteriormente confermato dalla recente modifica alla L. 7/12/1990 n. 241, di prossima pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, che ha introdotto l'art. 1-bis il quale dispone che "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"» (TAR Lombardia-Brescia, 25 febbraio 2005, n. 99, *ivi*; il corsivo è di chi scrive); in dottrina è stato così affermato che il potere amministrativo resta tale anche a fronte di atti di diritto privato come previsti dal nuovo art. 1, comma 1 bis, legge n. 241 del 1990 (F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2002*, p. 45 e ss.); in senso analogo è stato affermato più di recente quanto segue: «Nell'attività amministrativa di diritto privato l'interesse pubblico è sempre rilevante ed in quanto tale condizionante la validità del negozio sicché correttamente si è parlato a tal proposito di attività privata di interesse pubblico» (L. MONTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it, n. 5/2006).

ristici quasi – meccanici degli atti amministrativi (anche l'elemento soggettivo non è un elemento in concreto sempre necessario, per quanto sul piano interpretativo la sua centralità, anche per ragioni storiche, sia evidente).

Si tratta, per questo aspetto, di un mutamento di prospettiva analogo – lo si è già riferito – a quello verificatosi con esiti analoghi per la figura dell'ente pubblico¹²⁸.

¹²⁸ *Contra*, deducendo la scarsa utilità di categorie generali come quella di atto amministrativo e pubblica amministrazione, nonché deducendo che la disciplina amministrativa non può esprimere un profilo rappresentativo eteroreferenziale dell'interesse pubblico poiché in parte tale disciplina è volta a correggere la rappresentazione di tale interesse, cfr. B.G. MATTARELLA, ora nella voce *Provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano, 2006, p. 4732.

Sulla pubblica amministrazione e sull'importanza del concetto relativo per poter comprendere, anche da un punto di vista storico, la categoria del diritto amministrativo e dell'atto amministrativo si è già detto. Essendo un concetto interpretativo, non rileva poi che oggi vi siano anche enti privati assimilati e che il concetto di pubblica amministrazione sia un concetto-cornice: rileva il *proprium* dell'amministrazione in senso costituzionale, come soggetto espressione del volere collettivo e connesso al livello politico, concetto sul quale si fonda l'intero sistema di disciplina amministrativa, ivi compreso il sistema – per quanto più distante dal livello rappresentativo – delle autorità indipendenti.

Nè è facile ritenere che sia inutile lo sforzo di classificazione di un soggetto come pubblico o privato, per quanto il concetto di pubblica amministrazione sia difficile da definire. Si pensi alla relativa utilità concreta con riferimento per esempio all'applicazione della disciplina sui beni, ovvero sul personale: tutti elementi che il legislatore sovente non richiama analiticamente per i singoli enti pubblici che disciplina ma che possono essere dedotti in tali casi solo attraverso l'individuazione di un quadro di riferimento – amministrativo o privato – interpretativo.

Il carattere pubblico o privato di un ente non è ovviamente messo in discussione da istituti trasversali come il controllo della Corte dei conti: altro sono contaminazioni anche importanti tra discipline, che avvengono con sempre maggiore frequenza e intensità, altro è ritenere che diritto privato e diritto amministrativo, pubblica amministrazione e soggetti privati, codice civile e legge n. 241 del 1990, non presentino – oltre ad elementi in comune – tratti significativamente distintivi.

Per quanto concerne la considerazione per la quale il diritto amministrativo non è solo una disciplina volta a stabilire un raccordo tra atto, pubblica amministrazione (e soggetti ad essa assimilati ad alcuni fini), e interesse collettivo, ma a correggere tale raccordo, si tratta di considerazione condivisibile, ma non sembra che ciò smentisca, bensì che semmai confermi l'importanza dell'eteroreferenzialità dell'amministrazione come elemento su cui si incentra il diritto amministrativo. In entrambi i casi (rafforzamento o limitazione dell'eteroreferenzialità del diritto amministrativo) è tale eteroreferenzialità l'oggetto della disciplina, sia che la si voglia

sviluppare (obbligo di motivazione, eccesso di potere) sia che la si voglia limitare (come nell'ambito della disciplina sul rapporto tra politici ed amministratori).

Se non fosse così, allora anche con riferimento alla funzione pubblica le norme che limitano la verificabilità di tale funzione, per esempio al fine di accentuare la speditezza dell'azione amministrativa (con riferimento alle DIA e al silenzio assenso, per esempio), esprimerebbero una negazione del concetto di funzione.

Esemplificando, il sistema di checks and balances che opera in democrazia, ovvero le visioni madisoniane della democrazia, in cui sono necessari correttivi per evitare distorsioni, non esprimono un'alternativa alla democrazia ma si incentrano evidentemente sul fondamento democratico, e non sarebbero immaginabili se non con riferimento a tale fondamento che ne rappresenta comunque il dato di base, centrale per la relativa comprensione.

CAPITOLO II

STRUMENTI ECONOMICI DI AMMINISTRAZIONE PER LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO ATTRAVERSO LA CREAZIONE DI MERCATI ARTIFICIALI NEL SETTORE AMBIENTALE ED ENERGETICO

1. *Strumenti economici di amministrazione dei cambiamenti climatici. Il mercato delle emissioni (“emissions trading”) come strumento per la limitazione dell'inquinamento complessivo dell'atmosfera e il rapporto di tale sistema con il sistema “command and control” di autorizzazioni ambientali locali. La prevalenza relativa del sistema di “emissions trading” sulla disciplina delle emissioni in base alla disciplina IPPC (“Integrated Pollution Prevention and Control”)*

Una delle forme principali di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici si ha con la creazione dei mercati artificiali.

Il principale di tali mercati è il mercato attinente alle emissioni di anidride carbonica (c.d. *carbon market*), di cui si tratta in questa parte.

La disciplina dell'*emissions trading* (rimasta estranea al nuovo testo unico sull'ambiente e dunque bisognosa di un coordinamento con tale testo da parte dell'interprete) nasce in modo organico nel contesto comunitario con la direttiva CE del 13 ottobre 2003, n. 2003/87 (come modificata con la direttiva 27 ottobre 2004, n. 101), che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità.

La direttiva è stata recepita in Italia con d.lgs. 4 aprile 2006, n. 216, il quale ha abrogato il primo atto di recepimento intervenuto

con d.l. 12 novembre 2004, n. 273, convertito con legge 30 dicembre 2004, n. 316 (abrogato appunto dall'art. 25, d.lgs. n. 216 del 2006).

L'attuazione della direttiva CE è intervenuta dopo il decorso del termine di recepimento, e dopo un susseguirsi di interventi attuativi parziali e disorganici¹ per cui sul punto vi è stata una sentenza accertativa di inadempimento da parte della Corte di Giustizia, inerente al mancato recepimento nei termini previsti².

Il problema dell'effetto serra e del mutamento climatico rappresenta uno dei problemi che la Comunità europea valuta oggi come problema ambientale principale nel programma di azione ambientale vigente per il periodo 2002-2012³, nel quale si ricorda che la Comunità è tenuta a ridurre dell'8% entro il 2012 le proprie emissioni di CO₂ (biossido di carbonio – si tratta del principale gas ad effetto serra), quale obiettivo di riduzione previsto dal protocollo di Kyoto rispetto al 1990⁴, essendo necessaria una riduzione a più lungo termine del 20% entro il 2020, sempre rispetto ai valori di base del 1990⁵.

Si tratta di uno sforzo ingente che rappresenterà con sempre maggiore evidenza un onere significativo per le imprese che producono emissioni atmosferiche.

L'obiettivo fondamentale dell'*emissions trading* è rappresentato dal porre limiti sulle emissioni globali in sede CE – di “bolla” per così dire – di gas di serra, e diminuire così il rischio di cambiamenti climatici, ripartendo tale limite globale tra le imprese del sistema

¹ Per una descrizione del percorso attuativo della direttiva *emissions trading*, cfr. E. CICIGOI, P. FABBRI, *Mercato delle emissioni ad effetto serra*, Bologna, 2007, p. 43 e ss.

² CGCE, 18 maggio 2006, *Commissione c. Italia*, in causa 122-05, in www.curia.europa.eu.

³ Sesto programma di azione ambientale, approvato con decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002.

⁴ Il protocollo di Kyoto è stato approvato nella CE con decisione del Consiglio CE 25 aprile 2002, n. 258, e ratificato in Italia con legge 1 giugno 2002, n. 120.

⁵ Su questi obiettivi, cfr. l'art. 2 comma 2 del sesto programma di azione ambientale, cit.; il considerando n. 2, direttiva 2003 *emissions trading*; libro verde sull'adattamento ai cambiamenti climatici in Europa, COM (2007)/557 def del 29 giugno 2007.

produttivo e consentendo la negoziazione dei titoli rappresentativi delle quote di emissione.

I presupposti economici di tale sistema sono stati già descritti nel capitolo che precede: consentire un costo marginale di disinquinamento simile per tutte le imprese, così che le imprese per le quali il disinquinamento sia più costoso possano utilizzare certificati non utilizzati da altre imprese per le quali invece il disinquinamento sia meno costoso, con l'effetto di ripartire i costi di disinquinamento in modo equo su tutto il sistema industriale: ciò consente una maggiore efficienza della disciplina, per la sua maggiore equità, e per i minori costi di implementazione del sistema in capo all'amministrazione, come si dirà, oltre al fatto che il sistema incentrato sul mercato è molto flessibile e consente aggiustamenti immediati e trasparenti rispetto alla realtà fattuale. Nel sistema di mercato dell'*emissions trading* un cattivo funzionamento del medesimo, per esempio perché vi sono quote in eccesso o perché il sistema non riesce ad implementare la normativa, emerge con più facilità ed in modo più trasparente attraverso le tensioni sui prezzi delle quote. Tali prezzi scenderanno ove l'implementazione del sistema sia scarsa ovvero ove siano state assegnate troppe quote, e saliranno ove gli obiettivi proposti siano troppo difficili da raggiungere, consentendo di formalizzare eventuali inefficienze e di favorire per questo verso interventi più efficaci.

A ciò si aggiunga che il sistema è indubbiamente un sistema di gestione dell'inquinamento più semplice rispetto ad un sistema ad implementazione amministrativa, poiché è il sistema stesso che trova un suo equilibrio, allocando le quote di emissione a chi ne ha più bisogno, senza che sia l'amministrazione a disciplinare ogni specifica fonte di emissione, con decisioni che richiedono istruttorie lente e spesso carenti di informazioni che invece il mercato è in grado di acquisire con particolare velocità, per l'interesse economico di tali informazioni.

Si tratta inoltre di un sistema con costi di funzionamento più ridotti – lo si è già accennato – rispetto al sistema amministrativo tradizionale, sia per le imprese che per le amministrazioni.

Se la flessibilità, l'efficienza, la velocità di adattamento e la trasparenza sono elementi positivi di un sistema di regolazione *cap and trade* (incentrato sul rispetto di un valore complessivo, a prescindere

dall'allocazione degli elementi che costituiscono tale valore), il sistema ha peraltro almeno un punto critico rilevante.

Esso è rappresentato dalla necessità che le emissioni effettive corrispondano alle quote di emissione che un impianto detiene. In mancanza di questa condizione, il valore delle quote e di conseguenza il mercato e il sistema di gestione dell'inquinamento non funziona, poiché se le emissioni possono superare le quote detenute, queste ultime perdono intrinsecamente di valore.

Per ovviare a questo punto critico il legislatore, nazionale e comunitario, come si vedrà, ha individuato una prima linea di controllo da effettuare da parte di verificatori indipendenti (si tratta di soggetti anche privati operanti sul mercato), rendendosi evidentemente conto dei limiti di un effettivo controllo analitico da parte dell'amministrazione.

L'amministrazione svolge in tale contesto un controllo meramente di secondo grado, che essendo sui controllori è di minore impegno, quantitativo e qualitativo, rispetto ad un controllo su tutti gli impianti. Si tratta di un sistema di controllo ormai utilizzato con una certa ampiezza nel contesto amministrativo: si pensi alla riforma introdotta dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 sostituendo all'Albo nazionale costruttori il sistema delle società SOA e dei controlli su tali soggetti.

All'analisi dettagliata della normativa sul punto si procederà subito sotto; occorre però subito evidenziare un ulteriore punto problematico della disciplina sull'*emissions trading*, rappresentato dal rapporto di tale sistema – sicuramente efficace per garantire il livello globale di “bolla”, come si è detto, per le emissioni – con situazioni di inquinamento localizzate.

È chiaro infatti che acquistando un quantitativo consistente di quote di emissione un'impresa può inquinare in modo rilevante un'area determinata, nel rispetto della normativa sull'*emissions trading* che si occupa di emissioni globali, e non locali.

In questa prospettiva, ove si considerino discipline che hanno anticipato l'*emissions trading*, si riscontrano discipline analoghe essenzialmente solo in settori chiusi rispetto all'ambiente esterno, per i quali non si può porre un problema di inquinamento localizzato.

Ci si riferisce alla disciplina degli inquinanti che vengono scaricati in fognatura e convogliati verso impianti di depurazione, disciplina che è determinata dall'autorità preposta alla gestione dell'impianto di depurazione sulla base dei limiti ai valori di emissione previsti per l'impianto di depurazione medesimo.

Sul punto, infatti, prima il d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152 sulle acque, ed ora il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (nuovo codice sull'ambiente), prevedono che i limiti per gli scarichi di inquinanti in fognatura siano determinati dal titolare dell'impianto di depurazione, con alcune eccezioni per gli scarichi di sostanze particolarmente inquinanti che non possono comunque superare i valori di legge⁶.

È evidente la *ratio* che fonda tale disciplina sugli scarichi idrici: è il gestore della fognatura che conosce quali sono le capacità depurative del proprio impianto, e poiché lo scarico idrico in fognatura viene immesso nell'ambiente solo in seguito alla depurazione, per tale gestore è indifferente che l'inquinante totale che può essere sostenuto dal depuratore sia immesso da poche imprese ovvero da molte imprese, purché comunque la quantità che perviene al depuratore sia la medesima.

Anche in tale disciplina – come si è accennato – sono comunque previsti limiti per alcune sostanze particolarmente inquinanti, con riferimento ai singoli punti di scarico in fognatura, e non con riferimento al complesso dei punti di scarico. Le ragioni alla base di tale limitazione possono essere logicamente riconnesse alla volontà del legislatore di forzare in tal modo l'evoluzione tecnologica delle imprese, attraverso l'uso obbligatorio di tecnologia disinquinante, almeno per le sostanze pericolose per le quali tali limiti puntuali sono

⁶ Cfr. sul punto l'allegato 5 alla parte III del d.lgs. n. 152 del 2006, tabella 3, nota *, la quale recita quanto segue: «I limiti per lo scarico in rete fognaria sono obbligatori in assenza di limiti stabiliti dall'autorità competente o in mancanza di un impianto finale di trattamento in grado di rispettare i limiti di emissione dello scarico finale. Limiti diversi devono essere resi conformi a quanto indicato alla nota 2 della tabella 5 relativa a sostanze pericolose», nonché nello stesso allegato la tabella 5, nota 2 nel d.lgs. n. 152 del 2006, la quale recita quanto segue: «Per quanto riguarda gli scarichi in fognatura, purché sia garantito che lo scarico finale della fognatura rispetti i limiti di tabella 3, o quelli stabiliti dalle regioni, l'ente gestore può stabilire per i parametri della tabella 5, ad eccezione di quelli indicati sotto i numeri 2, 4, 5, 7, 14, 15, 16 e 17, limiti di accettabilità i cui valori di concentrazione superano quello indicato in tabella 3».

previsti con *standard* operanti come si è visto anche per gli scarichi in fognatura.

In tale sistema può svilupparsi il commercio dei permessi di inquinare, trattandosi di un sistema chiuso rispetto all'ambiente, quale è il sistema fognario, consentendo così ad ogni impresa la massima flessibilità circa i suoi investimenti tecnologici sulla base dei costi del permesso di inquinare, nel rispetto dell'ambiente poiché le quantità totali di inquinanti da sottoporre a depurazione restano invariate. In tale sistema infatti, proprio perché chiuso rispetto all'ambiente, non si pongono problematiche di inquinamento locale.

In un sistema invece aperto rispetto all'ambiente, come è il sistema delle emissioni in atmosfera, è chiaro che l'uso esclusivo dello strumento di gestione economica dell'interesse ambientale, rappresentato dall'*emissions trading*, può causare inquinamenti localizzati.

Non è indifferente infatti che i permessi di inquinare siano diffusi sul territorio, ovvero che si concentrino su un solo impianto, il cui gestore ritiene più conveniente inquinare acquistando permessi di inquinamento anziché introdurre modifiche nel proprio processo produttivo: nel secondo caso, come si è accennato, il rispetto del limite globale di emissioni determina comunque un inquinamento locale.

Per far fronte alla problematica appena descritta, la normativa comunitaria ha previsto una disciplina espressa con riferimento al rapporto tra il sistema dei permessi di inquinare negoziabili, sulla base della direttiva *emissions trading* del 2003, e il sistema delle autorizzazioni all'inquinamento atmosferico, di cui alla direttiva IPPC⁷, essendo incentrato quest'ultimo in parte significativa, come accade di solito nel sistema ambientale, sull'evitare inquinamenti a livello locale e sul rispetto di standard fissi (sistema c.d. di *command and control*).

Non viene in rilievo nel contesto dell'*emissions trading* l'autorizzazione all'inquinamento atmosferico per impianti diversi da quelli sottoposti ad IPPC: infatti tutti gli impianti ricompresi nell'ambito

⁷ Direttiva *integrated prevention and pollution control* – IPPC: direttiva CE 24 settembre 1996, n. 61, recepita in Italia con la normativa sull'AIA-Autorizzazione integrata ambientale, d.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59.

di applicazione dell'*emissions trading* sono anche impianti ricompresi nell'ambito applicativo dell'IPPC, per cui è rispetto a tale ultima autorizzazione che deve essere considerata la compatibilità con il sistema di *emissions trading*, in quanto l'autorizzazione IPPC sostituisce l'autorizzazione all'inquinamento atmosferico⁸.

Tale relazione tra disciplina sull'*emissions trading* e disciplina IPPC si basa su una parziale prevalenza della prima sulla seconda: laddove gli inquinanti siano compresi in un sistema di *emissions trading*, e dunque laddove le quote di inquinamento ammesse siano trattate sul mercato, l'autorizzazione IPPC non può disciplinare tali inquinanti, tranne che nei casi in cui tale restrizione autorizzativa risulti indispensabile «per evitare un rilevante inquinamento locale»⁹.

Più in dettaglio, anticipando quanto si dirà subito sotto, nel sistema di *emissions trading* sono previsti due distinti atti abilitativi per partecipare al sistema medesimo: l'autorizzazione preliminare all'emissione di gas ad effetto serra, che da sola non consente tale attività, ma rappresenta una sorta di prequalifica per l'ammissione al sistema, e il rilascio delle quote di emissione che completa l'autorizzazione preliminare e ne definisce il contenuto sostanziale, prevenendo il quantitativo totale di emissioni possibili.

⁸ Art. 5, comma 14, d.lgs. n. 59 del 2005, di recepimento della direttiva IPPC «L'autorizzazione integrata ambientale, rilasciata ai sensi del presente decreto, sostituisce ad ogni effetto ogni altra autorizzazione, visto, nulla osta o parere in materia ambientale previsti dalle disposizioni di legge e dalle relative norme di attuazione, fatte salve – [...] le autorizzazioni ambientali previste dalla normativa di recepimento della direttiva 2003/87/CE. L'autorizzazione integrata ambientale sostituisce, in ogni caso, le autorizzazioni di cui all'elenco riportato nell'allegato II»; nell'allegato II di tale d.lgs. è espressamente citata l'autorizzazione inerente alle emissioni in atmosfera.

⁹ Direttiva n. 96/61, art. 9, comma 3, il quale prevede esattamente – per quanto interessa in questa sede – quanto segue: «Quando le emissioni di un gas a effetto serra provenienti da un impianto sono indicate nell'allegato I della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio delle quote di emissioni di gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio in relazione a un'attività esercitata in tale impianto, l'autorizzazione contiene valori limite per le emissioni dirette di questo gas solo quando ciò risulti indispensabile per evitare un rilevante inquinamento locale. // Per le attività elencate nell'allegato I della direttiva 2003/87/CE gli Stati membri possono decidere di non imporre alcun requisito di efficienza energetica con riguardo alle unità di combustione o altre unità che emettono biossido di carbonio sul sito. // [...]» (il corsivo è di chi scrive).

L'AIA non sostituisce l'autorizzazione preliminare in materia di emissioni di gas ad effetto serra, poiché tale mancata sostituzione è espressamente prevista dall'art. 5, comma 14 d.lgs. n. 59 del 2005¹⁰.

L'AIA non può inoltre disciplinare il quantitativo ammesso delle emissioni di gas di serra, comprese nel sistema di *trading*, tranne che con riferimento all'emissione di inquinanti in misura consistente – lo si è già detto – in seguito alla quale si avrebbe un inquinamento locale rilevante.

In sostanza, il sistema IPPC e il sistema *emissions trading* sono due sistemi comunicanti solo con riferimento alle ipotesi già descritte di rilevante inquinamento locale.

Il legislatore comunitario in tal modo esprime dunque una chiara preferenza – con riferimento alle emissioni di CO₂ – per lo strumento di gestione economico ambientale, rappresentato dal mercato delle quote di emissione, rispetto al sistema autorizzativo tradizionale: non basta che l'acquisto di permessi di inquinare determini un inquinamento ambientale locale, occorre anche che tale inquinamento sia rilevante per comportare la possibilità di imporre limiti ai gas compresi nell'*emissions trading* attraverso l'autorizzazione tradizionale IPPC, fondata su valori fissi ed insuperabili.

Nella normativa nazionale è previsto che intervenga sul punto l'autorità ministeriale per coordinare gli adempimenti di cui alla direttiva *emissions trading* rispetto al sistema IPPC¹¹: in assenza di tale intervento – secondo quanto accaduto finora – vale dunque la disciplina comunitaria che appare sul punto direttamente applicabile.

¹⁰ Recita tale comma, per quanto interessa in questa sede, quanto segue: «L'autorizzazione integrata ambientale, rilasciata ai sensi del presente decreto, sostituisce ad ogni effetto ogni altra autorizzazione, visto, nulla osta o parere in materia ambientale previsti dalle disposizioni di legge e dalle relative norme di attuazione, fatte salve [...] le autorizzazioni ambientali previste dalla normativa di recepimento della direttiva 2003/87/CE».

¹¹ Art. 9, comma 1, d.lgs. n. 216 del 2006: «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, di concerto con il Ministro delle attività produttive, sentita la Conferenza Unificata, promuove il coordinamento degli adempimenti disciplinati dal presente decreto con: a) il decreto legislativo 18 febbraio 2005, n. 59, che recepisce la direttiva 96/61/Ce, e successive modificazioni relativo alla prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento».

Ciò significa che nel momento in cui l'autorità competente per l'AIA introduca nell'autorizzazione prescrizioni inerenti ai gas di serra compresi in un sistema di *emissions trading*, ai sensi della direttiva CE, tale autorità dovrà ragionevolmente dimostrare che la previsione risulta giustificata ai sensi della direttiva, solo in quanto dalle emissioni possa conseguire un rilevante inquinamento locale.

2. *I presupposti per il funzionamento del sistema di emissions trading: l'ambito di applicazione del sistema; la centralizzazione delle competenze; l'autorizzazione preliminare ("permit") alle emissioni di gas ad effetto serra, quale prequalifica per l'accesso al sistema di "emissions trading"*

Il sistema di *emissions trading*¹² ha dei precedenti nel sistema di gestione delle emissioni atmosferiche negli Stati Uniti, nei quali è stato applicato in diversi Stati, con riferimento a diverse tipologie di inquinanti.

L'esperienza meglio valutabile è quella di *emissions trading* con riferimento all'SO₂, alla quale si è già accennato nel capitolo I di questo scritto, disciplinata dall'allegato IV al *Clean Air Act*, ed è un'esperienza positiva. Le emissioni sono state effettivamente ridotte, ad un costo molto basso di implementazione del sistema in capo

¹² Per una descrizione del sistema cfr. M. LIPARI, *Il commercio delle emissioni, Relazione al Convegno Cesifin su "Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza"*, Firenze 5 maggio 2006, in <http://cesifin.it>; L. GAMBARO, *Il recepimento della direttiva «Emissions Trading»*, in *Contr. impr.-Europa*, 2007, p. 2521 e ss.; ID., *Emissions Trading tra aspetti pubblicistici e profili privatistici*, ivi, 2005, p. 854 e ss.; G. GARZIA, *Il recepimento delle direttive «emissions trading» e «linking»: d.lgs. n. 216/2006 e problemi di attuazione nell'ordinamento interno*, in *Amb. svil.*, 2006, p. 871 e ss.; AA.VV., *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione*, a cura di B. POZZO, Milano, 2003; M. D'AURIA, *La direttiva europea «emissions trading» e la sua attuazione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 455 ss.; G. GOLINI, *emissions trading: provvedimenti modificativi e attuativi*, in *Amb. svil.*, 2005, p. 231 ss.; nella dottrina economica, anche per ulteriori rinvii, cfr. S. ANGHINELLI, V. BIONDI, *Esperienze in corso e problemi aperti nell'adozione dei sistemi di emissions trading nell'ambito delle politiche per il cambiamento climatico*, in *Econ. fonti en. amb.*, n. 3, 2002, p. 65 e ss.

all'amministrazione, proprio in virtù del ruolo sussidiario dell'amministrazione nel sistema medesimo¹³.

In Europa il sistema si è sviluppato rapidamente ed ha assunto ormai dimensioni ragguardevoli¹⁴.

Il sistema di *emissions trading* nella Comunità europea è fortemente raccordato, come si è accennato, al sistema internazionale incentrato sul protocollo di Kyoto, entrato in vigore nel 2005 in seguito al raggiungimento del numero prescritto di adesioni a tale protocollo.

In particolare, il protocollo di Kyoto prevede all'art. 17 la possibilità di istituire sistemi di commercio dei diritti di emissione tra i paesi aderenti al protocollo.

Il protocollo prevede anche la possibilità di realizzare interventi di disinquinamento con connessa riduzione dei gas di serra in Stati diversi da quello in cui tali crediti sono impiegati, ai quali interventi si accompagnano attestati che possono essere ugualmente, sostanzialmente commercializzati nel sistema di *emissions trading*. Presiedono al funzionamento del sistema ultracomunitario di Kyoto diversi organismi internazionali istituiti nell'ambito più generale degli organismi attuativi di cui alla *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) del 1992, della quale convenzione il protocollo di Kyoto – come si è detto – rappresenta un protocollo aggiuntivo a natura parzialmente vincolante per gli stati aderenti.

Mentre il sistema di *emissions trading* comunitario è stato già attuato in Europa, ed ha dato luogo ad un mercato significativo, il sistema di formazione degli attestati di credito per azioni di riduzione delle emissioni a livello internazionale, incentrato sul protocollo di Kyoto, è decollato da poco tempo, e manca ancora nel diritto interno la normativa di recepimento della direttiva 2004/101/CE (direttiva c.d. *linking*, di modifica alla direttiva del 2003 c.d. *emissions*

¹³ Cfr. sul punto T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, cit., p. 219 e ss.; R.B. STEWART, *Economic Incentives for Environmental Protection: Opportunities and Obstacles*, in R.L. REVESZ, P. SANDS, R.B. STEWART, *Environmental Law, the Economy and Sustainable development*, cit., pag. 171 e segg.

¹⁴ Nel 2005 sono stati scambiati 6,5 miliardi di euro in quote di emissione (fonte: relazione 13 novembre 2006 della commissione CE ai sensi dell'art. 30, direttiva 2003/87/CE sul tema «Realizzare un mercato globale del carbonio»).

trading per raccorderla maggiormente al sistema di Kyoto), in cui è prevista la possibilità di utilizzare tali crediti.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della disciplina sull'*emissions trading*, si rileva quanto segue.

La normativa definisce un insieme di attività (di cui all'allegato I alla direttiva del 2003), le quali, in quanto producano emissioni di cui all'allegato II (emissioni di gas ad effetto serra, idonei a causare mutamenti climatici) sono soggette alla disciplina prevista sull'*emissions trading*¹⁵.

Da rilevare – lo si è già accennato – che tutte le attività di cui all'allegato I sono altresì comprese nella direttiva 96/61 sull'autorizzazione IPPC, circa la quale come si è detto nel paragrafo che precede, viene fissato dalla stessa direttiva *emissions trading* un raccordo con il sistema di negoziazione delle emissioni.

Si tenga conto che gli impianti considerati nella direttiva non sono gli unici responsabili dell'emissione di gas ad effetto serra nella Comunità, essendo attribuibile a tali impianti circa metà delle emissioni di CO₂ in tale ambito¹⁶.

Ci si riferisce alla sola CO₂, poiché per ora il sistema si applica solo alle emissioni di CO₂, per quanto la direttiva si riferisca alla limitazione di un novero di gas ad effetto serra, e per quanto si stia discutendo dell'estensione ad altri gas di serra¹⁷.

Per quanto concerne la competenza sull'implementazione del sistema, si deve rilevare che il nostro legislatore ha svolto sul punto una scelta essenzialmente centralistica.

¹⁵ Art. 3, direttiva 2003.

¹⁶ Fonte: Commissione Europea, *Eu Action against Climate Change*, Bruxelles, 2005, p. 6.

¹⁷ Relazione della commissione CE ai sensi dell'art. 30, direttiva 2003/87/CE sul tema «Realizzare un mercato globale del carbonio» in data 13 novembre 2006, COM (2006)676 final, p. 8; cfr. anche l'ECCP (*European Climate Change Program*), arrivato al secondo periodo di programmazione, documento programmatico della Commissione circa il vasto insieme di interventi che la Commissione adotta contro il cambiamento climatico. D'altro canto, con riferimento all'attuale limitazione alla sola CO₂, è la stessa direttiva sull'*emissions trading* che prevede la possibilità di inserire altri gas ad effetto serra compresi nell'allegato II al sistema di *emissions trading* dopo un primo periodo di applicazione della normativa, presupponendo che in tale primo periodo i gas coinvolti dall'*emissions trading* siano solo alcuni (in particolare la CO₂).

Il soggetto che rilascia le quote di emissione denominate come «autorizzazioni» dal d.lgs. 216 del 2006, art. 8, comma 1, è infatti il «Comitato nazionale di gestione e attuazione della direttiva 2003/87/CE», istituito presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare – Direzione per la ricerca ambientale e lo sviluppo.

Si tratta di un Comitato di 6 membri a composizione paritaria mista, essendo nominati 3 membri dal Ministro dell'ambiente e 3 dal Ministro delle attività produttive, nell'ambito dei funzionari delle due organizzazioni; il Comitato si avvale degli uffici della Direzione per la ricerca ambientale e lo sviluppo del Ministero dell'ambiente e degli uffici della Direzione generale energia e risorse minerarie del Ministero delle attività produttive, nonché dell'Ente per le nuove tecnologie, l'energia e l'ambiente¹⁸.

Il Comitato svolge tutte le attività più rilevanti nel sistema: dall'elaborazione del piano nazionale di assegnazione, che deve essere successivamente approvato in sede ministeriale, al rilascio delle autorizzazioni preliminari per le emissioni e poi al rilascio delle prime quote di emissione, all'accreditamento e al controllo dei verificatori che hanno il compito di verificare analiticamente la corrispondenza tra emissioni effettive e emissioni dichiarate dalle imprese¹⁹, all'impartire indirizzi per la tenuta del registro delle emissioni²⁰, all'irrogazione di sanzioni per la violazione della disciplina sull'*emissions trading*²¹.

Deve essere rilevato che benché l'opzione del legislatore nazionale sia stata centralistica, sul piano del governo amministrativo del sistema, il sistema di mercato di *emissions trading* consente la presenza come operatore a qualunque soggetto, pubblico o privato, comprendendo anche enti locali o regioni.

Gli enti pubblici e le associazioni possono da un lato acquistare sul mercato quote di emissione eliminandole dal sistema, potendo in questo modo contribuire alla riduzione globale dei gas ad effetto serra: si tratta peraltro di iniziative estemporanee che non incidendo

¹⁸ Art. 8, d.lgs. n. 216 del 2006.

¹⁹ Art. 8, d.lgs. n. 216 del 2006.

²⁰ Art. 14, d.lgs. n. 216 del 2006.

²¹ Art. 20, comma 10, d.lgs. n. 216 del 2006.

sull'inquinamento a livello locale sono non facilmente giustificabili per gli enti pubblici, mentre in una prospettiva ideologica possono avere un significato per enti associativi non pubblici.

Dall'altro lato, alcuni enti territoriali hanno deciso autonomamente di svolgere un ruolo attivo sul mercato, oltre l'acquisto di quote: è il caso per esempio della Regione Veneto, in cui con legge reg. 1 giugno 2006, n. 6 (recante («Interventi regionali per la promozione del Protocollo di Kyoto e la direttiva 2003/87/CE») si prevede la possibilità di concludere accordi con autorità estere finalizzati a consentire lo svolgimento di progetti di assorbimento di anidride carbonica (JI o CDM, dei quali si dirà in seguito) idonei a legittimare l'assegnazione di certificati di credito di CO₂ (ERU e CER, di cui si dirà parimenti in seguito) da convertire in quote di emissioni disponibili. Tali quote di emissioni sono poi cedibili sul mercato, previa procedura di evidenza pubblica²².

L'ultimo elemento – oltre all'ambito di applicazione della normativa, ed all'autorità competente – per definire i presupposti di funzionamento del sistema è rappresentato dall'autorizzazione preliminare all'emissione di gas a effetto serra, già più volte considerata.

Gli impianti che emettono gas ad effetto serra, di cui alla direttiva del 2003, devono essere autorizzati specificamente in tal senso, con un atto che come si è visto non è ricompreso nell'autorizzazione IPPC²⁵.

Il legislatore nazionale ha preferito tenere distinte tali autorizzazioni preliminari («*permit*») rispetto alle autorizzazioni al rilascio di quantitativi di emissione («*allowances*»), i quali ultimi sono atti diversi e successivi rispetto all'autorizzazione preliminare ad emettere gas ad effetto serra.

²² Art. 4, legge reg. Veneto n. 6 del 2006 cit.: «La cessione da parte della Regione del Veneto delle quote di emissione di gas ad effetto serra, acquisite dalla Regione stessa in forza dell'applicazione nazionale dei meccanismi del Protocollo di Kyoto e/o della Direttiva 87/2003/CE, come modificata dalla Direttiva 2004/101/CE, a seguito della realizzazione delle attività di progetto, è regolata da specifici bandi regionali. Detti bandi in particolare individuano: [...]. Le quote di emissione di gas ad effetto serra rimaste non cedute a seguito dell'esperimento della procedura di bando di cui al comma 3, vengono liberamente collocate sul mercato nazionale».

²⁵ Artt. 4, 5 e 6, direttiva 2003; artt. 4, 5 e 6, d.lgs. n. 216 del 2006.

L'autorizzazione preliminare non consente in quanto tale l'emissione di gas ad effetto serra, poiché è priva dell'indicazione del quantitativo di gas suscettibili di emissione: essa è volta ad accertare che l'impianto sia effettivamente ricompreso nel sistema di *emissions trading*, esplicitando inoltre il vincolo in capo all'autorizzato, già contenuto nella normativa, circa la necessità di procedere al monitoraggio dei gas di serra e circa la necessità di restituire all'autorità competente quote in numero pari alle emissioni effettivamente avvenute²⁴.

Tale autorizzazione preliminare rappresenta per questo aspetto una sorta di prequalifica che l'impresa consegue per accedere al sistema dell'*emissions trading*, tra l'altro con il preciso impegno di restituire ogni anno i certificati corrispondenti alle quote di emissione effettivamente rilasciate.

3. *Il sistema di emissions trading: le quote di emissione ("allowances") e i certificati equivalenti (CER ed ERU). L'attività dei verificatori circa la rispondenza tra quote di emissione ed emissioni effettivamente rilasciate tra diritto amministrativo e diritto privato*

Una volta ottenuta l'autorizzazione c.d. preliminare di cui si è appena detto, per poter effettivamente emettere gas ad effetto serra occorre essere in possesso delle quote di emissione pari alle emissioni che sono introdotte in atmosfera, essendo una quota di emissione «il diritto ad emettere una tonnellata di biossido di carbonio equivalente»²⁵, valida per un periodo di tempo determinato: in una prima fase di attuazione della direttiva pari a un triennio²⁶, e successivamente pari a un quinquennio²⁷.

²⁴ Art. 6, direttiva 2003; art. 6, d.lgs. n. 216.

²⁵ Art. 3, comma 1, lett. p, d.lgs. n. 216 del 2006; art. 3, comma 1 lett. a) direttiva 2003.

²⁶ Ci si riferisce al triennio 1 gennaio 2005-1 gennaio 2008, ai sensi dell'art. 11, comma 1, direttiva 2003.

²⁷ Il prossimo quinquennio di riferimento si svolge dunque dall'1 gennaio 2008 all'1 gennaio 2012.

Tali quote di emissione sono rilasciate ogni anno, entro febbraio, dall'autorità nazionale competente²⁸, sulla base del quantitativo totale spettante all'impianto considerato per il periodo pluriennale di riferimento, come stabilito all'interno del piano nazionale di assegnazione di cui si dirà in seguito.

Il sistema di gestione delle quote è improntato ad una forte flessibilità. Le quote di emissione non devono infatti corrispondere in tempo reale alle emissioni effettivamente avvenute: solo a fine anno scatta l'obbligo di consegna all'amministrazione di quote di emissione pari ai quantitativi effettivamente emessi, per cui solo a tale data si procederà ad una valutazione circa l'equivalenza tra quote di emissione riconsegnate all'amministrazione e emissioni effettivamente rilasciate²⁹.

Le quote restituite sono annullate dall'amministrazione cui sono riconsegnate, a significare che i diritti di emissione corrispondenti sono stati usati³⁰.

Le quote hanno una validità temporale limitata al periodo pluriennale di riferimento (dapprima un triennio e successivamente per ogni quinquennio, come si è detto). Quando le quote non siano state tutte impiegate nel periodo di riferimento, poiché la relativa validità è scaduta e si è dovuto procedere al relativo annullamento, gli Stati membri (in Italia dal 2013) possono comunque rilasciare quote corrispondenti alle quote inutilizzate cancellate, evidenziando per questo aspetto ulteriormente la flessibilità del sistema³¹.

La prescrizione tende evidentemente ad evitare che un'impresa che abbia tenuto un comportamento particolarmente rispettoso dell'ambiente e non abbia perciò utilizzato tutta la propria capacità di inquinamento per un periodo, sia per questo penalizzata rispetto ad altra impresa che abbia invece utilizzato integralmente tale capa-

²⁸ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2006; art. 11, comma 4, direttiva 2003.

²⁹ Art. 15, comma 7, primo periodo, d.lgs. n. 216 del 2006: «Il gestore di ciascun impianto è tenuto a restituire, entro il 30 aprile di ciascun anno, quote di emissione annotate sul Registro e corrispondenti alle quantità di emissioni rilasciate dall'impianto nell'anno solare precedente, come dichiarate e verificate ai sensi del comma».

³⁰ Art. 6, comma 2, lett. e; art. 12, comma 3, direttiva 2003.

³¹ Art. 13 direttiva 2003; art. 18, comma 3, d.lgs. n. 216 del 2006.

cità, vedendo svanire il valore delle quote ad essa assegnate e non utilizzate o non cedute.

Il sistema è flessibile ma ha un limite, come è stato accennato, che deve essere rigido per il suo effettivo funzionamento.

Ci si riferisce alla necessità che le quote di emissione consegnate dalle imprese annualmente corrispondano effettivamente alle emissioni rilasciate in atmosfera: in mancanza di questo elemento cade l'interesse delle imprese all'acquisto delle quote di emissione e dunque tutto il sistema non può funzionare.

Poiché il legislatore si rende conto che questo parametro è difficilmente verificabile in modo analitico dall'amministrazione, che non dispone di apparati ispettivi tali da consentire controlli frequenti su ogni impianto, è stato previsto che al controllo proceda il sistema delle stesse imprese, attraverso verificatori abilitati presenti sul mercato³².

In tal senso, lo si è già accennato, il controllo pubblico diviene un controllo di secondo grado, sui controllori, e per questo dovrebbe richiedere un impegno più compatibile con le dotazioni e le possibilità delle strutture pubbliche di controllo³³.

³² Art. 15, comma 5, d.lgs. n. 216 del 2006: «A decorrere dal 1° gennaio 2006, il gestore di ciascun impianto invia al Comitato, entro il 31 marzo di ciascun anno, una dichiarazione relativa alle attività ed alle emissioni dell'impianto nell'anno solare precedente. La dichiarazione deve essere corredata dall'attestato di verifica di cui all'articolo 16»; art. 16, comma 2 e ss., d.lgs. n. 216 del 2006: «L'attestato di verifica della dichiarazione è rilasciato in esito a positivo controllo della dichiarazione stessa, da un verificatore accreditato secondo quanto previsto all'articolo 17, comma 1. [...] // Il verificatore deve essere persona indipendente dal gestore che presenta la dichiarazione a cui la verifica si riferisce e deve svolgere la verifica stessa con serietà ed obiettività. // Ai fini dello svolgimento della verifica, il gestore deve garantire al verificatore l'accesso all'impianto ed a tutti i documenti ed informazioni relativi all'attività oggetto della verifica. Il verificatore è tenuto alla riservatezza dei dati e delle informazioni di cui è venuto a conoscenza nello svolgimento di detta attività».

³³ Art. 17, d.lgs. n. 216 del 2006: «Il Comitato, sulla base di proprio regolamento, accredita i verificatori dotati di adeguata professionalità e che dimostrino di conoscere: a) le disposizioni del presente decreto e della direttiva 2003/87/Ce, nonché le specifiche e gli orientamenti adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva stessa; // b) le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative attinenti alle attività sottoposte a verifica; // c) tutte le informazioni esistenti su ciascuna fonte di emissione, con particolare riguardo al rilevamento, alla misurazione, al calcolo e alla comunicazione dei dati».

Da rilevare che ogni impianto deve essere verificato, con riferimento alle emissioni rilasciate, e che perciò i controlli a campione cui si riferisce sia la direttiva che il d.lgs. n. 216 sono inerenti non agli impianti (tutti da sottoporre a verifica) ma alle emissioni del singolo impianto, che possono perciò essere verificate – queste sì – a campione e non nella loro integralità³⁴.

Anche la sanzione amministrativa è impiegata a presidio del sistema, e della reale corrispondenza tra quote di emissione ed emissioni effettive, quale elemento fondamentale per il funzionamento del mercato: si tratta di un caso non frequente in cui la parte sanzionatoria è già prevista a livello comunitario, ad indicare la sua importanza per il funzionamento del sistema di *emissions trading*³⁵.

Svolgendo alcune considerazioni aggiuntive sull'attività svolta dai verificatori, non è chiaro se l'attività dei verificatori privati rappresenti un'ipotesi di svolgimento di funzioni pubbliche.

Come è stato detto nel capitolo I di questo scritto, per quanto l'attività dei verificatori rappresenti un sistema di controllo volto a garantire interessi pubblici, come avviene per esempio con riferimento ai controlli SOA nel sistema degli appalti pubblici, è il diritto complessivo applicabile, ricostruito nella sua *ratio legis*, a determinare il quadro giuridico di riferimento – la natura, in termini giuridici – dell'attività.

In altri termini, poiché il più delle volte la disciplina non procede tendenzialmente a classificazioni pubblico – privato, il quadro di riferimento normativo applicabile ad un'attività si ricostruisce sulla base della *ratio legis* complessiva della specifica disciplina che il legislatore dedichi a tale attività, al fine di trarne l'ambito generale di afferenza.

Un'analisi che si limiti ad applicare la sola disciplina frammentaria esplicitamente prevista, caso per caso, non è infatti spesso sufficiente.

Per esempio, se il verificatore non ha proceduto ad un'esatta valutazione tecnica dell'impianto – pur rispettando la normativa specifica dettata per tale attività dalla legge – l'atto di verifica è conte-

³⁴ Art. 15 e all. V, direttiva 2003, all. D, comma 7, d.lgs. n. 216.

³⁵ Art. 16, direttiva 2003; art. 20, d.lgs. n. 216 del 2006.

stabile anche per eccesso di potere, anche da terzi, ovvero per esempio solo per difetto di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione assunta contrattualmente dal verificatore, solo ad opera delle parti contrattuali? Si tratta di profili rilevanti che non sono evidentemente risolvibili in mancanza di un quadro di riferimento, e di un concetto, quanto meno come concetto – cornice, di diritto pubblico e di diritto privato, come si è ritenuto nel capitolo precedente.

Prendendo dunque in considerazione la disciplina sull'attività dei verificatori accreditati, si riscontra che essa introduce disposizioni da un lato sui profili soggettivi dei verificatori, imponendo garanzie di indipendenza e di capacità del verificatore, e dall'altro lato, dal punto di vista oggettivo, si occupa dell'attività svolta dai verificatori, prescrivendo la pervasività ed esattezza tecnica dell'attività da essi svolta, anche con riferimento all'accesso necessario ai dati dell'impresa ed all'accesso parimenti necessario alla sede dell'impresa³⁶.

Tale attività, disciplinata nell'allegato D al d.lgs. n. 216, è altresì sottoposta ad un potere generale di controllo ed indirizzo esercitato dal Comitato nazionale per l'*emissions trading*³⁷.

L'attività di verifica si raccorda inoltre direttamente all'attività sanzionatoria dell'amministrazione, in caso di non corrispondenza tra quote consegnate annualmente per l'annullamento, e le emissioni effettivamente verificate dal verificatore accreditato. L'attività del verificatore è infatti un atto istruttorio centrale sul quale si fonda poi l'azione amministrativa sanzionatoria: l'autorità nazionale ha il compito di applicare sanzioni proprio sulla base della mancata corrispondenza delle quote di emissione rispetto ai quantitativi come verificati³⁸.

³⁶ D.lgs. n. 216 del 2006, all. D.

³⁷ «Il Comitato ha il compito di: m) accreditare i verificatori ed esercitare il controllo sulle loro attività ai sensi dell'articolo 17; // n) definire i criteri di svolgimento delle attività di verifica e di predisposizione del relativo attestato conformemente a quanto previsto dall'allegato D e dalla decisione della Commissione europea C(2004)130»; art. 8, d.lgs. n. 216 del 2006.

³⁸ Combinato disposto dell'art. 8, comma 2, lett. o (il comitato ha il compito di «o) irrogare le sanzioni di cui all'articolo 20») e art. 20 comma 7, d.lgs. n. 216 («Il gestore dell'impianto, munito di autorizzazione alle emissioni di gas ad effetto serra, che nei tempi previsti all'articolo 15, comma 7, non restituisca quote di emissioni [i] nelle quantità di cui alla dichiarazione prevista all'articolo 16 comma 5» (si tratta della dichiarazione resa dai verificatori) «[...] è soggetto ad una sanzione

In altri termini, è lo stesso legislatore che affida ai terzi verificatori un'attività che entra a far parte dell'attività amministrativa, anche sanzionatoria: in sostanza, il verificatore svolge attività istruttoria per la successiva fase amministrativa – sanzionatoria di pertinenza dell'amministrazione.

Il quadro di disciplina ora descritto è piuttosto sommario e consistentemente incerto: da un lato il possibile carattere privato del soggetto che procede alla verifica induce – come di consueto – a ritenere che proceda con atti privati, anche in ragione della natura esecutiva posseduta dalla verifica, come atto esecutivo del contratto tra verificatore e impresa che rilascia emissioni, ed anche in considerazione della mancanza di poteri di autotutela dell'amministrazione sugli atti di verifica, atti di autotutela che invece sembrano riferibili al profilo diverso – soggettivo e non oggettivo – di accreditamento dei verificatori.

Dall'altro lato, la sottoposizione del verificatore e della relativa attività a controlli pubblici, e soprattutto l'inserimento dell'attività del verificatore nell'ambito dell'attività svolta soggettivamente dalla pubblica amministrazione³⁹, amministrativa e procedimentalizzata, quale attività istruttoria circa la corrispondenza tra emissioni e quote di emissioni in funzione dell'irrogazione di sanzioni, nonché la previsione di un obbligo in capo al gestore dell'impianto di dare pieno accesso ad aree e documenti in disponibilità privata, per diretta disposizione di legge e non sulla base del contratto stipulato con il verificatore, indurrebbero invece a una qualifica di tale attività come attività amministrativa.

Di fronte ad un quadro non chiaro, dovrà essere il diritto vivente della giurisprudenza a prendere posizione, tenendo conto che sul punto potranno esservi oscillazioni, come avvenuto con riferimento alla certificazione SOA, dapprima atto privato valorizzando la natura privata del soggetto che tale atto adotta, e successivamente atto

amministrativa pecuniaria, per ogni quota non restituita, di 40 euro per il primo periodo di riferimento e di 100 euro per i periodi di riferimento successivi»).

³⁹ Sull'importanza dell'elemento soggettivo ora descritto nell'analisi della disciplina amministrativa, quale elemento sintomatico attorno al quale ruota il significato del diritto amministrativo, cfr. quanto rilevato nel capitolo I di questo scritto.

amministrativo valorizzando la disciplina che consente all'amministrazione un'ingerenza significativa nell'attività delle SOA⁴⁰.

Al momento, il quadro di disciplina sembra peraltro far propendere verso una qualificazione anche amministrativa dell'attività dei verificatori: si considerino i profili di imperatività riconosciuti *ex lege* nell'azione dei verificatori (accessi garantiti dalla legge), nonché l'inserimento di tali azioni quali attività istruttorie in un contesto procedimentale tipicamente imperativo (sanzionatorio). In sostanza, tra le parti l'atto del verificatore si inserisce in una logica contrattuale, come atto esecutivo di un contratto, ma sembra poter assumere anche una valenza amministrativa per i terzi (per esempio, con riferimento all'impugnazione di verifiche illegittime da parte di concorrenti sul mercato), e in definitiva per le stesse parti, secondo il sistema di disciplina a forte componente amministrativa, e non solo civile, previsto per gli accordi che hanno ad oggetto l'esercizio di poteri pubblici, ai sensi dell'art. 11, legge n. 241 del 1990.

Qualora dunque si considerino i contratti tra privati e verificatori per lo svolgimento della verifica come accordi inerenti ad attività amministrative, in quanto accordi ex art. 11, legge n. 241, essi sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Diversamente, non sarebbe facile individuare il giudice competente. Infatti, a fronte di simili attività di omologazione svolte non da soggetti privati, ma addirittura da soggetti pubblici, la Cassazione⁴¹ ha ritenuto che in quanto tali attività si incentrano su forme di discrezionalità tecnica la giurisdizione spetta al giudice ordinario, poiché non vi sono valutazioni inerenti all'interesse pubblico, ma unicamente a profili tecnici, ampliando la nota giurisprudenza – sussistente in alcuni ambiti specifici, come per esempio in materia di sovvenzioni – che deduce come di fronte ad atti vincolati sussistano posizioni di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo.

Sul tema, è nota la tesi dottrinale che sostiene la generale competenza del giudice ordinario a fronte di attività vincolate dell'amministrazione⁴²: la giurisprudenza applica peraltro tale impostazione

⁴⁰ Cfr. sul punto quanto rilevato già nel capitolo I.

⁴¹ Della giurisprudenza di Cassazione si darà conto subito sotto.

⁴² Circa la quale cfr. ora per tutti, anche per rinvii L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

con riferimento ad alcuni e non a tutti gli ambiti in cui si faccia questione di attività vincolate, affiancando a tale criterio anche il criterio norma di azione-norma di relazione⁴³.

Potrebbe dunque ritenersi che sul punto, in quanto i verificatori svolgono attività esclusivamente tecnica, e non incentrata su valutazioni amministrative, sussistano diritti soggettivi, spettando la giurisdizione al giudice ordinario.

Ciò non toglierebbe che l'attività sottoposta a tale giudice possa essere considerata come attività amministrativa⁴⁴: semplicemente, venendo a ridursi o a svanire l'area dell'eccesso di potere, stante il carattere vincolato ovvero la discrezionalità meramente tecnica dell'azione amministrativa, il giudice ordinario svolgerebbe un riscontro tra norme amministrative e attività dell'amministrazione ve-

⁴³ Cfr. sul tema per un inquadramento generale L. MAZZAROLLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 453 e ss.; con ampi rinvii di giurisprudenza e dottrina A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto. Commento agli artt. 2 e 4, legge n. 1034 del 1971*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 70 e ss.

⁴⁴ Sul fatto che l'attribuzione della controversia al giudice ordinario non comporti necessariamente l'estraneità dell'attività su cui si giudica rispetto al diritto amministrativo, essendo riconosciuti su tale attività all'amministrazione poteri di autotutela tipicamente amministrativi, cfr. la giurisprudenza citata da A. ZITO, *Il tradizionale criterio di riparto. Commento agli artt. 2 e 4, legge n. 1034 del 1971*, cit. Il tema è stato di recente riassunto in giurisprudenza dal TAR Campania, 26 maggio 2005, n. 7195, in www.giustizia-amministrativa.it laddove è stato affermato quanto segue: «La giurisprudenza amministrativa ha affermato (Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2004 n. 3040; sez. IV, 11 aprile 2002 n. 1989; sez. V, 27 marzo 2000 n. 1765; sez. VI, 28 giugno 2004 n. 4621; sez. VI, 20 maggio 2004 n. 3264; TAR Puglia, Bari, sez. I, 9 gennaio 2004 n. 28), che la posizione del beneficiario del contributo è di *diritto soggettivo* (con conseguente attribuzione delle controversie al giudice ordinario) allorché le norme comunitarie e nazionali determinano in modo diretto ed automatico *obbligazioni di diritto pubblico*, senza alcuna possibilità di valutazioni ed apprezzamenti discrezionali, mentre ove l'erogazione del contributo e il suo eventuale recupero costituiscono esercizio di una funzione discrezionale pubblicistica, la posizione è di interesse legittimo, con la conseguenza che la relativa controversia rientra nella giurisdizione amministrativa. Si afferma inoltre che, anche dopo la concessione del contributo e la conseguente nascita di una posizione di diritto soggettivo, la P.A. conserva il potere di autotutela» (il corsivo è di chi scrive: nonostante il giudizio ordinario resta la natura pubblica delle obbligazioni).

rificando l'inefficacia di tale attività qualora sia antigiuridica⁴⁵, e non potrebbe ovviamente annullare l'atto.

In questo senso, il giudice della giurisdizione ha affrontato il tema dell'attività di verifica (nel caso di specie, si trattava di attività di omologazione) svolta dai soggetti privati, concludendo che l'assenza di discrezionalità amministrativa, e la presenza di una mera discrezionalità tecnica, può determinare la giurisdizione del giudice ordinario, ma lasciando esplicitamente impregiudicata la natura dell'attività – *rectius*, il regime di disciplina – dell'attività predetta⁴⁶.

Si tratta di un fenomeno non nuovo nel nostro sistema giurisdizionale, in cui il giudice ordinario si trova ad applicare norme amministrative (come accade nella giurisdizione sulle sanzioni amministrative, indubitabilmente atti soggetti a disciplina amministrativa), mentre è ben più raro che il giudice amministrativo si trovi ad applicare norme integralmente civili (a parte l'applicazione delle norme civilistiche che in taluni casi, come si è detto nel capitolo precedente, integrano la disciplina amministrativa stanti le commistioni esistenti da sempre tra le due discipline, per esempio con riferimento agli accordi ex art. 11, legge n. 241).

Due ulteriori certificati inerenti alle emissioni in atmosfera di gas di serra corrispondono alle quote di emissione, nel senso che so-

⁴⁵ Sui rimedi utilizzati dal giudice ordinario in casi simili anche su atti privati cfr. A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, cit., p. 260 nonché p. 241 e ss.

⁴⁶ «È da ritenere che, ai fini della pronuncia sul giudizio di cui trattasi, possa prescindersi da ogni indagine e da ogni verifica sia circa la riferibilità, ed al titolo della riferibilità, dell'attività istituzionale degli "organismi autorizzati", di cui all'art. 6 d.lgs. 4.12.1992 n. 475, preposti al controllo, alla classificazione ed alla marcatura CE dei dispositivi di protezione individuale, sia circa la *natura, pubblica o privata, di detta attività e degli atti* posti in essere dai menzionati "organismi" nello svolgimento dei cennati compiti di controllo, classificazione e marcatura, e che risulti sufficiente, invece, considerare che comunque, l'attività e gli atti discussi si appalesano espressione di una discrezionalità, non giuridica ed amministrativa ma, tecnica, in quanto presupponente apprezzamenti ed indagini da compiersi sulla base di criteri, non giuridici ma, tecnici e scientifici, e che appare, perciò, incontestabile che rispetto a tali attività ed atti vengono a configurarsi in capo ai relativi destinatari, non posizioni subiettive di interesse ma, diritti perfetti, siccome tali, passibili di tutela dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria» (Cass., 23 aprile 2001, n. 169, in *Giust. civ.* 2001, I, 1759, il corsivo è di chi scrive; Cass., s.u., ord. 6 maggio 2005, n. 9389, in *CED Cass.*)

no convertibili in quote di emissione e possono così essere utilizzate nel sistema di *trading* ad esse relative.

Mentre le quote di emissione sono sostanzialmente, come si è accennato, e come si approfondirà, autorizzazioni circa la possibilità di emettere un determinato quantitativo di inquinanti, gli ulteriori due certificati di cui si dirà subito sotto rappresentano invece atti di accertamento circa lo svolgimento di attività tese ad evitare l'emissione di gas di serra. Si tratta in entrambi i casi di atti che presuppongono una cooperazione internazionale, tra autorità pubbliche, e che non possono essere ottenuti all'interno di un singolo Stato: la disciplina prevede in tutti i punti che i progetti siano realizzati all'interno di un percorso procedimentale prefigurato analiticamente di cooperazione internazionale.

Il primo atto cui ci si riferisce è l'ERU (*emission reduction unit*), inserita in un contesto di JI (*joint implementation*): si tratta di attestati circa l'aver svolto interventi per la riduzione di emissioni antropiche di gas serra in paesi industrializzati o in transizione (per esempio, sotto quest'ultimo profilo, in paesi ex socialisti in un contesto europeo), comunque compresi nell'allegato I del protocollo di Kyoto, con esclusione dunque di progetti realizzati nei paesi in via di sviluppo⁴⁷.

Tali attività, soggette ad attestazioni secondo un procedimento peculiare, hanno lo stesso valore di una quota di emissione – come si è accennato anche in precedenza – e possono perciò essere impiegate da un'impresa all'interno di uno Stato, aumentando il livello com-

⁴⁷ «Al fine di adempiere agli impegni assunti a norma dell'articolo 3, ogni Parte inclusa nell'Allegato I può trasferire ad ogni altra di dette Parti, o acquistare da essa, unità di riduzione risultanti da progetti finalizzati alla riduzione delle emissioni antropiche da fonti o all'aumento dell'assorbimento antropico dei pozzi dei gas ad effetto serra in ogni settore dell'economia, a condizione che: // a) Ogni progetto di questo tipo abbia l'approvazione delle Parti coinvolte; // b) Ogni progetto di questo tipo permetta una riduzione delle emissioni dalle fonti, o un aumento dell'assorbimento dei pozzi, che sia aggiuntivo a quelli che potrebbero essere realizzati diversamente; // c) La Parte interessata non potrà acquistare alcuna unità di riduzione delle emissioni se essa non adempierà alle obbligazioni che le incombono a norma degli articoli 5 e 7; // d) L'acquisto di unità di riduzione delle emissioni sarà supplementare alle misure nazionali al fine di adempiere agli impegni previsti dall'articolo 3» (così l'art. 6, comma 1, protocollo di Kyoto, al quale rinvia la direttiva del 2003 per la definizione delle ERU).

piessivo di emissioni consentite, avendo maturato la posizione corrispondente alla quota di emissione in altro Stato, all'interno di un progetto di attuazione congiunta (*joint implementation*, appunto).

Il secondo atto cui ci si riferisce è il CER (*certified emission reduction*), attestazione che si sviluppa all'interno di un sistema denominato CDM (*clean development mechanism*).

Il CER si riferisce alla realizzazione di progetti per la riduzione delle emissioni di gas di serra in paesi esclusi dall'allegato I al protocollo di Kyoto, e cioè in paesi in via di sviluppo⁴⁸, i quali essendo esclusi dall'allegato I non hanno un limite di emissioni stabilito in base al protocollo. Anche questo attestato, conseguito con determinate modalità, è equivalente ad una quota di emissione e dunque può essere impiegato, una volta acquisito, per aumentare il livello di emissioni in uno Stato da parte di un'impresa che abbia realizzato tale progetto in altro Stato in via di sviluppo, ovvero per cedere la quota così conseguita.

Le modalità di conseguimento dei CER si basano in particolare su decisioni del CDM *Executive Board*, istituito con gli accordi di Marrakech del 2001⁴⁹, il quale accerta la effettiva validità dei progetti proposti volti alla riduzione delle emissioni⁵⁰.

⁴⁸ «È istituito un meccanismo per lo sviluppo pulito. // Il fine del meccanismo per uno sviluppo pulito è di assistere le Parti non incluse nell'Allegato I» (gli Stati membri esclusi dall'Allegato I sono sostanzialmente i Paesi in via di sviluppo) «nel raggiungimento di uno sviluppo sostenibile e contribuire all'obiettivo finale della Convenzione, e di aiutare le Parti incluse nell'Allegato I» (e cioè gli stati più industrializzati) «ad adempiere ai loro impegni quantificati di limitazione e di riduzione delle loro emissioni ai sensi dell'articolo 3. // 3. Ai sensi del meccanismo per uno sviluppo pulito: a) Le Parti non incluse nell'Allegato I beneficeranno di attività di progettazione finalizzate alle riduzioni certificate delle emissioni; e // b) Le Parti incluse nell'Allegato I potranno utilizzare le riduzioni certificate delle emissioni derivanti da tali per contribuire in parte all'adempimento degli impegni quantificati di limitazione e riduzione delle emissioni ai sensi dell'articolo 3, in conformità a quanto determinato dalla Conferenza delle Parti agente come riunione delle Parti del presente protocollo» (art. 12, Protocollo di Kyoto, al quale fa rinvio l'art. 3, comma 1, lett. n. della direttiva del 2003 per definire il CER).

⁴⁹ Sui contenuti di tali accordi, inseriti nel sistema di attuazione della convenzione quadro sui mutamenti climatici del 1992, cfr. L. DE PAOLI, *Il quadro della politica energetico-ambientale nel 2001*, in *Econ. fonti en. amb.*, n. 3, 2001, p. 10.

⁵⁰ Sui CER e sugli ERU, cfr. E. CICIGOI e P. FABBRI, *Mercato delle emissioni ad effetto serra*, cit., p. 14 e ss., dove anche una descrizione degli organismi

Sia i CER, sia gli ERU, possono essere acquistati non solo dalle imprese, ma anche dagli Stati membri che necessitino di aumentare il proprio tetto di emissioni consentito attraverso tali crediti.

Tali attestati possono però operare solo come elementi supplementari per centrare l'obiettivo di riduzione delle emissioni⁵¹, al chiaro fine di evitare che in tal modo, attraverso un trasferimento di tecnologia su Stati meno avanzati, si eviti sostanzialmente il problema del miglioramento tecnologico in ambito comunitario⁵².

Particolari cautele sono previste per evitare di calcolare due volte una medesima riduzione, come accade nel caso in cui si proceda ad una diminuzione delle emissioni di un impianto sottoposto alla disciplina di *emissions trading*, con un'iniziativa tecnologica, che rappresenta perciò un risparmio sul piano dei diritti di emissione, nel momento in cui si intenda computare tale riduzione per l'emissione di un certificato ERU.

In tal modo, a fronte di una riduzione di un quantitativo x delle emissioni, si ottengono tra diritti di emissione risparmiati e ERU quote di emissione pari a $2x$.

La direttiva ha perciò proibito la possibilità di rilasciare CER o ERU negli impianti soggetti alla sua applicazione, nell'evidente presupposto che tali iniziative di abbattimento sono già adeguatamente remunerate con il risparmio dei diritti di emissione corrispondenti agli abbattimenti ottenuti⁵³.

Fino al 21 dicembre 2012, con maggiore flessibilità, anziché prevedere il divieto di rilascio di CER od ERU, nei termini appena descritti, e comunque salvaguardando la necessità di evitare una doppia contabilizzazione della riduzione delle emissioni, è peraltro previsto che in caso di progetti di abbattimento delle emissioni or-

internazionali che in ambito ONU-UNFCCC presiedono all'amministrazione dei riconoscimenti, talora avvalendosi delle autorità nazionali.

⁵¹ Art. 30 ultimo comma e allegato III alla direttiva 2003.

⁵² Cfr. sul punto, anche per un'analisi dei livelli in realtà non rigidi di complementarità richiesti dagli Stati membri e avversati in sede comunitaria, E. CICIGOI, P. FABBRI, *Mercato delle emissioni ad effetto serra*, cit., p. 38 e ss.

⁵³ Art. 11 *ter*, comma 2, direttiva CE 2003. Sulle modalità per evitare la doppia contabilizzazione tra certificati CER ed ERU e quote di emissione cfr. la Decisione Commissione Ce 2006/780/Ce, recante appunto «Disposizioni per evitare la doppia contabilizzazione delle riduzioni delle emissioni di gas serra».

dinariamente non ammissibili a certificazioni CER od ERU, perché l'impianto rientra già in un contesto di *emissions trading*, l'interessato anziché essere costretto a rinunciare comunque ai CER od ERU potrà scegliere se invece ottenere tali certificati, a fronte della correlata soppressione dei diritti di emissione abbattuti⁵⁴.

Come è facile comprendere, si tratta peraltro di una differenza di natura essenzialmente formale rispetto al regime ordinario che prevede risparmi con riferimento alle quote di emissione.

4. *Le situazioni giuridiche soggettive inerenti alle quote di emissione. La natura giuridica delle quote di emissione come atti autorizzativi negoziabili e la relativa circolazione*

Si è posto il problema della natura giuridica delle quote di emissione e delle situazioni giuridiche soggettive ad esse inerenti.

È un problema che è stato posto dai privatisti, partendo dall'analisi delle ricostruzioni sul punto negli USA, in cui il sistema di *emissions trading* è diffuso da più tempo.

Nel sistema di *emissions trading* esistente negli USA, con riferimento alle *allowances* rilasciate (e cioè con riferimento alle quote di emissione), la normativa precisa che «*such allowance does not constitute a property right*», per quanto tale *allowance* possa essere ceduta (*section 403 (f) del Clean Air Act Amendments 1999*).

In dottrina, si suggerisce che il legislatore degli Stati Uniti abbia volutamente evitato la qualificazione in termini di diritto di proprietà delle situazioni giuridiche sulle quote di emissione, per evitare possibili problematiche indennitarie nei casi di intervento su tali quote, poiché il quinto emendamento della Costituzione statunitense prevede un compenso per l'espropriazione dei diritti di proprietà⁵⁵.

In ambito comunitario, la dottrina ora citata propone di accogliere la ricostruzione francese, quale unica ricostruzione esplicita in

⁵⁴ Art. 11 *ter*, commi 3 e 4, direttiva 2003.

⁵⁵ Così L.F. GAMBARO, *Il recepimento della direttiva «Emissions Trading»*, cit., p. 542.

tale ambito, sulla qualificazione delle quote di emissione e delle posizioni soggettive ad esse corrispondenti, considerando le quote di emissione come beni mobili sui quali esiste un diritto di proprietà⁵⁶.

Sempre in ambito privatistico, si è posto il tema della sottoposizione delle quote di emissione e della relativa circolazione alla vigilanza delle autorità finanziarie, e circa il valore da attribuire a tali quote per la relativa iscrizione in bilancio, in quanto acquisite gratuitamente nella fase di prima assegnazione, come si vedrà (ma attributarie di un valore economico chiaro). Resterebbe invece ferma la piena sottoposizione alla vigilanza, da parte delle autorità competenti sul mercato finanziario, dei *futures* inerenti alle quote di emissione.

Se dal punto di vista privatistico la ricostruzione appena descritta può essere accettabile, nel senso che il certificato è un titolo e il diritto che spetta al soggetto che ne ha la disponibilità è un diritto di proprietà, da un punto di vista amministrativistico la ricostruzione può essere completata con i seguenti elementi.

In primo luogo, la situazione giuridica soggettiva sostanziale che inerisce all'ottenimento di una quota di emissione, nei confronti dell'amministrazione come soggetto che redige il Piano nazionale delle assegnazioni, risulta essere di interesse legittimo.

Qualora si voglia considerare l'interesse legittimo una posizione contrapposta all'esercizio di un potere amministrativo, tale in quanto disciplinato dal diritto amministrativo, e dunque come concetto sintesi di un diverso modo di ottenere giustizia⁵⁷, non vi è dubbio sulla natura amministrativa delle norme che disciplinano la formazione del piano nazionale di assegnazione (PNA), non solo perché,

⁵⁶ L.F. GAMBARO, *Il recepimento della direttiva «Emissions Trading»*, cit., p. 542; sul tema, cfr. anche E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il trasferimento delle quote di emissione di gas serra*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 288 ss.

⁵⁷ «L'interesse legittimo è forma sinteticamente rappresentativa di un certo diritto; è la legittimità amministrativa in senso (guardata dal lato) soggettivo: è il segno indicativo del fatto che l'atto unilaterale di diritto amministrativo ha un suo proprio regime di validità-invalidità» C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, in *Dir. pubbl.*, 2006, p. 140. Ma il concetto è espresso in parte anche in altra impostazione laddove si afferma che «gli istituti del diritto amministrativo costituiscono, allora, una mera formula riassuntiva di frammenti di una disciplina differenziata» (G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 243).

come si è detto, l'amministrazione normalmente opera attraverso strumenti di diritto amministrativo, ma anche perché tali norme, nella parte in cui procedimentalizzano l'attività dell'autorità amministrativa circa il PNA e la funzionalizzano rispetto a determinati obiettivi di interesse collettivo, limitando la discrezionalità in funzione della tutela di tale interesse collettivo, esprimono una chiara valenza amministrativa.

Anche in una visione che ritiene gli interessi legittimi correlati a poteri pubblici discrezionali, e non correlati a poteri pubblici vincolati⁵⁸, si tratta di interessi legittimi, stante la significativa discrezionalità spettante all'amministrazione nel prefigurare il Piano nazionale assegnazioni, di cui si dirà in seguito.

Per quanto concerne invece la situazione soggettiva inerente all'emissione corrispondente alle quote rilasciate, sembra corretto qualificare la medesima come diritto soggettivo, esprimendo una posizione che prescinde ormai da una relazione con l'amministrazione, ma che emerge dopo il rilascio dell'autorizzazione.

Anche rispetto al titolo, e cioè rispetto al documento rappresentato dalla quota di emissione, la situazione soggettiva può essere ricostruita come diritto di proprietà, tenendo conto che il diritto sottostante al titolo è un diritto diverso, rappresentato appunto dal diritto di emettere in atmosfera emissioni inquinanti.

In secondo luogo, per quanto concerne la natura giuridica delle quote di emissione, si rileva quanto segue.

La quota di emissione – quale documento – pare essere essenzialmente la forma scritta del provvedimento che viene rilasciato dall'autorità amministrativa preposta: non rileva in questo senso che il rilascio dei permessi avvenga dietro pagamento di una somma ovvero in forma gratuita, nel caso di prima assegnazione (di ciò si dirà subito sotto).

Ciò che rileva è che si tratta di un provvedimento emanato da una pubblica amministrazione, di tipo autorizzativo, circa il *quantum* delle emissioni rilasciabili in atmosfera da un impianto prequalificato in via preliminare con il *permit*.

⁵⁸ Di tale impostazione, che rinvie riscontri in determinati ambiti anche in giurisprudenza, si è già detto poc'anzi in questo stesso capitolo.

Si tratta peraltro di un provvedimento anomalo.

Inizialmente, esso viene rilasciato ai singoli impianti, prequalificati, in linea di massima gratuitamente, sulla base del piano nazionale di assegnazione approvato. In particolare, avvenuta l'approvazione del piano, che si estende come si vedrà per l'intero periodo di riferimento (inizialmente il triennio e successivamente i quinquenni), ogni anno l'autorità competente rilascia le quote di emissione – sempre gratuitamente in linea di massima – agli impianti assegnatari autorizzati⁵⁹.

Nel momento del rilascio, la quota di emissione risulta essere un elemento necessario, attinente al *quantum*, dell'autorizzazione originariamente rilasciata.

In questa prima fase, la quota di emissione concorre a definire un provvedimento autorizzativo concettualmente unitario, e pur tuttavia composto da due atti successivi con propria autonomia; l'autorizzazione (*permit*) originaria (preliminare, per così dire) e le quote di emissioni (*allowances*) concesse, con riferimento al quantitativo di emissioni rilasciabili in atmosfera.

Successivamente alla fase iniziale del rilascio le quote di emissione però possono circolare liberamente, a prescindere dall'autorizzazione sottostante, la quale resta invece in capo al soggetto cui si riferisce.

La quota di emissione da sola non può consentire il rilascio di emissioni, in assenza dell'autorizzazione di prequalifica con cui l'atto si fonde; ma tale quota comunque produce effetti autonomi in negativo, nel senso che il suo ritiro dal mercato (per esempio ad opera di un'associazione ambientalista) comporta che il sistema globale, comunitario, di emissioni non possa produrre emissioni complessive per la quota ritirata dal mercato.

In ciò sta l'anomalia delle quote di emissione, che necessitano del *permit*, in positivo, per abilitare il rilascio di emissioni, ma che prescindono dal *permit*, in negativo, nella limitazione delle quote globali emesse.

⁵⁹ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 216 del 2006: «Entro il 28 febbraio di ogni anno, il Comitato rilascia, sulla base dell'assegnazione di cui al comma 1, le quote di emissioni al gestore di ciascun impianto autorizzato che, al 1° gennaio dello stesso anno, non si trovi in stato di chiusura o di sospensione di cui all'articolo 21».

Nella dottrina privatistica, pur qualificando le quote come autorizzazioni, è stata proposta anche una possibile qualifica di tali atti come concessioni, in quanto essi attribuirebbero diritti prima non spettanti in materia di emissioni.

Si dubita infatti in sede privatistica circa la correttezza dell'impiego della categoria concettuale dell'autorizzazione, poiché si ritiene che le autorizzazioni sarebbero in linea di principio strettamente correlate all'attività autorizzata, mentre le quote di emissione parrebbero distaccarsi dall'attività autorizzata, ed in qualche modo sarebbero indipendenti dalla medesima, potendo circolare liberamente a prescindere dal possesso dell'effettiva autorizzazione preliminare a rilasciare inquinanti in atmosfera⁶⁰.

Il problema sollevato in sede privatistica non pare in realtà così rilevante: in generale, nella dottrina amministrativistica più recente è stato chiarito che il legislatore utilizza spesso in modo non corrispondente alle ricostruzioni dottrinali più risalenti i termini di autorizzazione e concessione, non distinguendo tra autorizzazione come rimozione di un limite all'esercizio di un diritto e concessione come attribuzione di un diritto *ex novo*, per cui le due categorie di atti si possono utilizzare soprattutto per riferirsi con finalità essenzialmente descrittive ad un intervento abilitativo di minore portata, per quanto concerne le autorizzazioni, rispetto ad un intervento abilitativo con conferimento di maggiori benefici a favore dei privati, per quanto concerne le concessioni⁶¹, tenendo conto che le effettive differenze di disciplina devono essere ricostruite sulla base di un'analisi caso per caso.

In ogni caso, anche in una prospettiva di condivisione della persistente differenza tra autorizzazione e concessione, il rilascio del-

⁶⁰ In questo senso F.L. GAMBARO, *Emissions Trading tra aspetti pubblicistici e profili privatistici*, cit., p. 871 e ss.

⁶¹ La tesi sulla distinzione tra autorizzazione e concessione, con riferimento alla rimozione di un limite all'esercizio di un diritto ovvero all'attribuzione di un diritto *ex novo*, risale a O. Ranelletti in molteplici scritti, tra i quali *Teoria generale delle autorizzazioni*, in *Giur. it.*, 1894, p. 21 e ss.; per un superamento di tale impostazione cfr. R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, 1974; ID., *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI-MONACO e F.G. COCCA, cit., vol. I, p. 842 e ss.

la quota di emissione risulta essere maggiormente assimilabile ad un'autorizzazione rispetto ad una concessione, poiché l'amministrato è già titolare del diritto d'impresa al cui esercizio si correla la possibilità di emettere emissioni, diritto sul quale l'autorizzazione interviene come verifica di compatibilità rispetto agli interessi collettivi e non come elemento costitutivo⁶².

Di recente è stata prospettata in realtà anche un'altra possibile interessante lettura della disciplina, ritenendo che la disciplina sull'*emissions trading* abbia creato un nuovo bene giuridico misurabile, assimilabile all'etere per la radiotrasmissione, in proprietà pubblica con possibilità di concessione ai privati⁶³.

Per quanto, come sempre in assenza di un orientamento da parte del diritto vivente giurisprudenziale, una soluzione interpretativa sia sempre opinabile, e per quanto come si è detto la distinzione tra autorizzazione e concessione possa ritenersi evanescente, dovendo essere ricercato il regime giuridico dei singoli provvedimenti abilitativi caso per caso, si ritiene comunque – ancora una volta – che le quote di emissione possano essere accostate con maggiore facilità ai provvedimenti autorizzatori.

In primo luogo infatti la CO₂ non sembra divenuta un bene giuridico dello Stato, in quanto la disciplina dell'*emissions trading* attiene solamente ad una parte della CO₂, prodotta dagli impianti industriali di cui alla direttiva, rimanendo la parte rimanente della CO₂ ad utilizzo libero (parte che non può essere facilmente distinta da quella imputabile agli impianti industriali). È dunque non facile immaginare situazioni appropriative su un bene che non è per questo aspetto facilmente definibile o quantificabile.

In secondo luogo l'etere è lo strumento fondamentale per la tele-diffusione, ne è quasi un fattore di produzione che rappresenta un dato condizionante del diritto d'impresa, mentre la CO₂ non è uno strumento ovvero un fattore dell'attività produttiva – di ciò si è già

⁶² Sul punto, cfr. F. FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, vol. I, p. 603 e ss., il quale utilizza per distinguere tra autorizzazione e concessione la differente iniziativa, privata nel primo caso e pubblica nel secondo.

⁶³ E. CICIGOI, P. FABBRI, *Mercato delle emissioni ad effetto serra*, cit., p. 59 e ss.

accennato poc'anzi – ma è un risultato non desiderato di tale attività che per questo aspetto è meno suscettibile di presentare problematiche appropriate.

In terzo luogo, se fosse vero che la CO₂ è un bene giuridico, allora a conclusioni analoghe dovrebbe giungersi con riferimento anche ad altre sostanze di cui è proibita l'emissione sopra a determinate soglie tramite standard, come gli inquinanti idrici o elettromagnetici, contesti nei quali tale considerazione appropriativa non è stata mai sviluppata.

In sostanza, mentre l'etere rappresenta quasi un elemento del diritto d'impresa nella radiodiffusione, la produzione di CO₂ rappresenta un'esternalità rispetto a tale diritto che non pare avere ingresso come elemento costitutivo di tale diritto d'impresa, potendo allora ritenersi che si tratti più di un limite all'impresa (gestito tramite autorizzazioni) che un suo elemento costitutivo (attribuito tramite concessioni).

Oltre al problema appena considerato, si sono poste in dottrina diverse perplessità anche con riferimento al rapporto tra la circolazione delle quote di emissione, attraverso contratti di compravendita, e l'iscrizione circa la proprietà spettante sulle quote nel registro previsto dalla normativa sull'*emissions trading*.

Sul punto, occorre premettere che la normativa prevede un registro per l'iscrizione, il trasferimento, la restituzione e la cancellazione delle quote di emissione, conservato e gestito presso il Ministero dell'ambiente dalla Direzione per la ricerca ambientale e lo sviluppo⁶⁴.

Da una parte, il d.lgs. n. 216 del 2006 afferma la tendenziale libertà nelle azioni di trasferimento delle quote, sembrando presupporre che il trasferimento operi secondo un regime privatistico⁶⁵; dall'altro lato tale norma in altri punti sembra ricondurre il trasferimento all'annotazione nel registro⁶⁶.

⁶⁴ Artt. 14 e 15, d.lgs. n. 216 del 2006; precedentemente la gestione del registro era stata affidata all'APAT (d.m. 25 febbraio 2006), e allo stato tale registro risulta ancora gestito in sede APAT.

⁶⁵ Art. 15, comma 1, d.lgs. n. 216 del 2006: «Il trasferimento delle quote di emissioni è libero, salvi gli adempimenti previsti dal presente articolo».

⁶⁶ Art. 15, commi 3 e 4, d.lgs. n. 216 del 2006: «L'amministratore del registro di cui articolo 14, comma 2, effettuate le necessarie verifiche, procede al

Considerando la *ratio* delle normativa, sembra che il legislatore disciplini due effetti diversi del trasferimento: un primo, *inter privatos*, conseguente all'atto di trasferimento; un secondo, davanti all'amministrazione, emergente nei casi in cui il trasferimento si raccordi all'effettivo rilascio di emissioni nell'ambiente, essendo questo secondo profilo di interesse pubblico diretto, correlato all'irrogazione di sanzioni, qualora tali emissioni non si accompagnino alla consegna delle quote corrispondenti. In questa seconda prospettiva il registro è importante per consentire all'amministrazione ed ai soggetti ausiliari un controllo efficace sul rapporto tra quote ed emissioni, e risulterebbe dunque rilevante in tale prospettiva amministrativa⁶⁷.

Si sottolinea che il trasferimento delle quote di emissioni è difficilmente inquadrabile nel sistema di trasferimento degli atti autorizzativi conosciuto dal diritto positivo precedente, in cui si distingueva tra autorizzazioni *intuitu rei*, inerenti ad uno specifico impianto e trasferibili soggettivamente, e autorizzazioni *intuitu personae*, rilasciate per le caratteristiche personali di un soggetto e non trasferibili⁶⁸: nel caso delle quote di emissione, esse sono rilasciate in funzione del rispetto di un valore di "bolla", come si è detto, e cioè di un valore complessivo di inquinanti suscettibili di emissione, per cui la condizione soggettiva del proprietario ovvero dell'impianto non incide in alcun modo sugli interessi pubblici cui la quota di emissione inerisce, rilevando tali quote solo come numeri all'interno di un'ad-

trasferimento delle quote di emissione. Le modalità di richiesta del trasferimento e le modalità di verifica sono definite dal Comitato. // Le operazioni di trasferimento, restituzione o cancellazione di quote sono soggette ad annotazione nel registro».

⁶⁷ Art. 15, comma 7, secondo periodo, d.lgs. n. 216 del 2006: «Il gestore di ciascun impianto è tenuto a restituire, entro il 30 aprile di ciascun anno, quote di emissione annotate sul Registro e corrispondenti alle quantità di emissioni rilasciate dall'impianto nell'anno solare precedente, come dichiarate e verificate ai sensi del comma 5. Ai fini dell'adempimento degli obblighi di restituzione di cui al presente comma il gestore può unicamente utilizzare quote di emissione di cui abbia ottenuto l'annotazione nel Registro a proprio favore». Cfr. anche, sull'analogo fenomeno del trasferimento dei certificati verdi, evidenziando la contraddittorietà della normativa presente anche in tale ambito, R. TAPPI, *I certificati verdi: meccanismo di funzionamento e profili giuridici*, in *Rass. giur. en. el.*, 2006, p. 171.

⁶⁸ Cfr. sul tema V. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1971; P. DELL'ANNO, *Manuale di diritto ambientale*, cit., p. 326 e ss.; Id., *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989.

dizione che non deve superare un valore totale determinato, e non avendo perciò alcun nesso necessario con impianti o soggetti.

Se quella appena evidenziata appare un'interpretazione coerente con il dato normativo, si tenga conto peraltro che alcune linee interpretative sono più rigide condizionando la stessa efficacia – a quanto pare *erga omnes* – del trasferimento all'iscrizione in registro: in questo senso è stato affermato che «ogni accordo tra venditore e compratore è condizionato all'approvazione del registro, e solo dopo che la transazione è stata portata a termine nel Registro le quote di emissioni possono considerarsi trasferite e il compratore ne diventa proprietario»⁶⁹.

In sede comunitaria la centralità del registro nel funzionamento del sistema è particolarmente messa in luce.

Da un lato, sulla necessaria corrispondenza tra emissioni effettive e quote di emissioni in possesso dell'impresa, è stato emanato sul punto il regolamento CE 21 dicembre 2004, n. 2216⁷⁰.

Dall'altro lato, il diritto comunitario prevede un ulteriore registro comunitario (CITL – *Community Independent Transactions Log*, ai sensi della direttiva 2003/87, art. 20), il quale riceve dai registri presenti nei singoli stati membri notizia delle vicende – ivi compresi i trasferimenti – inerenti ai permessi di emissione, e formalizza tali atti a livello comunitario attraverso l'iscrizione nel registro comunitario medesimo.

Il sistema dei registri non è un mercato, e cioè non è il luogo in cui si svolgono gli scambi sui diritti di emissione, ma è appunto un sistema di registrazione.

I mercati – come luoghi in cui si favorisce l'incontro tra la domanda e l'offerta – sono altri, non sono obbligatori (nel senso che le quote possono essere scambiate anche fuori dal mercato) e sono stati istituiti per iniziativa sostanzialmente dei privati⁷¹.

⁶⁹ Documento APAT recante il manuale introduttivo per l'uso del registro nazionale *emissions trading* e delle quote di emissione, pubblicato nel sito internet dell'Agenzia, p. 9.

⁷⁰ Recante «Regolamento della Commissione relativo ad un sistema standardizzato e sicuro di registri a norma della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della decisione n. 280/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio».

⁷¹ A livello nazionale, un mercato è stato istituito dal GME – Gestore del mercato elettrico, che ha disciplinato tale mercato con proprio regolamento,

L'accesso al mercato delle quote di emissione – come è stato già accennato – è libero, nel senso che qualunque soggetto, e non solo le imprese, può partecipare al mercato dell'*emissions trading*, con la conseguenza che i soggetti interessati ad investire per una riduzione delle emissioni possono acquistare quote, eventualmente non procedendo a rivenderle ed evitando perciò emissioni per la quota in loro possesso⁷².

Le imprese possono partecipare al mercato delle quote anche attraverso il raggruppamento di diversi impianti, essendo in tal caso l'imputazione delle quote riferita al raggruppamento nel suo complesso. In tale evenienza gli oneri circa il rispetto della corrispondenza tra quote di emissioni ed emissioni reali gravano oltre che sulle imprese singolarmente anche su un amministratore fiduciario del raggruppamento⁷³. La costituzione di raggruppamenti peraltro non è libera, ma deve essere autorizzata dallo Stato membro e dalla Commissione⁷⁴.

5. *La prefigurazione della prima attribuzione di quote di emissione per ogni periodo di riferimento: limiti dell'attribuzione attraverso uno strumento di amministrazione tradizionale (c.d. "godfathering") in luogo dell'attribuzione attraverso strumenti economici più aderenti alle reali necessità di quote (c.d. "auctioning"). L'"emissions trading" come mercato "forte" rispetto ai poteri di intervento dell'amministrazione*

Le quote di emissione sono attribuite con il piano nazionale di assegnazione delle emissioni; tale piano è redatto – lo si è ricordato – all'inizio del triennio (per il primo periodo di assegnazione) e successivamente all'inizio di ogni quinquennio⁷⁵.

consultabile sul sito del gestore del mercato www.mercatoelettrico.org. A livello comunitario una delle principali piattaforme di scambio è gestita dall'*European Climate Exchange*, società privata con sede di negoziazione in Londra per l'Europa.

⁷² Art. 12 direttiva 2003.

⁷³ Art. 19, d.lgs. n. 216 del 2006; art. 28, direttiva 2003.

⁷⁴ Art. 19, d.lgs. n. 216 del 2006.

⁷⁵ Art. 11, comma 1, direttiva 2003.

Il piano non deve peraltro distribuire tutta la capacità di emissione – assegnata allo Stato – a favore delle imprese esistenti, ma deve mantenere una parte di quote libere, per l'assegnazione a eventuali imprese che entrino sul mercato⁷⁶; a prescindere da tale flessibilità interna, il Piano è comunque suscettibile di modifiche ed integrazioni⁷⁷.

Il piano deve garantire un trattamento non discriminante tra settori industriali e deve evitare usi distorsivi degli altri certificati (CER ed ERU) utili nel sistema di *emissions trading*⁷⁸: esso viene approvato preliminarmente dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio unitamente al Ministero delle attività produttive, dopo essere stato predisposto dal Comitato nazionale per l'*emissions trading*⁷⁹, e deve essere approvato in via definitiva dalla Commissione CE, alla quale è trasmesso in tempi congrui per consentire la sua efficacia solo successiva a tale approvazione finale⁸⁰.

Il Piano nazionale sulle emissioni dell'Italia per il primo periodo di riferimento è stato predisposto in ritardo rispetto alla tempistica indicata in sede comunitaria e approvato conseguentemente in sede comunitaria con decisione C(2005) 1527 def., il che ha determinato un periodo iniziale di gestione del sistema dell'*emissions trading* sulla base di permessi provvisori, con danno per le imprese in termini di capacità programmatica dei propri investimenti sul punto⁸¹.

Di fronte a due diverse prospettive di assegnazione delle quote di emissione – *auctioning*, dietro corrispettivo in seguito allo svolgimento di un'asta, e *grandfathering*, con assegnazione gratuita – il legislatore comunitario ha decisamente optato per l'assegnazione gratuita, stabilendo che «per il triennio che ha inizio il 1° gennaio 2005 gli Stati membri assegnano almeno il 95 % delle quote di emissioni a titolo gratuito. Per il quinquennio che inizia il 1° gennaio 2008,

⁷⁶ Art. 11, comma 3, direttiva 2003.

⁷⁷ Art. 10, d.lgs. n. 216 del 2006.

⁷⁸ Combinato disposto dell'art. 9, comma 3 e dell'allegato III alla direttiva 2003.

⁷⁹ Art. 8, d.lgs. n. 216 del 2006.

⁸⁰ Art. 9, direttiva 2003.

⁸¹ Sulla vicenda cfr. F.L. GAMBARO, *Il recepimento della direttiva «Emissions Trading»*, cit., p. 525.

gli Stati membri assegnano almeno il 90% delle quote di emissioni a titolo gratuito»⁸².

L'attribuzione di quote senza corrispettivo presenta elementi positivi e negativi.

Da un lato, con il *grandfathering* il sistema in parte contraddice sé stesso, nel senso che affida la redazione dell'atto principale che è alla base del suo funzionamento (e cioè la definizione del riparto delle quote di emissione tra i diversi impianti; il punto zero del mercato, per così dire), a una forma di amministrazione tradizionale, incentrata su una decisione unilaterale, prefigurativa, da parte dell'amministrazione, la quale reca tutti i problemi propri di tale amministrazione tradizionale.

Più analiticamente, nel sistema pianificatorio alla base del PNA l'amministrazione decide discrezionalmente in modo unilaterale come perseguire il pubblico interesse della migliore allocazione delle quote; mentre in un sistema di *auctioning* è il mercato che funziona automaticamente in funzione del pubblico interesse, determinando l'allocazione delle quote ai settori che ne hanno più bisogno e dunque sono disposti a pagare un prezzo più elevato: il *grandfathering* non è in questa prospettiva un modello di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici, ma di amministrazione tradizionale.

Dall'altro lato, è evidente che l'allocazione gratuita delle quote per i periodi di riferimento facilita l'avvio del sistema, che ha costi iniziali ridotti di funzionamento per le imprese (l'assegnazione iniziale non avviene dietro corrispettivo) e consente all'amministrazione di esprimere decisioni di politica industriale, circa lo sviluppo di determinati settori, a prescindere anche dal relativo peso economico.

In generale, visto il risultato del primo triennio di applicazione del sistema, con un periodo finale di crollo delle quotazioni delle quote di emissione causa eccesso di quote disponibili sul mercato⁸⁵,

⁸² Art. 10, direttiva 2003.

⁸⁵ Sul nesso tra il verificarsi di tale crollo del mercato delle quote di emissioni e l'originaria sopravvalutazione da parte delle autorità nazionali e comunitarie circa l'effettiva esigenza di certificati da parte del settore industriale, cfr. S. CLO, *Eu emissions trading tra fallimenti passati ed espirazioni future*, in *Energia*, 2/2007, p. 14; AEEG, *Parere 22 giugno 2007 inoltrato alla X Commissione attività produttive della Camera dei deputati. Gli oneri del sistema elettrico nazionale per la promozione delle fonti rinnovabili di energia e di altri impianti e forme di produzione incentivate*

sarebbe forse stata opportuna, anche volendo garantire l'assegnazione gratuita delle quote per consentire al sistema un più facile avvio, una maggiore presenza del mercato nella redazione del PNA, attraverso un sistema di *auctioning* integrativo delle opzioni politico-amministrative.

Ovvero tale sistema di *auctioning* poteva essere usato per il secondo periodo di regolazione, in cui a fronte di un mercato già consolidato, in cui si è diffusa la consapevolezza che per immettere quote di CO₂ nell'ambiente occorre sostenere dei costi, il pagamento di un corrispettivo per ottenere il rilascio di quote di emissione poteva essere un'opzione più accettata, oltre a consentire – lo si è già accennato – una valutazione più condivisa anche formalmente con il settore imprenditoriale, e dunque probabilmente più corrispondente alla realtà, circa l'effettiva necessità e l'effettivo valore delle quote per ogni singola impresa e per ogni settore⁸⁴.

Anche perché la formazione del piano comporta costi pubblici rilevanti per l'amministrazione che procede alla redazione di tale piano, che potrebbero essere quanto meno ridotti in un sistema di amministrazione più incentrato anche nella sua fase iniziale su dinamiche di mercato.

Le considerazioni ora svolte sono confermate in sede di teoria economica dove si afferma che un sistema di asta sui permessi concessi sarebbe un sistema in linea di principio più efficiente sul piano

o sussidiate, nel sito dell'AEEG www.autorita.energia.it. È la stessa Commissione CE che ritiene che il crollo temporaneo del prezzo delle quote di emissione nel maggio 2006 sia stato dovuto alla diminuzione della domanda avendo gli impianti investito in tecnologia di disinquinamento e dunque necessitando di un minor numero di quote di emissione (relazione della commissione CE ai sensi dell'art. 30, direttiva 2003/87/CE sul tema «Realizzare un mercato globale del carbonio» in data 13 novembre 2006, p. 5, in cui si rileva peraltro che è logico ritenere che è stato lo stesso avvio dell'*emissions trading* a determinare i maggiori investimenti nelle tecnologie di disinquinamento).

⁸⁴ Nel secondo periodo l'*auctioning* è stato usato in Italia per una quota limitata delle emissioni, ma non tanto per integrare attraverso il mercato le informazioni sulla difficoltà degli obiettivi di emissione fissati, quanto per compensare un aumento delle quote a disposizione di alcuni settori industriali: cfr. sul tema, nel sito della commissione CE sull'*emissions trading*, il Piano nazionale presentato dall'Italia, nonché la decisione della commissione 15 maggio 2007 che impone l'introduzione di modifiche a tale piano.

dell'allocazione dei costi⁸⁵, secondo quanto è stato osservato in generale per i sistemi di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici rispetto ai sistemi di amministrazione tradizionale.

È certamente possibile che anche i mercati avrebbero sopravvalutato le esigenze di certificati, come avvenuto comunque nel primo periodo di scambio delle quote in cui i prezzi sono stati più elevati rispetto al crollo del 2006-2007.

È però possibile che un intervento del mercato fin da subito – già nella fase di assegnazione delle quote – avrebbe potuto manifestare meglio i diversi orientamenti presenti, ed eventualmente far emergere con più facilità eventuali perplessità sul novero totale dei certificati necessari, rispetto alle decisioni unilaterali dell'amministrazione.

La criticità del momento iniziale di avvio del mercato, attraverso il PNA, è dimostrata dai contenziosi intervenuti sul punto, sia con riferimento all'accesso ai dati che sono stati alla base del PNA⁸⁶, per verificare l'esercizio della discrezionalità amministrativa, sia con riferimento al rapporto – almeno in alcuni casi – tra PNA e disciplina sugli aiuti di Stato, nella parte in cui si ritenga che l'assegnazione di quote maggiori ad un settore industriale anziché ad un altro, ove non supportata da convincenti ragioni oggettive e non discriminatorie, possa rappresentare appunto una forma di aiuto a determinati settori industriali.

In questo senso, per esempio, la Commissione CE ha affermato con riferimento al piano nazionale di allocazioni della Francia che «la Commission ne peut exclure à ce stade la possibilité que le plan national d'allocation de quotas implique une aide d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité. Le plan national d'allocation octroie un nombre excessif de quotas aux activités industrielles»⁸⁷.

Una valutazione siffatta non è invece stata adottata per l'approvazione dei piani nazionali di emissione del Regno Unito⁸⁸ e della

⁸⁵ Cfr. sul punto L. DE PAOLI, *L'impatto del protocollo di Kyoto nelle aziende: costi e benefici*, in *Econ. fonti econ. amb.*, 2005, p. 147.

⁸⁶ Cons. Stato 12 aprile 2007, n. 1699, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁷ Decisione 20 ottobre 2004, C(2004) 3982 final, di approvazione del Piano nazionale allocazioni della Francia.

⁸⁸ Decisione 7 luglio 2004, C(2004) 2515/4 final.

Germania⁸⁹, per i quali la Commissione ha invece espresso la piena compatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato.

In Italia il piano nazionale delle emissioni per il periodo 2008-2012 è stato approvato – per ora a livello nazionale – con d.m. 18 dicembre 2006, sulla base ovviamente di una previsione circa un calo progressivo delle emissioni nel periodo di assegnazione: in questo senso, il quantitativo totale delle quote attribuite con il PNA è determinato in modo da raggiungere gli obiettivi di riduzione quantitativa delle quote di emissione di cui al protocollo di Kyoto.

In conclusione, con riferimento al sistema di *emissions trading*, dall'esame della normativa si ricava che tale sistema si incentra su una forte valorizzazione degli strumenti di mercato.

Certamente vi è un atto fondamentale di tipo assolutamente amministrativo, rappresentato dalla formazione del PNA e dall'attribuzione delle quote tramite *godfathering*.

Tuttavia, le fasi successive del mercato e le convenienze economiche degli interventi si incentrano su meccanismi e opzioni delle singole imprese: le attività delle pubbliche amministrazioni di intervento sul regolare funzionamento del mercato sono previste come eccezionali (per esempio tramite interventi di integrazione sui PNA).

Per questa ragione il mercato dell'*emissions trading* può essere denominato come un mercato “forte”, rispetto ai poteri amministrativi, ove lo si confronti con i due mercati di cui si discuterà nei paragrafi seguenti (certificati verdi e titoli di efficienza energetica) nei quali la presenza dell'amministrazione resta rilevante anche in corso di funzionamento del mercato, indebolendo notevolmente, almeno in questo momento storico, il funzionamento del mercato e il carattere effettivamente economico dello strumento impiegato.

⁸⁹ Decisione 7 luglio 2004 C(2004) 2515/2 final.

6. *Strumenti economici di amministrazione della produzione di energia da fonti rinnovabili. Autorizzazioni negoziabili e sistemi di mercato nel settore energetico: il sistema di incentivazioni amministrative tradizionali, con specifico riferimento al sistema di sovvenzioni Cip 6*

Altro contesto nel quale l'amministrazione ha mutato il proprio intervento, passando da un intervento amministrativo tradizionale ad un intervento incentrato sulla valorizzazione – previa conformazione – dell'iniziativa privata, è il settore della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili⁹⁰.

Si tratta di un passaggio solo parziale: si è già detto con riferimento all'*emissions trading* che gli strumenti di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici concorrono di solito con altri strumenti di amministrazione tradizionale. Se l'*emissions trading* vale a controllare le emissioni di “bolla”, e cioè di un complesso di impianti unitariamente considerati, vi sono problematiche locali che il sistema, almeno nella sua impostazione attuale, non gestisce. Di qui l'integrazione con altri strumenti di *command and control* di tipo tradizionale, come l'IPPC.

Anche nel settore energetico gli strumenti di mercato (certificati verdi e certificati bianchi) si accompagnano a strumenti di tipo tradizionale, in particolare a sovvenzioni ovvero a forme di agevolazione previste nella disciplina amministrativa, che pare opportuno quanto meno accennare per cogliere la complessità dell'intervento amministrativo nel settore, ad integrazione dei modelli economici di intervento che saranno descritti successivamente.

Si tratta di esempi di uso di diversi strumenti amministrativi in modo integrato, secondo un approccio che la stessa Comunità europea promuove⁹¹.

⁹⁰ Sono fonti rinnovabili ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 387 del 2003, «le fonti energetiche rinnovabili non fossili (eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, maremotrice, idraulica, biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas). In particolare, per biomasse si intende: la parte biodegradabile dei prodotti, rifiuti e residui provenienti dall'agricoltura (comprendente sostanze vegetali e animali) e dalla silvicoltura e dalle industrie connesse, nonché la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani».

⁹¹ «Gli Stati membri applicano meccanismi diversi di sostegno delle fonti energetiche rinnovabili a livello nazionale, ivi compresi i certificati verdi, aiuti agli

Gli strumenti incentivanti, di amministrazione tradizionale, cui si farà cenno subito sotto, in particolare, condividono, come si è già detto nel capitolo I di questo scritto, con i modelli di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici l'approccio di natura premiale, e non punitivo, nei confronti dell'amministrato, ma si distinguono dagli strumenti di mercato poiché non valorizzano le dinamiche – essenzialmente privatistiche – di funzionamento di un mercato, bensì si muovono in una prospettiva più consueta, dove il mercato ed i suoi operatori sono l'oggetto dell'intervento, sulla base di prefigurazioni amministrative calate dall'alto, per così dire, e non lo strumento, di cui si valorizzano le dinamiche autonome di mercato, per perseguire interessi pubblici.

Per quanto concerne l'intervento tramite sovvenzioni, si tratta di un intervento che è stato sottoposto ad importanti riforme, al fine di incentivare solo le fonti effettivamente rinnovabili.

In questa prospettiva, la finanziaria 2007⁹² ha modificato in modo significativo gli impianti che possono essere ammessi a sovvenzione, prevedendo notevoli limiti con riferimento al finanziamento di fonti assimilate alle fonti rinnovabili, ma facendo peraltro salve, al fine di tutelare gli affidamenti ormai consolidati nel settore, le sovvenzioni già accordate agli impianti ammessi a suo tempo a finanziamento, sulla base della meno rigida normativa precedente, e cioè sostanzialmente sulla base del provvedimento Cip 6 di cui si dirà subito sotto in questo stesso paragrafo⁹⁵.

investimenti, esenzioni o sgravi fiscali, restituzioni d'imposta e regimi di sostegno diretto dei prezzi» (considerando n. 14, direttiva CE n. 77 del 2001).

⁹² Legge 27 dicembre 2006, n. 296.

⁹⁵ Art. 1, comma 1117, legge finanziaria 2007: «Dalla data di entrata in vigore della presente legge i finanziamenti e gli incentivi pubblici di competenza statale finalizzati alla promozione delle fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica sono concedibili esclusivamente per la produzione di energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili, così come definite dall'articolo 2 della direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili. Sono fatti salvi i finanziamenti e gli incentivi concessi, ai sensi della previgente normativa, ai soli impianti già autorizzati e di cui sia stata avviata concretamente la realizzazione anteriormente all'entrata in vigore della presente legge, ivi comprese le convenzioni adottate con delibera del Comitato interministeriale prezzi il 12 aprile 1992 e destinate al sostegno alle fonti energetiche assimilate, per i quali si applicano le disposizioni di cui al comma 1118» (il corsivo è di chi scrive).

Una disciplina specifica ed organica sulle sovvenzioni è oggi prevista essenzialmente per la sola energia prodotta da fonte solare, attraverso il riconoscimento di una tariffa incentivante, con un tetto complessivo per il quantitativo di energia incentivabile.

La normativa sul punto utilizza riassuntivamente la locuzione di «conto energia» per indicare il complesso degli interventi incentivanti – concettualmente espressi dalla figura della sovvenzione – per la produzione fotovoltaica, secondo quanto disposto dall’art. 7, d.lgs. n. 387 del 2003, attuato sul punto con d. m. 28 luglio 2005 (ancora operante per gli impianti incentivati sulla base di tale decreto, come modificato con d.m. 6 febbraio 2006), successivamente sostituito dal d.m. oggi vigente 19 febbraio 2007.

Le modalità pratiche per il finanziamento delle sovvenzioni all’energia da fonte solare attraverso una tariffa incentivante sono state definite dall’AEEG dapprima, con riferimento al d.m. 28 luglio 2005, con delibera 14 settembre 2005, n. 188⁹⁴, e poi, con riferimento al d.m. 19 febbraio 2007, con il vigente provvedimento AEEG 11 aprile 2007, n. 90.

Oltre alle sovvenzioni in conto energia, per la produzione di energia fotovoltaica, altre forme di incentivazione si riscontrano in modo disorganico, a favore dell’utilizzo produttivo delle fonti di energia rinnovabile.

Deve in questa prospettiva essere ricordata in primo luogo la preferenza che Terna deve garantire all’energia prodotta da fonti rinnovabili nell’accesso alla rete⁹⁵.

In secondo luogo, devono essere ricordate le forme di incentivazione per gli investimenti nella produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili: attraverso finanziamenti parziali a fondo perduto sugli investimenti realizzati (come previsto per esempio dalla legge 9 gennaio 1991, n. 10, art. 11), ovvero attraverso l’introduzione di discipline più semplici, di agevolazione, per realizzare gli impianti.

⁹⁴ La delibera n. 188 del 2005 è stata modificata successivamente con delibera AEEG 24 febbraio 2006, n. 40 e poi con delibera AEEG 28 novembre 2006, n. 260.

⁹⁵ Art. 11, comma 4, d.lgs. n. 79 del 1999.

ti che producono energia con fonti rinnovabili, ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 387 del 2003⁹⁶.

In terzo luogo, deve essere ricordato il sistema di sovvenzioni Cip 6⁹⁷, il quale ha rappresentato e rappresenta ancora, per quanto ad esaurimento, un sistema centrale di intervento amministrativo nell'ambito della produzione di energia da fonti rinnovabili.

In tale sistema, com'è noto, l'incentivazione della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili avviene tramite prezzi garantiti per l'energia prodotta da impianti che utilizzano tali fonti, sulla base dei costi termoelettrici evitati (sulla base cioè del risparmio per l'allora operatore dominante rappresentato dal non realizzare un impianto termoelettrico, per la parte corrispondente all'energia "verde" prodotta), e sulla base di prezzi incentivanti diversi per tipologie di fonte rinnovabile e di tecnologia impiegata, con prezzi più alti per le forme di produzione più costose come la produzione da biomasse.

⁹⁶ Di particolare interesse con riferimento a tale procedimento risulta essere l'espresso divieto di riconoscere misure di compensazione a favore delle regioni e delle province (art. 12, comma 6). Non sono compresi nel divieto i comuni, sembra perciò che il legislatore abbia inteso proibire forme di possibile influenza del riconoscimento di corrispettivi in capo alle autorità che rilasciano le autorizzazioni – appunto regioni e province – ma non con riferimento ai comuni; i quali peraltro com'è noto hanno un rilevante potere di influenza sul procedimento, non facilmente prescindibile, inerente particolarmente alla materia urbanistica.

⁹⁷ Provvedimento c.d. Cip 6/1992, riferito alla delibera del Comitato interministeriale prezzi n. 6 del 29 aprile 1992; il provvedimento è stato emanato com'è noto sulla base dell'art. 22, comma 5, della legge 9 gennaio 1991, n. 9, il quale recita quanto segue: «5. I prezzi relativi alla cessione, alla produzione per conto dell'Enel, al vettoriamento ed i parametri relativi allo scambio vengono definiti dal Cip entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge ed aggiornati con cadenza almeno biennale, assicurando prezzi e parametri incentivanti nel caso di nuova produzione di energia elettrica ottenuta da fonti energetiche di cui al comma 1». L'ultimo periodo di tale comma, che ammetteva all'incentivazione anche l'energia prodotta da fonti assimilate («Nel caso di impianti che utilizzano fonti energetiche assimilate a quelle rinnovabili, il Cip definisce altresì le condizioni tecniche generali per l'assimilabilità»), è stato soppresso dal comma 1120 dell'art. 1, L. 27 dicembre 2006, n. 296. (legge finanziaria 2007). Sul Cip 6 cfr. R. TAPPI, *I certificati verdi: meccanismo di funzionamento e profili giuridici*, cit., p. 167, AEEG, *Parere 22 giugno 2007. Gli oneri del sistema elettrico nazionale per la promozione delle fonti rinnovabili di energia e di altri impianti e forme di produzione incentivate o sussidiate*, cit.

Il sistema si incentrava sulla volontà del legislatore, espressa nella legge n. 9 del 1991, di ampliare la generazione nel nostro paese, stante la carenza di produzione all'inizio degli anni novanta.

Il d.m. 24 gennaio 1997 ha successivamente ristretto l'efficacia del sistema Cip 6 alle sole iniziative a tale data già approvate ovvero in corso (l'ultima graduatoria degli impianti da realizzare ammessa al contributo risale – a quanto consta – al 30 giugno 1995), prevedendo la corresponsione del prezzo incentivato per l'intera durata della convenzione stipulata tra produttori ed Enel, secondo quanto previsto anche con legge n. 481 del 1995, art. 3, comma 7⁹⁸.

All'Enel è successivamente subentrato nel ruolo applicativo del provvedimento Cip 6 il GRTN (Gestore della rete di trasmissione nazionale), anche nella qualità di acquirente, in seguito alla liberalizzazione di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79. Il GRTN originariamente gestiva la rete elettrica ma ha oggi mutato compiti e denominazione in GSE (Gestore dei servizi elettrici), divenendo il fulcro della gestione delle energie rinnovabili nel sistema elettrico⁹⁹.

⁹⁸ La convenzione con Enel è conforme ad una convenzione tipo approvata dall'allora Ministero dell'industria in data 25 settembre 1992, ed è di durata pari a 15 o 20 anni, per cui sono ancora numerosi gli impianti Cip 6 funzionanti, talora anche perché realizzati solo recentemente pur essendo stati autorizzati a suo tempo.

⁹⁹ Il gestore della rete nazionale – GRTN – era precedentemente la società che gestiva effettivamente la rete nazionale in alta tensione per la distribuzione dell'energia elettrica, mentre il proprietario di tale rete era la società Terna; com'è noto, con d.P.C.M. 11 maggio 2004 si è previsto per rendere più efficiente ed imparziale il funzionamento del sistema che Terna svolgesse anche le funzioni di gestore e che risolvesse il collegamento societario con Enel precedentemente esistente. L'effettiva gestione e proprietà della rete spetta oggi dunque a Terna; sono rimaste in capo al GRTN le funzioni in materia di energie rinnovabili (art. 1, d.P.C.M. ult. cit.). All'esito del trasferimento delle funzioni dal GRTN a Terna il GRTN ha mutato denominazione in Gestore dei servizi elettrici (GSE). Terna è stata ceduta parzialmente in borsa e anche l'azionariato esprime una sua tendenziale neutralità: ma la partecipazione in Terna da parte della Cassa depositi e prestiti, che è anche azionista di Enel, è stata messa in discussione, per cui l'AGCM aveva stabilito l'obbligo di cessione da parte della Cassa o della quota detenuta in Enel, o della quota detenuta in Terna, essendo quest'ultima ragionevolmente più collegata a elementi di pubblico interesse e dunque destinata a rimanere in disponibilità della Cassa, con delibera 4 agosto 2005, ancora non eseguita. Il GSE è invece una società partecipata interamente dal Ministero dell'economia e delle finanze, che esercita i diritti di azionista in tale società assieme al Ministero per lo sviluppo economico.

La produzione sovvenzionata ai sensi del provvedimento Cip 6, come è stato accennato, è ancora rilevante, tanto che al 2006 rappresentava il 16% dell'intera produzione nazionale¹⁰⁰, con una netta prevalenza (64% su tale 16%) dell'energia prodotta da fonti assimilate rispetto all'energia prodotta da fonti effettivamente rinnovabili¹⁰¹.

Si prevede peraltro che al 2012 giungeranno a scadenza numerose convenzioni stipulate sulla base del provvedimento Cip 6, e che il quantitativo di energia Cip 6 inizierà perciò a tale data a ridursi fortemente.

Tale riduzione dovrebbe avvenire nonostante diversi impianti Cip 6 siano entrati in funzione in tempi recenti – lo si è già ricordato – sulla base dei progetti approvati a suo tempo: su questi profili si tornerà nei paragrafi successivi.

Si è detto degli elementi sulla base dei quali è ricostruita la sovvenzione Cip 6 e della sua durata. Per quanto concerne le modalità concrete di erogazione della sovvenzione, essa viene erogata attraverso il riconoscimento, da parte del GSE, al produttore, di un prezzo maggiore rispetto al prezzo di cessione che il GSE pratica per tale energia sul mercato: la differenza tra i due prezzi ora ricordati rappresenta la sovvenzione. Le somme per l'erogazione della sovvenzione sono prelevate da una componente tariffaria e dunque dall'utenza; il prezzo di cessione al GSE risulta ad oggi sottratto al potere tariffario dell'AEEG per la durata del contratto sull'impianto, sulla base di un parere del Consiglio di Stato rilasciato su richiesta dell'AEEG nel 1999¹⁰².

¹⁰⁰ Il quantitativo rilevante di energia Cip 6 immesso nel sistema nazionale si spiega ove si consideri che nel sistema Cip 6 diverse fonti energetiche erano assimilate alle fonti energetiche rinnovabili.

¹⁰¹ È noto che il fenomeno dell'assimilazione, fortemente criticato, è stato espunto dal nostro ordinamento in misura consistente a partire dal d. lgs. n. 387 del 2003 come modificato con d.lgs. n. 296 del 2006, fino alla legge finanziaria 2007, citata. I dati sono tratti da AEEG, *Parere 22 giugno 2007. Gli oneri del sistema elettrico nazionale per la promozione delle fonti rinnovabili di energia e di altri impianti e forme di produzione incentivate o sussidiate*, cit.

¹⁰² Su tutti questi elementi, cfr. AEEG, *Parere 22 giugno 2007. Gli oneri del sistema elettrico nazionale per la promozione delle fonti rinnovabili di energia e di altri impianti e forme di produzione incentivate o sussidiate*, cit.

Quanto sopra con riferimento al sistema di incentivazione di cui al provvedimento Cip 6, inerente all'energia prodotta: tema che si distingue dal tema diverso dei certificati verdi, i quali a loro volta sono altra cosa rispetto all'energia ad essi sottostante pur essendo il relativo valore connesso ai costi di produzione.

In questa prospettiva, come si vedrà, mentre si è detto che le convenzioni sulla cessione di energia Cip 6 durano per un periodo massimo di 15 anni o 20 anni, i certificati verdi possono essere concessi ad un impianto per una durata più ridotta, pari a 12 anni, e attingono solo ad impianti successivi al 1999.

7. *(segue) Autorizzazioni negoziabili e sistemi di mercato nel settore energetico: il mercato dei certificati verdi. Gli obblighi di immissione in rete di energia da fonti rinnovabili previsti per ogni produttore di energia elettrica da fonti non rinnovabili, e la qualificazione preliminare amministrativa da parte del GSE degli impianti che possono ottenere certificati verdi*

Passando dunque ad esaminare, dall'energia prodotta nella vigenza del provvedimento Cip 6, e dalle sovvenzioni connesse all'acquisto di tale energia, la disciplina sui certificati verdi, si deve subito rilevare che il fulcro della disciplina è contenuto nel d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, il quale ha attuato la direttiva CE 96/92 del 19 dicembre 1996 (direttiva sulla liberalizzazione del mercato elettrico in Europa), con cui è stato sostanzialmente avviato il processo di liberalizzazione del mercato elettrico.

In tale contesto liberalizzato si è deciso di affiancare al precedente sistema incentivante di sovvenzioni un nuovo sistema di certificazioni negoziabili, secondo il modello analitico che sarà descritto in seguito, e che è stato previsto in dettaglio prima dal d.m. 11 novembre 1999, ed ora dal d.m. 24 ottobre 2005, che ha abrogato il d.m. precedente¹⁰⁵, nonché, in linea di principio dalla direttiva CE

¹⁰⁵ Ci si riferisce al d.m. 24 ottobre 2005 recante «Aggiornamento delle direttive per l'incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili ai sensi dell'articolo 11, comma 5, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79».

2001/77 del 27 dicembre 2001, attuata nel nostro ordinamento con d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

La disciplina sull'energia prodotta da fonti rinnovabili è dunque – come si può osservare anche in seguito ad un mero esame dei testi rilevanti – inserita all'interno di una serie di testi non coordinati tra di loro, per cui è evidente (anche in considerazione della centralità del settore della produzione energetica in questa fase storica) la necessità di redigere un testo unico sul punto.

Con riferimento alle fonti normative citate, deve peraltro essere rilevato nuovamente che esse non si riferiscono solo a modelli di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici come descritti nel presente contributo, ma ineriscono ad un ampio e polimorfo quadro di interventi per la promozione di energie da fonte rinnovabile, quadro di cui fanno parte anche interventi di sovvenzione di tipo tradizionale, di cui si è in parte detto nel paragrafo che precede.

Passando ora a considerare analiticamente il nuovo sistema di incentivazione dello sviluppo di produzione energetica da fonti rinnovabili, incentrato su forme di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici, tese a valorizzare meccanismi di mercato per perseguire interessi pubblici, si rileva quanto segue.

Il legislatore ha previsto che ogni impianto di generazione nonché ogni soggetto che importa energia in Italia «da fonti non rinnovabili»¹⁰⁴ debba immettere nel sistema elettrico per ogni anno una quota predeterminata di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili¹⁰⁵; non è computata nell'energia rispetto alla quale calcola-

Tale decreto non deve essere confuso con l'altro decreto ministeriale in pari data, inerente ai certificati verdi da assegnare alla cogenerazione con teleriscaldamento, il quale pare superato, per le parti incompatibili, dal d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, il quale ultimo ridisciplina in modo esaustivo la cogenerazione ad altro rendimento.

¹⁰⁴ Art. 11, comma 1, d.lgs., n. 79 del 1999. Gli impianti che producono da fonti rinnovabili, anche se non hanno diritto all'ottenimento di certificati verdi perché per esempio entrati in essere prima del 1999 (e dunque non si tratta di impianti nuovi o ripotenziati: di ciò si dirà subito sotto), ovvero perché hanno ultimato il periodo in cui possono fruire di certificati verdi (anche su ciò cfr. quanto si rileva subito sotto), non sono tenuti ad immettere quote di energia verde.

¹⁰⁵ D.lgs. n. 79 del 1999, art. 11: «1. Al fine di incentivare l'uso delle energie rinnovabili, il risparmio energetico, la riduzione delle emissioni di anidride carbonica e l'utilizzo delle risorse energetiche nazionali, a decorrere dall'anno 2001 gli importatori e i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno,

re la quota di energia “verde” da immettere l’energia prodotta in cogenerazione¹⁰⁶.

importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili hanno l’obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale, nell’anno successivo, una quota prodotta da impianti da fonti rinnovabili entrati in esercizio o ripotenziati, limitatamente alla producibilità aggiuntiva, in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto. 2. L’obbligo di cui al comma 1 si applica alle importazioni e alle produzioni di energia elettrica, al netto della cogenerazione, degli autoconsumi di centrale e delle esportazioni, eccedenti i 100 GWh, nonché al netto dell’energia elettrica prodotta da impianti di gassificazione che utilizzino anche carbone di origine nazionale, l’uso della quale fonte è altresì esentato dall’imposta di consumo e dall’accisa di cui all’articolo 8 della legge 23 dicembre 1998, n. 488; la quota di cui al comma 1 è inizialmente stabilita nel due per cento della suddetta energia eccedente i 100 GWh. 3. Gli stessi soggetti possono adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l’equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori, purché immettano l’energia da fonti rinnovabili nel sistema elettrico nazionale, o dal gestore della rete di trasmissione nazionale. I diritti relativi agli impianti di cui all’articolo 3, comma 7, della legge 14 novembre 1995, n. 481 sono attribuiti al gestore della rete di trasmissione nazionale. Il gestore della rete di trasmissione nazionale, al fine di compensare le fluttuazioni produttive annuali o l’offerta insufficiente, può acquistare e vendere diritti di produzione da fonti rinnovabili, prescindendo dalla effettiva disponibilità, con l’obbligo di compensare su base triennale le eventuali emissioni di diritti in assenza di disponibilità. 4. Il gestore della rete di trasmissione nazionale assicura la precedenza all’energia elettrica prodotta da impianti che utilizzano, nell’ordine, fonti energetiche rinnovabili, sistemi di cogenerazione, sulla base di specifici criteri definiti dall’Autorità per l’energia elettrica e il gas, e fonti nazionali di energia combustibile primaria, queste ultime per una quota massima annuale non superiore al quindici per cento di tutta l’energia primaria necessaria per generare l’energia elettrica consumata. 5. Con decreto del Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato, di concerto con il Ministro dell’ambiente, sono adottate le direttive per l’attuazione di quanto disposto dai commi 1, 2 e 3, nonché gli incrementi della percentuale di cui al comma 2 per gli anni successivi al 2002, tenendo conto delle variazioni connesse al rispetto delle norme volte al contenimento delle emissioni di gas inquinanti, con particolare riferimento agli impegni internazionali previsti dal protocollo di Kyoto. 6. Al fine di promuovere l’uso delle diverse tipologie di fonti rinnovabili, con deliberazione del CIPE, adottata su proposta del Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato, sentita la Conferenza unificata, istituita ai sensi del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono determinati per ciascuna fonte gli obiettivi pluriennali ed è effettuata la ripartizione tra le Regioni e le Province autonome delle risorse da destinare all’incentivazione. Le Regioni e le Province autonome, anche con proprie risorse, favoriscono il coinvolgimento delle comunità locali nelle iniziative e provvedono, attraverso procedure di gara, all’incentivazione delle fonti rinnovabili».

¹⁰⁶ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 79 del 1999. Attualmente le previsioni in materia di cogenerazione sembrano riferirsi alla sola cogenerazione ad alto rendimento, di cui al d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, alla quale sono rilasciati sulla base di tale

Tale energia dovrà essere prodotta da impianti che utilizzano fonti rinnovabili nuovi o ripotenziati, essendo in tale ultimo caso computata la sola energia prodotta dai potenziamenti.

Il legislatore in tal modo, disciplinando i caratteri dell'energia computabile per assolvere il debito "verde" come energia prodotta solo da impianti nuovi o ripotenziati, intende evidentemente favorire non tanto la produzione "verde" in sé, ma la produzione "verde" che sia nuova, al fine di accrescere il parco di impianti di produzione elettrica che utilizza fonti rinnovabili.

In particolare, la quota di energia verde che deve essere immessa nel sistema è stata determinata direttamente dalla legge nel 2% dell'energia prodotta in eccedenza rispetto ai 100GWh¹⁰⁷, per il 2002, e successivamente aumentata¹⁰⁸.

In alternativa all'immissione nel mercato nazionale di energia "verde", il legislatore consente l'acquisto anche per intero¹⁰⁹ di certificati attestanti la produzione energetica "verde" generata da altri produttori.

Per gli impianti già sovvenzionati ai sensi del provvedimento Cip 6, la norma prevede che i certificati verdi relativi siano attribuiti al gestore della rete nazionale – GSE, il quale li cederà sul mercato a un prezzo prefissato, come si dirà, influenzando per questo verso in modo significativo sui prezzi di mercato dei certificati, stante il novero molto rilevante dei certificati Cip 6 immessi¹¹⁰.

Per garantire maggiore flessibilità nel perseguimento degli obiettivi fissati dal legislatore il governo ha introdotto alcune esplicitazio-

decreto certificati bianchi (dei quali si dirà in seguito) e non verdi; la cogenerazione non si raccorda infatti all'uso di fonti rinnovabili in senso proprio (collegate ai certificati verdi) ma al risparmio energetico evitando di disperdere il calore e producendo energia termica (con processo di efficientamento che concettualmente è più contiguo al sistema dei certificati bianchi). Gli impianti autorizzati prima di tale decreto del 2007 possono ancora dare titolo all'ottenimento di certificati verdi ad esaurimento, comunque a determinate condizioni limitative (art. 14, d.lgs. n. 20 del 2007).

¹⁰⁷ Art. 11, comma 2, d.lgs. n. 79.

¹⁰⁸ L'aumento definito dal decreto n. 387 era fissato nello 0,35 per cento annuo fino al 2006 (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 387); successivamente dovevano intervenire decreti ministeriali per ulteriori aumenti allo stato non ancora intervenuti.

¹⁰⁹ Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 79 del 1999.

¹¹⁰ Art. 11, comma 3, d.lgs. n. 79 del 1999.

ni al concetto di energia “verde”, da fonte rinnovabile, come energia utile per colmare il debito della medesima, attraverso alcune precisazioni interpretative di cui si ricordano le due principali.

In primo luogo, occorre sottolineare ancora, anche con riferimento all’energia Cip 6 ceduta al GSE, che l’energia “verde” rilevante per l’emissione di certificati verdi è l’energia nuova prodotta, e cioè l’energia prodotta da impianti nuovi, rifatti o potenziati in data successiva al 1999¹¹¹: per cui i certificati verdi ceduti al GSE risultano essere solo quelli inerenti ad impianti entrati in produzione ovvero potenziati dopo il 1999.

Con riferimento ai profili temporali appena indicati, il governo ha consentito che per gli impianti termoelettrici entrati in esercizio prima del 1999, anno della liberalizzazione, che operino successivamente a tale data in cocombustione e siano dunque qualificabili come centrali ibride¹¹², si possa ritenere che essi producono energia da fonte rinnovabile computabile nell’ambito dei certificati verdi, per la sola quota per la quale utilizzano la fonte rinnovabile, tenendo conto che per l’emissione dei certificati all’energia così prodotta si applica un coefficiente di riduzione del 50%¹¹³.

In secondo luogo, con una ulteriore precisazione, l’autorità governativa è intervenuta sul rifacimento anche parziale degli impianti idroelettrici, circa i quali impianti gli interventi di rifacimento raramente danno luogo ad un miglioramento produttivo, limitando la possibilità di tener conto del rifacimento ai soli interventi su impianti non recenti, e comunque con riferimento solo ad una quota dell’energia prodotta¹¹⁴.

¹¹¹ L’autorità governativa ha chiarito i termini ora indicati analiticamente all’interno del d.m. del 2005, art. 4.

¹¹² Art. 2, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 387 del 2003: «centrali ibride: centrali che producono energia elettrica utilizzando sia fonti non rinnovabili, sia fonti rinnovabili, ivi inclusi gli impianti di cocombustione, vale a dire gli impianti che producono energia elettrica mediante combustione di fonti non rinnovabili e di fonti rinnovabili».

¹¹³ Così l’art. 4, comma 2, d.m. 24 ottobre 2005 (identico sul punto al precedente art. 4, comma 2, d.m. 11 novembre 1999).

¹¹⁴ Tale quota è stabilita con le modalità di cui all’allegato A del d.m. 2005; cfr. sul punto l’art. 4, comma 4, d.m. 2005.

Affinché gli impianti che producono energia da fonti rinnovabili possano consentire il rilascio di certificati verdi, essi devono essere previamente qualificati con un procedimento amministrativo previsto – sulla base del d.lgs. 79 del 1999, art. 11 – dal d.m. 2005.

Il GSE, una volta ricevuta la domanda circa la qualificazione dell'impianto come impianto che utilizza fonti rinnovabili, procede alla verifica della corrispondenza dell'impianto ai parametri richiesti dalla normativa e rilascia la qualificazione richiesta; in mancanza di pronuncia interviene il silenzio-assenso, decorsi 90 giorni dalla richiesta, ai sensi dell'art. 4, comma 3, d.m. 2005.

Si tratta di un sistema in cui il potere del GSE esprime un contenuto vincolato dal punto di vista tecnico, che ha indotto taluno, secondo la nota distinzione sviluppata in sede dottrinale, a ritenere che la posizione dell'interessato sia di diritto soggettivo, e non di interesse legittimo¹¹⁵.

In realtà, com'è noto, la giurisprudenza anche a fronte di poteri vincolati in diversi casi, riconosce una posizione di interesse legittimo, utilizzando quale criterio aggiuntivo per qualificare la situazione giuridica soggettiva il criterio, suscettibile di applicazioni molto diversificate, rappresentato dalla distinzione norma di azione-norma di relazione.

In particolare, storicamente il criterio attività discrezionale amministrativa = interessi legittimi; attività vincolata o a discrezionalità tecnica = diritti soggettivi è seguito soprattutto nel momento in cui si discute di prestazioni patrimoniali, imposte o erogate dall'amministrazione, e non così spesso per procedimenti aventi oggetti diversi¹¹⁶.

A prescindere dalla situazione giuridica soggettiva contrapposta all'azione del GSE (tematica che segue spesso percorsi poco prevedibili e molto legati all'orientamento del momento della giurispru-

¹¹⁵ F. PERNAZZA, *I certificati verdi: un nuovo bene giuridico?*, in *Rass. giur. en. el.*, 2006, p. 184.

¹¹⁶ Sul punto, si rinvia ancora per tutti, anche per ulteriori richiami, all'analisi di A. ZITO, *Causa petendi e attività vincolata*, in *Codice della Giustizia amministrativa*, cit., p. 70 e ss.; il tema del riparto di giurisdizione sulla base della natura vincolata o discrezionale dell'attività è stato già affrontato anche in precedenza in questo medesimo capitolo.

denza) interessa individuare invece il diritto applicabile a tale attività.

In primo luogo, deve essere rilevato che il GSE è un soggetto privato: se la qualificazione degli impianti ammessi al sistema fosse stata svolta da una pubblica amministrazione sarebbe stato più semplice concludere per una connotazione amministrativa dell'attività, in quanto come si è ricordato già più volte il diritto amministrativo è il diritto normale dell'amministrazione, anche dopo l'art. 1, comma 1 *bis*, legge n. 241 del 1990.

Per quanto il GSE sia un soggetto privato, il quale dunque come tutti i soggetti privati ordinariamente opera secondo il diritto privato, esso da un lato è partecipato interamente da pubbliche amministrazioni, come si è detto in precedenza; dall'altro lato esso svolge un'attività che nella disciplina rinviene connotazioni pubblicistiche, sia con riferimento al ritiro obbligatorio, nell'interesse pubblico, dell'energia Cip 6, di cui si è già detto, sia con riferimento all'attività di qualificazione degli impianti di cui si sta discutendo in questa sede, come si è accennato e come si procede ad esporre¹¹⁷.

¹¹⁷ Sull'importanza dei criteri elencati in testo (soggettivi: il controllo pubblico, e oggettivi: la disciplina sull'attività) per ritenere la presenza di attività amministrativa, cfr. oltre ai richiami contenuti nel capitolo I di questo scritto, in cui tali criteri sono richiamati a fianco di altri, da ultima anche per ulteriori rinvii Cons. Stato sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550, in www.giustizia-amministrativa.it, con riferimento alla Cassa depositi e prestiti spa, laddove si ipotizza – sia pure *incidenter tantum* – che sia possibile utilizzare la nozione di organismo di diritto pubblico (per la cui costruzione sono fondamentali i criteri indicati in testo: maggioranza pubblica e attività svolta istituzionalmente per interessi generali non industriali o commerciali) con riferimento non solo all'attività contrattuale disciplinata dal diritto comunitario e nazionale in modo procedimentalizzato (appalti di lavori, servizi e forniture), ma anche con riferimento al diverso settore degli acquisti di titoli societari. Esattamente, la sentenza afferma quanto segue: «Sembra, pertanto, che correttamente Cassa depositi e prestiti s.p.a. abbia rivendicato una natura pubblicistica perché possiede i tre requisiti, cui la normativa nazionale, ricalcando quella comunitaria, subordina l'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico, in quanto: a) il requisito della personalità giuridica è soddisfatto dalla veste di società per azioni; b) la sottoposizione ad una influenza pubblica non è in contestazione, trattandosi di s.p.a. inizialmente a totale partecipazione pubblica; c) la gestione di parte della sua attività è servizio pubblico teso al soddisfacimento di bisogni della collettività non aventi carattere industriale o commerciale (tenuto conto che il soddisfacimento di tali bisogni non presuppone necessariamente la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione della stessa al loro specifico soddisfacimento)». La sentenza si spinge poi oltre tali considerazioni

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, la qualificazione degli impianti è un atto che fa parte del procedimento successivo per l'attribuzione dei certificati verdi, il quale procedimento successivo presuppone l'esistenza di tale atto, non come atto di parte, ma come atto che esprime un accertamento istruttorio, svolto da un soggetto che nella legge risulta perciò avere nei confronti del procedimento lo stesso ruolo dell'autorità che rilascia i certificati verdi (atti sicuramente amministrativi, come si dirà nel paragrafo che segue)¹¹⁸.

È importante inoltre considerare che la stessa disciplina contenuta nel d.m. 2005 – come si è detto – prevede che la mancata emanazione dell'atto di accertamento, da parte del GSE, richiesto per l'impianto determini l'insorgenza di un silenzio – assenso, secondo un modulo giuridico valido nel diritto amministrativo ma non nel diritto privato, in cui il silenzio non è tendenzialmente significativo; per cui anche per questo profilo sembra corretto ritenere che il quadro di riferimento al quale il legislatore intende rinviare sia il diritto amministrativo, e non il diritto privato.

introducendo la categoria dell'ente pubblico in forma societaria; sembra peraltro come di consueto (di ciò si è già detto nel primo capitolo di questo scritto) che la nozione di ente pubblico in forma societaria sia usata anche in tale sentenza come locuzione indicativa del carattere amministrativo dell'attività svolta, e non in senso proprio, con riferimento all'organizzazione della società: è chiaro anche nella sentenza che in realtà le norme strutturali sono privatistiche («La forma societaria, in tal caso, costituisce mero involucro formale, un espediente, cioè, tecnico-giuridico per il conseguimento d'importanti vantaggi, quali la maggiore flessibilità organizzativa, la possibile limitazione della partecipazione pubblica ad una quota del capitale sociale, l'utilizzazione delle esperienze di altri soggetti nella gestione d'analoghi servizi, la possibilità della circolazione del capitale della società»: così afferma la sentenza ultima citata evidenziando dunque che le norme strutturali sono evidentemente quelle del codice civile). Con specifico riferimento al GRTN-GSE, come soggetto che pone in essere un'attività amministrativa nel sistema del dispacciamento dell'energia elettrica su incarico legislativo, e non con riferimento specifico al ruolo di tale soggetto nel sistema di rilascio delle autorizzazioni per la qualificazione impiantistica (dove peraltro come si dirà in testo tali conclusioni circa il carattere amministrativo dell'attività possono essere confermate), cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5241 del 2003, cit.

¹¹⁸ Restano in capo al GRTN-GSE dopo il trasferimento dei compiti gestionali della rete a Terna: «beni, rapporti giuridici e personale afferenti alle *funzioni* di cui all'art. 3, commi 12 e 13, e di cui all'art. 11, comma 3, del decreto legislativo n. 79 del 1999» (art. 1, comma 1, lett. a d.P.C.M. 2004; il corsivo è di chi scrive, a sottolineare il richiamo di un elemento terminologicamente pubblicistico).

Per quanto le valutazioni sul punto non siano mai chiarissime e subiscano anche in questo caso significativamente l'impatto di orientamenti giurisprudenziali talora succintamente motivati¹¹⁹, si tratta di elementi sintomatici complessivi che inducono a ritenere che gli atti emanati dal GSE, di qualificazione degli impianti ammessi ai certificati verdi, siano riferibili ad una sistematica amministrativa.

8. *I certificati verdi come strumenti negoziabili per soddisfare il debito di immissione di energia "verde" nel sistema. Il funzionamento del sistema e l'intervento diretto della pubblica amministrazione sul mercato attraverso il GSE: il mercato dei certificati verdi come mercato "debole" rispetto ai poteri di intervento amministrativi*

Sono certificati verdi i «diritti di cui al comma 3 dell'art. 11 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, rilasciati nell'ambito dell'applicazione delle direttive di cui al comma 5 dell'art. 11 del medesimo decreto legislativo»¹²⁰, e cioè le attestazioni inerenti all'aver prodotto o comunque immesso energia da fonte rinnovabile nel sistema elettrico nazionale, secondo quanto descritto dal medesimo art. 11, comma 3, d.lgs. n. 79 del 1999.

Tali certificati sono emessi dal GSE, su comunicazione del produttore circa l'avvio della produzione e circa la relativa quantificazione, nei termini che saranno descritti subito sotto.

Anche con riferimento all'emissione dei certificati verdi, come già si è detto con riferimento alla qualificazione degli impianti, la disciplina prevede forme di procedimentalizzazione nell'attività del

¹¹⁹ Si è detto in questo medesimo capitolo che la simile attività di omologazione, anche svolta da soggetti amministrativi come l'ISPESL, è stata ritenuta dalla Cassazione, con succinta motivazione, come attività comunque soggetta alla giurisdizione ordinaria, trattandosi di attività tecnica, per quanto ciò non significhi – lo si ripete – che tale attività, a prescindere dal giudice competente, debba essere altresì disciplinata dal diritto privato, secondo quanto è stato già ricordato in precedenza.

¹²⁰ Così l'art. 2, comma 1, lett. o, d.lgs. n. 387.

GSE, con termini massimi di rilascio¹²¹, con interventi potestativi – imperativi del GSE per compensare eventuali mancate corrispondenze tra certificati ed energia verde effettivamente immessa in rete¹²², e con il riconoscimento di poteri di controllo sugli impianti in capo al GSE¹²³ ed in generale sulla produzione di energia verde da parte dell'assegnatario¹²⁴, con conseguenze sul piano sanzionatorio, nel senso che tali accertamenti rappresentano poi elementi del procedimento sanzionatorio che viene svolto in caso di violazioni della normativa dall'AEEG, come si dirà in seguito.

Si tratta di elementi normativi sintomatici, i quali, assieme alla composizione totalmente pubblica del GSE, inducono a ritenere che il GSE operi anche su questo punto in un sistema di diritto amministrativo, incentrato sulla legge n. 241 del 1990, tramite atti amministrativi, visto che la normativa nel suo complesso risulta caratterizzare l'azione del GSE, anche per gli elementi di imperatività, come azione di un soggetto portatore di interessi pubblici, specie con riferimento al rilievo dell'attività del GSE all'interno di un successivo procedimento sanzionatorio ed ai riflessi imperativi di tale attività.

I certificati sono emessi inizialmente solo per 12 anni successivi all'avviamento dell'impianto¹²⁵: solo per tale durata l'impianto è considerato come impianto titolato ad ottenere certificati verdi annuali.

Originariamente, nel 1999, tale periodo era stato limitato a 8 anni¹²⁶: esso è stato successivamente esteso fino a 12 anni dal d.lgs. n. 387 del 2003, art. 20, comma 5, come modificato dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Anche per questo aspetto l'autorità governativa cerca di costringere attraverso il meccanismo di mercato le imprese ad un circuito virtuoso di investimento costante in fonti rinnovabili, non essendo

¹²¹ Art. 5, comma 3 d.m. 2005.

¹²² Art. 5, comma 6, d.m. 2005.

¹²³ Art. 5, comma 8, d.m. 2005.

¹²⁴ Art. 7, d.m. 2005.

¹²⁵ Art. 20, comma 5, d.lgs. n. 387, come modificato dal d.lgs. n. 152 del 2006, art. 267.

¹²⁶ Art. 5, d.P.C.M. 1999.

più utilizzabile l'impianto, allo scadere degli anni previsti, per l'ottenimento di certificati verdi.

I certificati verdi sono consegnati ogni anno dal GSE al gestore dell'impianto¹²⁷, sulla base della produzione del medesimo impianto determinata con riferimento a diverse modalità di computo, inerenti all'anno precedente¹²⁸ ovvero alla producibilità attesa pro futuro¹²⁹.

I certificati verdi vengono restituiti al GSE alla fine di ogni anno per l'annullamento, corrispondentemente al quantitativo di energia effettivamente immessa sulla rete, quantitativo che può essere verificato dal GSE¹³⁰. Non è previsto un intervento sistematico di verificatori indipendenti come avviene per il sistema dell'*emissions trading*.

Tali certificati verdi ai sensi del d.lgs. n. 79 del 1999 possono essere scambiati al fine di cedere quote in eccesso di energia prodotta da fonti rinnovabili, a vantaggio in linea di principio di chi sia tenuto ad immettere energia da fonti rinnovabili nel sistema, in quanto produttore ovvero importatore di energia da fonte non rinnovabile, qualora non produca o non importi direttamente tale energia nella quota minima prevista dalla legge.

Ogni certificato corrisponde a 50 MWh di energia da fonte rinnovabile; peraltro, a soli fini di arrotondamento, è consentito ottenere un certificato con una soglia di produzione inferiore, anche con una produzione quasi dimezzata rispetto a tale valore e corrispondente ad almeno 25,50 MWh¹³¹.

Per quanto concerne il funzionamento del mercato, il GME individua una piattaforma, che è stata effettivamente istituita¹³², per la negoziazione dei titoli, i quali possono peraltro circolare anche al

¹²⁷ Art. 5, comma 1 e seguenti, d.m. 2005.

¹²⁸ I certificati rilasciati per la produzione di un anno possono essere utilizzati anche per i 2 anni successivi, per cui un certificato verde risulta avere validità per un periodo totale di 3 anni: art. 20, comma 7, d.lgs. n. 387 del 2003.

¹²⁹ Cfr. sul punto il d.m. 2005, art. 5, commi 3 e 5, per ulteriori elementi cfr. il sito del GSE (www.grtn.it oppure www.gsel.it).

¹³⁰ Art. 5, comma 8, d.m. 2005.

¹³¹ F. PERNAZZA, *I certificati verdi: uno strumento di valorizzazione delle fonti rinnovabili di energia*, in *Rass. giur. en. el.*, 2006, p. 151.

¹³² Sul punto cfr. ora il testo integrato della disciplina del mercato elettrico, in allegato al d.m. 15 giugno 2007, art. 82 e ss.

di fuori di tale piattaforma¹³³, con l'esclusione dei titoli immessi sul mercato dal GSE (che non si esauriscono con i titoli provenienti da impianti in Cip 6, come si vedrà), i quali invece sono negoziati unicamente sulla piattaforma¹³⁴. La gestione del mercato elettronico dei certificati verdi è affidata al GME.

Il GME (Gestore del mercato elettrico) è una società che risulta controllata, come peraltro l'Acquirente unico nel mercato elettrico, dal GSE¹³⁵.

Rilevante è il tentativo di inserire il mercato nazionale dei certificati verdi nel mercato dei certificati verdi esistente in altri contesti nazionali.

Il legislatore in questa prospettiva manifesta di cogliere il problema di una regolazione esclusivamente nazionale, a fronte di un mercato dell'energia elettrica che è certamente internazionale.

La conciliazione tra questi due ambiti (nazionale, per la disciplina, internazionale, per l'energia circolante) è tentata nell'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 387 e nel d.m. del 2005, sulla base del mutuo riconoscimento: per soddisfare il debito di energia "verde" di chiunque immetta energia da fonti non rinnovabili sulla rete nazionale, è ammesso il ricorso ad impianti che producono energia "verde" anche fuori confine, purché sussista un mutuo riconoscimento nel sistema estero rispetto ai certificati verdi italiani. In altri termini, la circolazione internazionale dei certificati è ammessa se anche in tali contesti non italiani sussiste un sistema analogo a quello dei certificati verdi italiani, in cui questi ultimi possano essere spesi¹³⁶.

¹³³ Art. 6, d.m. 2005.

¹³⁴ Art. 9, d.m. 2005; cfr. sul tema F. PERNAZZA, *I certificati verdi: un nuovo bene giuridico?*, cit., p. 180.

¹³⁵ Su queste figure cfr. F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete: l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Milano, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete: il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006.

¹³⁶ Art. 20, comma 4, d.lgs. n. 387 del 2003: «Ai fini del conseguimento degli obiettivi nazionali di cui alle relazioni richiamate all'articolo 3, comma 1, i certificati verdi possono essere rilasciati esclusivamente alla produzione di elettricità da impianti ubicati sul territorio nazionale, ovvero alle importazioni di elettricità da fonti rinnovabili esclusivamente provenienti da Paesi che adottino strumenti di promozione ed incentivazione delle fonti rinnovabili analoghi a quelli vigenti in Italia e riconoscano la stessa possibilità ad impianti ubicati sul territorio italiano,

Si tratta di un'ipotesi interessante poiché introduce una condizione di reciprocità non solo per la sussistenza di elementi sostanziali (la produzione di energia verde) ma per la presenza di elementi procedurali, di gestione amministrativa dell'interesse pubblico attraverso strumenti economici.

In questa prospettiva di internazionalizzazione degli incentivi all'energia verde, il legislatore si preoccupa di introdurre un ulteriore certificato, non necessario nella procedura di rilascio dei certificati verdi ma ottenibile su richiesta del produttore: la «garanzia di origine dell'elettricità prodotta da fonti rinnovabili» (art. 11, d.lgs. n. 387 del 2003, sulla base di quanto previsto dalla direttiva CE 201/77/CE).

Si tratta di un attestato, rilasciato sempre dal GSE, il quale esprime un ulteriore sistema di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici, nel senso che oltre che rappresentare un elemento amministrativo, per semplificare gli accertamenti sulla corrispondenza tra certificati verdi e energia da fonte rinnovabile prodotta, tale sistema può esprimere anche un meccanismo di mercato, secondo quanto accade nel sistema ordinario delle garanzie di provenienza dei prodotti.

È infatti evidente che tale sistema può essere utilizzato in una prospettiva di marketing dell'energia "verde" verso consumatori ecosensibili: è la stessa direttiva CE n. 77 del 2001 a prevedere che il certificato di garanzia sia utile, oltre che per finalità certificative di carattere generale, anche per «aumentare la trasparenza per facilitare la scelta dei consumatori tra elettricità prodotta da fonti energetiche non rinnovabili ed elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili»¹³⁷.

In tale prospettiva il legislatore, tramite la garanzia di origine dell'elettricità da fonti rinnovabili, promuove lo sviluppo di tale forma di produzione attraverso uno strumento di mercato, e cioè istituendo un *brand* suscettibile di consentire maggiori possibilità di marketing dell'energia: è il c.d. *green pricing*, e cioè l'utilizzazione di

sulla base di accordi stipulati tra il Ministero delle attività produttive e il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e i competenti Ministeri del Paese estero da cui l'elettricità da fonti rinnovabili viene importata».

¹³⁷ Direttiva CE n. 77 del 2001, considerando n. 10.

strumenti di marketing con riferimento a tematiche ecologiche per cedere comunque sul mercato prodotti a prezzi meno convenienti (stanti i maggiori costi sostenuti) rispetto ai prodotti meno ecompatibili.

Anche a livello internazionale è stato introdotto uno strumento analogo di garanzia di origine dell'energia, su base interamente volontaria (si tratta perciò di uno strumento economico-volontario), al di là di quanto previsto dalla direttiva CE.

In tale contesto internazionale, la promozione al consumo dell'energia prodotta da fonti rinnovabili si basa su certificati RECS (*Renewable Energy Certificate System*), che vengono emessi a favore di chi produca energia da fonti rinnovabili, e che vengono acquistati volontariamente da chi intenda, a prescindere dall'energia effettivamente consumata (che è comunque possibile impiegare anche nella realtà), attestare il finanziamento dello sviluppo di energia rinnovabile. In tal modo, il consumatore dimostra per fini propri o di promozione che ha finanziato appunto energia prodotta da fonti rinnovabili¹³⁸.

Ritornando alla garanzia di origine dell'elettricità da fonti rinnovabili, essa è rilasciata dal GSE, su dichiarazione del gestore dell'impianto; il sistema di verifica della corrispondenza della dichiarazione all'energia effettivamente prodotta si incentra sull'attività di verifica del medesimo GSE.

Passando a considerare il ruolo del GSE nel mercato dei certificati verdi, deve essere rilevato il ruolo centrale di tale soggetto, almeno in questo momento storico, come operatore dominante su tale mercato.

Questa è una prima rilevante differenza tra il mercato dei certificati verdi e il *carbon trading*. Nel secondo non esiste un soggetto sostanzialmente pubblico che opera istituzionalmente sul mercato: la regolazione avviene attraverso i Piani nazionali di assegnazione e le relative modifiche od integrazioni. Anche nel sistema dell'*emissions trading* è poi già stato ricordato che gli Stati membri o la stessa Comunità europea, possono acquistare certificati ove lo ritengano opportuno, come qualunque soggetto di diritto: ma non si tratta di un

¹³⁸ Cfr. sul tema il sito www.recs.org.

compito istituzionale di tali soggetti. Forse anche per la mancanza di un soggetto deputato alla stabilizzazione del mercato si è avuto recentemente un momento di tensione sul mercato dell'*emissions trading*, di cui si è già detto nei paragrafi che precedono.

L'intervento del GSE è invece centrale con riferimento ai prezzi di mercato, ed è talora normato anche con riferimento alle circostanze di intervento, secondo quanto si procede ad esporre.

Con riferimento al prezzo di intervento, esiste un sistema di determinazione del prezzo di vendita dei certificati, ceduti al GSE dagli impianti che producono con fonti rinnovabili, incentivati sulla base del sistema Cip 6. Si tratta di un sistema disciplinato dall'art. 9, d.m. 2005.

In particolare, in tale contesto Cip 6 il prezzo di cessione dei certificati acquistati dal GSE è determinato sulla base del costo medio di acquisto di energia elettrica Cip 6 – limitatamente alla produzione da fonti rinnovabili – da parte del GSE. Sotto quest'ultimo profilo, si rileva che i certificati verdi e l'energia ad essi sottostante sono cose diverse sul piano della circolazione sul mercato: i certificati verdi non sono differenziati per tipologia di fonte impiegata, mentre l'energia Cip 6 è remunerata in modo diverso a seconda dei costi di produzione dipendenti dalla tipologia di fonte impiegata, come si è visto.

Pur essendo i certificati verdi e l'energia ad essi sottostante cose diverse, essi sono correlati, non solo nel momento iniziale di produzione (essendo pari l'energia "verde" prodotta ai certificati verdi rilasciati) ma anche talora con riferimento a profili successivi: essendo pari – come si è detto – in sede Cip 6 il costo di acquisto dell'energia e il valore dei certificati verdi, che corrisponde al valore medio di tale acquisto.

Si ricorda quanto già rilevato in precedenza, e cioè che il costo di acquisto dell'energia Cip 6, ai sensi dell'art. 9, d.m. 2005, è a sua volta determinato – in sintesi – dal costo di produzione di tale energia al netto dei ricavi legati alla cessione dell'energia sul mercato: in definitiva, si tratta del sovraccosto di produzione di tale energia rispetto ai costi ordinari dell'energia ceduta sul mercato, con la determinazione di un valore fisso che come si vedrà pesa notevolmente sul mercato dei certificati verdi.

Con riferimento al diverso profilo dell'intervento sul mercato, si rileva quanto segue.

È prevista una prima forma di intervento obbligatorio sul mercato, essendo stabilito che il GSE, in caso di eccesso di offerta dei certificati (ma solo qualora tale eccesso sia dovuto al mancato adeguamento del sistema all'obbligo di rispettare i valori di sviluppo dell'energia verde), debba acquistare i certificati già giunti a scadenza, per i quali dunque sia terminato il periodo di tre anni dall'emissione, al fine di garantire comunque un introito a chi abbia prodotto energia da fonti rinnovabili, al prezzo di cessione dei certificati Cip 6, e si veda successivamente danneggiato dal mancato rispetto da parte del sistema degli obblighi produttivi di energia "verde". Si tratta, in sintesi, di un modo di garantire comunque un incentivo, corrispondente all'incentivo medio Cip 6, a chi ha prodotto energia da fonti rinnovabili e non riesca a venderla a un prezzo equo appunto per eccesso di offerta, quando il sistema si sia eccezionalmente disinteressato del perseguimento degli obiettivi di produzione indicati¹³⁹: tale norma non risulta peraltro mai applicata.

Altro intervento obbligatorio si ha nei casi in cui nel triennio la somma tra gli acquisti e le vendite del GSE sia negativa: in questo caso, il GSE è tenuto ad acquistare sul mercato certificati fino alla copertura della differenza¹⁴⁰, al fine di garantire per questo profilo che – sussistendo un equilibrio tra acquisto e vendita – il suo intervento sul mercato sia il più neutro possibile almeno come intervento quantitativo considerato su una media triennale, permanendo invece come si dirà la rilevanza dell'intervento del GSE con riferimento ai costi parzialmente autoreferenziali dei certificati verdi immessi sul mercato.

Svolgendo ora alcune considerazioni riassuntive sul ruolo del GSE, sulla base del sistema descritto, si deve rilevare che il GSE è il principale operatore sul mercato, stante il consistente novero di certificati verdi che ancora per un periodo significativo giungono a tale soggetto dal sistema Cip 6, ed è chiaro che il prezzo che il GSE pra-

¹³⁹ Art. 5, comma 9 d.m. 2005.

¹⁴⁰ Art. 8, d.m. 2005; la norma si riferisce solo all'acquisto, poiché l'ipotesi più probabile è che stante l'esistenza di numerosi impianti Cip 6, i cui certificati confluiscono nel GSE, il GSE abbia venduto troppo, e non viceversa.

tica sui propri certificati finisce per influenzare fortemente il valore di mercato di tutti i certificati: si potrebbe dire in questa prospettiva che se il modello formale è un modello di mercato, in realtà la sopravvivenza del sistema Cip 6 e la confluenza sul GSE dei certificati provenienti da tale sistema, in cessione a prezzo fisso, finisce per influenzare fortemente il mercato, almeno oggi e per diversi anni a venire.

In sostanza, nel momento in cui il GSE comunica il prezzo di riferimento dei certificati venduti dal medesimo, tale prezzo, stante il rilevante numero di tali certificati, funge da prezzo massimo sul mercato, prezzo che non viene superato nelle altre vendite poiché allora sarebbe più conveniente acquistare i certificati verdi dal GSE.

In questa prospettiva, da un lato è vero che il mercato dei certificati verdi introduce elementi di trasparenza, di flessibilità e di efficienza nel sistema di incentivazione delle fonti rinnovabili, specie ove si tenga conto dei costi evitati che di solito conseguono all'uso di strumenti di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici e al perseguimento di livelli di equilibrio più coerenti con la realtà fattuale (come è proprio di un sistema di mercato) e meno legati a prefigurazioni burocratiche.

Dall'altro lato, tuttavia, il peso troppo significativo del GSE determina oggi un sistema di prezzi quasi amministrati, in cui il prezzo di orientamento definito dal GSE finisce per diventare il prezzo di mercato, e gli incrementi dei prezzi dei certificati verdi negli ultimi anni si spiegano con dinamiche spesso diverse rispetto a quelle di mercato, legate al sistema di copertura dei costi Cip 6 con diffusione della produzione di energia da biomasse, più costosa e dunque in grado di determinare un aumento del costo medio dei certificati verdi (che non sono divisi – lo si è già ricordato – per tipologia di produzione) del GSE¹⁴¹.

Anche nel contesto dei certificati verdi il punto critico della normativa è dato dall'effettiva corrispondenza tra i certificati verdi e la

¹⁴¹ Sulla posizione dominante del GSE nel mercato dei certificati verdi, cfr. F. PERNAZZA, *I certificati verdi: un nuovo bene giuridico*, cit., p. 180; L. DE PAOLI, *Più mercato per i certificati verdi*, in *Elementi. Rivista del GSE* in www.gsel.it, febbraio-aprile 2007.

realità fattuale, e cioè tra i titoli e l'effettivo quantitativo di energia da fonti rinnovabili immessa sul mercato.

In questa prospettiva, non è prevista un'esternalizzazione del controllo come avviene per le quote di emissione, esternalizzazione che consente di imporre un controllo su ciascuna dichiarazione da parte di verificatori privati ed una riduzione dei costi di controllo da parte dell'amministrazione, che si limita in tale sistema a svolgere controlli di secondo grado, sui verificatori.

Nel sistema dei certificati verdi il controllo sul sistema è invece svolto da parte del medesimo GSE¹⁴². Il sistema dei controlli è peraltro rafforzato dall'obbligo delle imprese di autocertificare per ogni anno gli importi di energia rinnovabile effettivamente immessi.

Per presidiare il veridico funzionamento del sistema è prevista l'emanazione di sanzioni da parte dell'AEEG, mutate dalla legge 14 novembre 1995, n. 481¹⁴³, nonché comunque l'obbligo di riequilibrio, in caso di discrasie tra certificati verdi ed energia "verde" prodotta, nel senso che l'eventuale mancata effettiva consegna di energia da fonti rinnovabili, per l'importo corrispondente ai certificati verdi rilasciati, è compensata da parte del GSE che trattiene i certificati che spetterebbero all'impianto – per le quantità corrispondenti – per un periodo fino a due anni successivi rispetto all'anno di inadempienza¹⁴⁴.

Lo stesso accade nel caso in cui i certificati verdi siano impiegati unitamente ad altre agevolazioni, con abusiva doppia contabilizzazione dell'energia rinnovabile immessa in rete, con riferimento specifico ad un doppio computo di tale energia attraverso i titoli di efficienza energetica¹⁴⁵, e cioè con riferimento alle certificazioni previste per il risparmio energetico di cui si dirà in seguito, ai sensi dell'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 79 del 1999 e dell'art. 16, comma 4 del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164. Anche in questo caso sono ridotti i certificati verdi fruibili negli anni successivi, con una penalizzazio-

¹⁴² Art. 5, comma 8, d.m. 2005.

¹⁴³ Così l'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 387 del 2003.

¹⁴⁴ Art. 5, comma 6, d.m. 2005.

¹⁴⁵ Art. 18, d.lgs. n. 387 del 2003.

ne che va oltre l'effettivo quantitativo dei certificati verdi utilizzati illegalmente¹⁴⁶.

In conclusione, volendo tracciare un parallelo con il mercato dell'*emissions trading*, in cui una volta allocate le quote con i PNA il mercato funziona sostanzialmente da sè, deve rilevarsi che nel sistema dei certificati verdi non solo vi è una predefinitiva complessiva del novero di quote amministrative che dovranno essere create, tramite la produzione di energia "verde", sostanzialmente attraverso la fissazione degli obiettivi annuali di produzione di energia da fonti rinnovabili (come accade con il PNA nell'*emissions trading*), ma permane una presenza incombente del GSE sul mercato.

Tale presenza in questa fase storica non è solo incombente ed eventuale ma è obbligatoria e decisiva sulla base dei notevoli flussi che il GSE immette sul mercato – lo si è già detto – di certificati relativi agli impianti Cip 6, a prezzi fissi.

Si tratta per questi aspetti di un modello di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici in cui la valorizzazione del mercato e dei suoi meccanismi è certamente presente, ma in maniera notevolmente più ridotta, almeno in questa fase storica, rispetto al sistema di *emissions trading*.

9. *Strumenti economici di amministrazione del risparmio energetico: gli obiettivi di risparmio energetico. I certificati bianchi nel settore dell'energia elettrica e del gas ed il relativo mercato. L'intervento determinante dell'AEEG nel sistema come soggetto che acquista titoli di efficienza energetica a costi fuori mercato e il carattere perciò "debole" del mercato rispetto all'intervento amministrativo*

Altro modello di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici, sempre riferito al settore energetico ed alla creazione di un mercato di atti amministrativi, si ha con riferimento ai certificati bianchi, o TEE (Titoli di efficienza energetica), prefigurati con decreti del Ministero delle attività produttive, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio in data 20 luglio

¹⁴⁶ Art. 5, commi 11 e 12, d.m. 2005.

2004: con un primo d.m. 20 luglio 2004 per l'elettricità¹⁴⁷, e con un altro d.m. in pari data, 20 luglio 2004, per il gas¹⁴⁸.

I decreti sono sostanzialmente identici nell'articolato, differenziandosi essenzialmente negli allegati, con riferimento alla descrizione degli interventi tecnici che possono consentire forme di efficientamento energetico, diverse per il settore elettrico e per il gas.

La disciplina dei certificati bianchi si fonda, per il settore dell'energia elettrica, sull'art. 9, comma 1, ultimo periodo del d.lgs. n. 79 del 1999, il quale, nel prevedere i caratteri della concessione per i distributori di energia elettrica, afferma quanto segue: «Le concessioni prevedono, tra l'altro, misure di incremento dell'efficienza energetica degli usi finali di energia secondo obiettivi quantitativi determinati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato di concerto con il Ministro dell'ambiente entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

Per il settore del gas il sistema si fonda invece sull'art. 16, comma 4, d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, il quale dispone per quanto interessa in questa sede quanto segue: «Le imprese di distribuzione perseguono il risparmio energetico e lo sviluppo delle fonti rinnovabili. Gli obiettivi quantitativi nazionali, definiti in coerenza con gli impegni previsti dal protocollo di Kyoto, ed i principi di valutazione dell'ottenimento dei risultati sono individuati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dell'ambiente, sentita la Conferenza unificata, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Gli obiettivi regionali e le relative modalità di raggiungimento, utilizzando anche lo strumento della remunerazione delle iniziative di cui al comma 4 dell'articolo 23, nel cui rispetto operano le imprese di distribuzione, sono determinati con provvedimenti di pianificazione energetica regionale, sentiti gli organismi di raccordo regione-

¹⁴⁷ «Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi per l'incremento dell'efficienza energetica, negli usi finali di energia, ai sensi dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79».

¹⁴⁸ «Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi nazionali di risparmio energetico e sviluppo delle fonti rinnovabili, di cui all'art. 16, comma 4, del d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164».

autonomie locali. In sede di Conferenza unificata è verificata annualmente la coerenza degli obiettivi regionali con quelli nazionali».

Gli atti previsti dalle norme citate sono stati dapprima emanati con due d.m. 24 aprile 2001 (uno per il gas ed uno per l'energia elettrica), e successivamente sostituiti con i d.m. 20 luglio 2004 oggi vigenti, di cui si è detto; la disciplina del sistema è completata dalla deliberazione AEEG 18 settembre 2003, n. 103, come successivamente modificata nel 2003 e nel 2007.

Per quanto concerne gli obiettivi di risparmio del sistema, essi sono fissati come obiettivi per le imprese di distribuzione¹⁴⁹. Poiché gli interventi finalizzati al risparmio ineriscono peraltro in parte prevalente alle fasi di consumo, e cioè a fasi su cui i distributori possono influire ma che sono nella disponibilità degli utilizzatori, i distributori devono incidere sui comportamenti al consumo attivando un sistema di iniziative integrato, e la normativa prevede perciò che si proceda al perseguimento dell'obiettivo di risparmio energetico «a) mediante azioni dirette dei distributori; b) tramite società controllate dai medesimi distributori; c) tramite società terze operanti nel settore dei servizi energetici, comprese le imprese artigiane e loro forme consortili» (le società indicate per ultime sono di solito denominate ESCO – Energy Service Company)¹⁵⁰.

I soggetti indicati per ultimi possono muoversi anche autonomamente¹⁵¹ nel sistema degli interventi di efficientamento: si è detto che gli obiettivi di efficientamento sono stabiliti per i distributori, ma poiché i certificati bianchi – TEE possono essere rilasciati anche alle ESCO¹⁵², dietro esecuzione degli interventi di cui si è detto (interventi che con ogni probabilità saranno stati concordati coi distributori in precedenza), queste ultime possono successivamente cedere tali certificati ai distributori, che così possono conseguire i risultati che la legge impone in capo ai medesimi.

Unità di misura di base nel sistema dei certificati bianchi è il Tep e cioè una tonnellata equivalente di petrolio risparmiata. Con riferimento specifico alla quantificazione degli obiettivi da perseguire da

¹⁴⁹ Art. 3 per entrambi i d.m. 2004.

¹⁵⁰ Art. 8, di entrambi i d.m. 2004.

¹⁵¹ Art. 10, comma 2, per entrambi i d.m. 2004.

¹⁵² Cfr. art. ult. cit.

parte dei distributori, essi sono fissati in termini di quantità di Tep risparmiate sul quantitativo totale dell'energia o del gas distribuita, sulla base degli interventi che si procede a descrivere sinteticamente.

Nel sistema elettrico, il d.m. del 2004 fissa obiettivi di incremento dell'efficienza energetica che devono essere perseguiti dai distributori, secondo soglie crescenti per ogni anno fino al 2009¹⁵³, di cui almeno il 50% deve essere rappresentato da risparmi energetici attraverso le varie misure descritte nella tabella A dell'allegato 1, le quali ineriscono ad interventi eterogenei inerenti – lo si è già ricordato – ad attività nella disponibilità degli utilizzatori di energia.

In particolare, per il settore elettrico, la normativa prevede tra gli interventi che consentono di soddisfare il debito energetico la sostituzione di prodotti elettrici attraverso prodotti ad efficienza più alta¹⁵⁴, ovvero l'aumento dell'efficienza dell'illuminazione pubblica¹⁵⁵, ovvero gli interventi per l'isolamento termico degli edifici¹⁵⁶.

Per il settore gas, invece, gli interventi previsti sono riferibili per esempio alla riduzione dell'impiego di gas per la produzione di acqua calda¹⁵⁷, ad interventi di riduzione della dispersione termica negli edifici¹⁵⁸, ovvero ad interventi per lo sviluppo dell'utilizzo di energia da fonti rinnovabili¹⁵⁹.

Le regioni, alle quali spettano esplicitamente – com'è noto – dopo la riforma costituzionale del 2001 competenze anche nel settore energetico, devono indicare gli obiettivi di incremento dell'efficienza energetica sul proprio territorio, in modo compatibile rispetto agli obiettivi nazionali¹⁶⁰. La coerenza delle decisioni regionali rispetto agli obiettivi nazionali è verificata annualmente in sede di conferenza Stato-regioni¹⁶¹.

¹⁵³ Art. 3, d.m. 2004.

¹⁵⁴ Tipologia di intervento 8, tabella A allegato 1 al decreto.

¹⁵⁵ Tipologia di intervento 3, tabella A allegato 1.

¹⁵⁶ Tipologia di intervento 7, tabella A allegato 1.

¹⁵⁷ Allegato 1, tabella A, intervento 2.

¹⁵⁸ Allegato 1, tabella A, intervento 3.

¹⁵⁹ Allegato 1, tabella A, intervento 3.

¹⁶⁰ Art. 3, comma 4 d.m. 2004 per l'elettricità, art. 3, comma 5 d.m. 2004 per il gas.

¹⁶¹ Art. 3, comma 6 d.m. 2004 per l'elettricità; art. 3, comma 7 d.m. 2004 per il gas.

Per riportare gli obiettivi di efficienza energetica nazionali e regionali in capo ai singoli distributori, si procede a svolgere una proporzione tra l'obiettivo nazionale in termini di Tep risparmiate e il singolo distributore per il quale si voglia determinare la soglia di efficienza energetica da conseguire, sulla base del quantitativo di energia distribuita da quest'ultimo rispetto al valore nazionale di energia distribuita¹⁶². Peraltro, in assenza di ulteriori decreti attuativi, la normativa di cui ai d.m. 2004 si applica per ora ai soli distributori che forniscono almeno 100.000 clienti finali¹⁶³.

Per i costi sostenuti per la realizzazione dei progetti è previsto che l'AEEG disponga una copertura in tariffa, sia per quanto concerne l'energia elettrica che per quanto concerne il gas naturale¹⁶⁴; l'erogazione dei contributi ai distributori avviene attraverso la Cassa conguaglio del settore elettrico dietro presentazione dei certificati bianchi corrispondenti (dei quali si dirà subito sotto), che vengono così annullati ed esclusi dal mercato¹⁶⁵.

L'accesso a tale forma di remunerazione dei TEE – tramite la Cassa conguaglio – è garantito peraltro solo ai distributori¹⁶⁶, e non alle ESCO ovvero ad altri soggetti: si tratta di uno scambio particolarmente conveniente in questa fase di mercato, poiché tale scambio avviene sulla base di 100 euro per ogni certificato bianco (equivalente ad un Tep), sulla base delle determinazioni AEEG¹⁶⁷, mentre i prezzi di mercato dei TEE si attestano su un valore inferiore a tale contributo, pari a un prezzo tra 69 e 84 euro/Tep per il settore dell'energia elettrica e tra 90 e 98 euro/Tep per il gas¹⁶⁸.

La disciplina ora descritta presenta elementi negativi e positivi.

¹⁶² Art. 4, comma 2 per l'elettricità; art. 3, comma 4, d.m. 2004 per il gas.

¹⁶³ Art. 4, comma 1, per entrambi i d.m. 2004.

¹⁶⁴ Art. 9, d.m. 2004 per entrambi i decreti, al quale ha fatto seguito sul punto la delibera dell'AEEG 16 dicembre 2004, n. 219 inerente ad entrambi i settori.

¹⁶⁵ Delibera AEEG n. 219 del 2004, art. 5.

¹⁶⁶ Art. 9 per entrambi i d.m. 2004.

¹⁶⁷ Art. 3, delibera AEEG n. 219 del 2004.

¹⁶⁸ Fonte: Atto 28/07 dell'AEEG – documento per la consultazione 16 luglio 2007, recante «Aggiornamento del valore e delle modalità di erogazione del contributo tariffario connesso al meccanismo dei titoli di efficienza energetica (modifica della deliberazione 16 dicembre 2004, n. 219/04)».

In negativo, si può rilevare che il riconoscimento di un corrispettivo in capo ai soli distributori, sopra ai valori di mercato da parte dell'AEEG evidentemente introduce un elemento distorsivo nel mercato dei TEE, nel senso che il sistema favorisce eccessivamente in questa fase i distributori, ammessi ad un rimborso sicuro superiore ai costi di mercato dei TEE, rispetto allo sviluppo di autonome iniziative nel settore anche da parte delle ESCO. Inoltre, il prezzo garantito attraverso il riconoscimento da parte dell'AEEG finisce per incidere fortemente sui valori di mercato e dunque non favorisce la migliore allocazione di risorse che avviene in un mercato effettivo, dove si riscontra maggiore concorrenza. Oltre a questo elemento si tenga conto che il rimborso da parte dell'AEEG comporta una forma di spesa obbligatoria in capo all'utenza, attraverso la quota tariffaria prevista. È poi evidente che tali costi sarebbero comunque stati scaricati dai realizzatori sull'utenza, come avviene in ogni ambito produttivo, ma tali costi potevano essere forse più ridotti tramite recuperi di efficienza stabiliti dal mercato (e infatti i costi dei TEE di mercato sono più ridotti dei contributi erogati dall'AEEG).

In positivo, si deve rilevare che il sistema garantisce fortemente la remunerazione delle attività dei distributori, che sono incentivati ad intervenire nonostante siano in qualche modo in conflitto d'interessi (meno consumano gli utilizzatori, minori sono i ricavi dalla distribuzione sulla rete). Inoltre, sulla base di stime dell'AEEG, stante che sul mercato sono probabilmente stati già eseguiti gli interventi di maggior guadagno e di minor costo, gli interventi successivi saranno più onerosi e dunque il prezzo di mercato potrebbe orientarsi verso il prezzo AEEG: per tale ragione l'AEEG pare orientata a ridurre di poco i 100 euro/Tep, potendo così diminuire anche lo scarico dei costi nelle tariffe per l'utenza¹⁶⁹.

Descritto il sistema degli interventi per la riduzione dei consumi, e delle relative remunerazioni, deve ora essere considerato più analiticamente il tema dei certificati bianchi (TEE) in quanto tali, e della relativa circolazione.

¹⁶⁹ Fonte: Atto 28/07 dell'AEEG, p. 5.

Come si è già accennato, i certificati bianchi corrispondono a recuperi di efficienza, essendo pari «alla riduzione dei consumi certificata»¹⁷⁰.

I certificati sono rilasciati dal GME¹⁷¹, il quale vi procede previa attività di verifica e di certificazione dei risparmi. Tale attività di valutazione e certificazione deve essere svolta dall'AEEG ovvero da soggetti da tale Autorità delegati, ovvero, limitatamente a determinate attività che la stessa AEEG deve individuare, da soggetti privati previa procedura di evidenza pubblica (nel presupposto implicito in base al quale la delega può essere ammessa solo tra soggetti pubblici, essendo necessaria una procedura di evidenza pubblica per rivolgersi al mercato)¹⁷².

Tra l'altro, stante la novità della normativa, è stata prevista la possibilità di ottenere una verifica preliminare di conformità degli interventi volti ad ottenere certificati bianchi, da parte delle autorità preposte al controllo. In tal modo, l'amministrazione svolge una funzione consultiva formalizzata nei confronti delle imprese, per quanto non assolutamente inepugnativa circa la successiva attività di verifica definitiva e di certificazione dei quantitativi in Tep effettivamente risparmiati¹⁷³.

Le modalità analitiche per l'effettuazione delle attività di controllo e di certificazione sono oggi disciplinate dall'art. 12 e ss., delibera AEEG 18 settembre 2003, n. 103, come successivamente modificata.

L'attività di verifica circa la corrispondenza degli interventi che abilitano al rilascio di TEE, svolta dall'AEEG o dai terzi da essa indicati, è analiticamente procedimentalizzata, con previsione di tempi e modalità precise, trattandosi di attività per questo aspetto amministrativa come le attività dei verificatori negli altri contesti finora considerati, per le stesse ragioni ivi indicate.

¹⁷⁰ Art. 10, d.m. 2004, sia con riferimento all'elettricità che al gas.

¹⁷¹ Art. 10 comma 1 d.m. 2004 per l'elettricità e per il gas.

¹⁷² Art. 7, d.m. 2004 per l'elettricità e per il gas.

¹⁷³ Art. 11, delibera AEEG 18 settembre 2003, n. 103, come successivamente modificata. Si tratta di un modello che si potrebbe definire di amministrazione consultiva preliminare verso i privati che si va diffondendo, secondo quanto accade per esempio nella conferenza di servizi preliminare nella legge n. 241 del 1990, art. 14 *bis*.

Il rilascio dei titoli da parte del GME in questa prospettiva pare configurarsi come un adempimento meramente esecutivo di tale attività amministrativa, e cioè come una formalizzazione di tale attività, essendo perciò logico che sottostia al medesimo quadro di riferimento amministrativo inerente al procedimento svolto in precedenza, qualificandosi come atto amministrativo benché posto in essere da un soggetto privato (il GME).

Il d.m. 2004 prevede peraltro che anche le regioni possano assumere iniziative come autorità di controllo, successivamente ad una data stabilita dall'AEEG, sia direttamente sia attraverso soggetti «controllati»¹⁷⁴.

I TEE sono divisi in tre tipologie a seconda del settore in cui gli interventi sono svolti: certificati di tipo I per interventi di riduzione dei consumi nel settore elettrico, di tipo II per interventi di riduzione dei consumi nel settore del gas, e di tipo III per interventi di altro tipo¹⁷⁵.

Dalla realizzazione dell'intervento il risparmio in termini di Tep, con connessa attribuzione di certificati bianchi, viene contabilizzato con riferimento alla maggior parte degli interventi per cinque anni¹⁷⁶.

Poiché l'obiettivo in termini di Tep risparmiati è annuale, come si è detto, anche la verifica sul conseguimento di tale obiettivo è annuale e tali certificati bianchi devono essere riconsegnati all'AEEG con riferimento all'importo annuale stabilito.

Tuttavia, tali certificati restano negoziabili – con forte flessibilità e consentendo perciò agli operatori sul mercato numerose opzioni di intervento – per un ampio periodo di tempo, essendo presentabili per accertare il rispetto dell'obiettivo di efficientamento i certificati conseguiti indifferentemente dall'1 gennaio 2005 al 31 maggio 2010¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Art. 7, per entrambi i d.m. 2004 per l'elettricità e per il gas.

¹⁷⁵ Art. 16, delibera AEEG 18 settembre 2003; cfr. per esempio per i certificati di tipo III gli interventi espressi da campagne di informazione, tipologia di intervento n. 14 nel d.m. 2004 sul gas.

¹⁷⁶ Art. 4, comma 4, d.m. 2004 per il gas e art. 4, comma 5 d.m. 2004 per l'energia elettrica.

¹⁷⁷ Art. 17, comma 3, delibera AEEG n. 103 del 2003.

Ai sensi dell'art. 11 dei d.m. 2004, sia per il gas che per l'energia elettrica, i certificati bianchi così attribuiti devono essere restituiti annualmente dai soli distributori all'AEEG (lo si è già detto) la quale procede al relativo annullamento ed alla corresponsione del contributo di 100 euro/Tep di cui si è già riferito; in sostanza se il distributore non ha realizzato l'intervento direttamente può acquistare certificati bianchi da ESCO o da altri distributori ad un valore inferiore, in questa fase storica, rispetto al valore di acquisto da parte dell'AEEG, con un lucro assicurato nell'ambito degli obiettivi di risparmio stabiliti.

La sede di contrattazione per questi titoli, come per i certificati verdi, è rappresentata dalla piattaforma istituita dal GME, sede peraltro non esclusiva a tale fine potendo anche in questo caso i certificati essere contrattati liberamente tra i detentori¹⁷⁸.

Anche nel settore dei titoli di efficienza energetica sono previste norme tese ad evitare la doppia contabilizzazione degli interventi di efficienza energetica svolti, così come già nel settore dell'*emissions trading* e dei certificati verdi¹⁷⁹.

Non solo il sistema di negoziazione, ma anche il sistema sanzionatorio è caratterizzato da flessibilità: sono previste sanzioni, da irrogare da parte dell'AEEG ai sensi dell'art. 11, comma 4, d.m. 2004¹⁸⁰ solo nel caso in cui l'onerato non consegua gli obiettivi di risparmio energetico per una soglia superiore al 50% dell'obiettivo annuale prefissatogli, fermo restando che comunque, sia in tal caso sia nel caso in cui l'obiettivo non sia stato raggiunto ma la soglia di differenza sia inferiore al 50%, gli interventi di efficientamento dovranno essere compensati – in ciò sta la flessibilità – nel biennio successivo.

Il sistema ha tendenzialmente dato buona prova di sé: nei primi due anni (2005 e 2006) di funzionamento, il sistema ha comportato un risparmio energetico equivalente al consumo domestico di una città di più di un milione di abitanti; mentre gli effetti indiretti degli interventi, e cioè i risparmi di consumi energetici conseguenti agli

¹⁷⁸ Art. 10, comma 5, d.m. 2004 per l'elettricità e per il gas.

¹⁷⁹ Sul punto cfr. art. 5, commi 3 e 4 d.m. 2004 sia per l'elettricità che per il gas.

¹⁸⁰ Ci si riferisce sia al d.m. 2004 sull'elettricità sia a quello sul gas.

interventi medesimi, sono stati sempre di valore molto superiore rispetto ai costi di tali interventi coperti in tariffa, con un bilancio netto perciò positivo per la collettività¹⁸¹.

In conclusione, con riferimento al mercato dei certificati bianchi, deve rilevarsi che anche tale mercato è un mercato “debole”, poiché il fulcro del mercato è dato dal prezzo di 100 euro/Tep che l'AEEG riconosce tramite la Cassa conguaglio del settore elettrico ai distributori: si tratta di un mercato per questo aspetto anche più debole rispetto al mercato dei certificati verdi, poiché vede una posizione fortemente favorita dei distributori rispetto ad altri operatori pur presenti come le ESCO, mentre nel sistema dei certificati verdi gli operatori sono in posizione di parità (con l'eccezione del solo GSE). In questa prospettiva, la sovvenzione che l'AEEG riconosce appunto alla distribuzione determina il prezzo di riferimento del mercato.

Rispetto al mercato dei certificati verdi il mercato dei certificati bianchi è forse riformabile con maggiore facilità verso un potenziamento dello strumento di mercato, esaurendosi il sistema oggi previsto nel 2010, ed è proprio in tale direzione che si va orientando l'AEEG¹⁸², affinché si affermino maggiormente logiche di mercato e si riducano costi fissi per il sistema tariffario, attraverso una riduzione del contributo che l'AEEG liquida ai distributori.

Il sistema dei certificati verdi invece non è facilmente riformabile in tempi altrettanto brevi, nel senso che la presenza di impianti recenti, ancora soggetti al regime Cip 6, non pare facilmente modificabile dal legislatore, per il consolidamento degli affidamenti delle imprese sui ritorni economici dei relativi investimenti finanziati in ambito Cip 6.

¹⁸¹ I dati sono tratti dal parere dell'AEEG 22 giugno 2007, cit.

¹⁸² Atto 28/07 dell'AEEG, cit.

CAPITOLO III

STRUMENTI DI AMMINISTRAZIONE ECONOMICO-VOLONTARI PER LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO NEL SETTORE AMBIENTALE ATTRAVERSO LA VALORIZZAZIONE DI CERTIFICATI AMBIENTALI E ATTRAVERSO L'USO DI ACCORDI UNILATERALI

1. *La tutela dell'interesse pubblico ambientale attraverso strumenti economici ad adesione volontaria (certificazioni, accordi unilaterali): discipline ad adesione volontaria ("soft law"), discipline incentivanti, amministrazione negoziale unilaterale*

Nel capitolo precedente sono stati considerati strumenti economici, per il perseguimento dell'interesse pubblico, in cui meccanismi tratti dal mercato sono utilizzati soprattutto sul *quomodo* circa il perseguimento di obiettivi pubblici (la riduzione dell'inquinamento da CO₂, lo sviluppo di fonti rinnovabili, il risparmio energetico), consentendo un significativo novero di opzioni alle imprese, fermo restando che tali obiettivi pubblici sono vincolanti nell'*an* per il sistema nel suo complesso.

In questo capitolo si prenderanno in considerazione strumenti di mercato per il perseguimento di interessi pubblici che non solo sono rimessi alle scelte dell'impresa nel *quomodo* (con riferimento per esempio alla scelta tra intervento tecnologico e certificazione), ma sono altresì rimessi alle opzioni dell'impresa con riferimento all'*an*: si tratta cioè di strumenti che non sono obbligatori, spettando all'impresa decidere se impiegare i medesimi oppure no, per cui con riferimento a tali strumenti si è impiegata la locuzione di «strumenti economico-volontari». Talora si tratta di strumenti previsti in un contesto di *soft law*, di disciplina che viene scelta liberamente dagli

amministrati (talune certificazioni, come l'ISO 14001), senza conseguenze espressamente incentivanti nella normativa, per quanto tale disciplina produca effetti di qualche tipo nella pratica.

Talora si tratta di strumenti (come l'EMAS) che consentono il riconoscimento di incentivi, previsti da una disciplina che contempla – appunto – tali esplicite conseguenze incentivanti qualora siano posti in essere specifici comportamenti di interesse pubblico (mentre la *soft law* come si è detto non contempla conseguenze giuridiche dirette ed esplicite).

Talora si tratta di istituti di carattere assolutamente generale, non previsti nello specifico settore in cui sono impiegati, ma di cui l'amministrazione, nell'ambito della propria discrezionalità, incoraggia l'uso, senza prevedere costrizioni ovvero talora neppure incentivi al riguardo (con modalità di *soft administration*, per così dire).

In questo capitolo si esamineranno dunque strumenti che non solo sono tratti dal mercato, perché nati nel mercato e incentrati su logiche di mercato (le certificazioni, ovvero gli accordi unilaterali), ma il cui impiego è rimesso – in modo diverso, come si è appena esposto – alla volontà dell'impresa, diversamente dagli strumenti di cui al capitolo II che devono invece necessariamente essere utilizzati dalle imprese.

Si rende dunque necessario definire più analiticamente le diverse modalità in cui trova espressione il carattere volontario di questi strumenti.

Una prima modalità attiene all'uso di forme di *soft law*.

Con la locuzione *soft law* si suole indicare una normativa non vincolante, ma che detta disposizioni alle quali gli amministrati possono aderire volontariamente, e che sono in qualche modo rilevanti nell'ordinamento¹.

¹ Una tra le definizioni più condivise è di F. SNYDER, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community*, in AA.VV., *The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noel*, Kluwer (Dordrecht-Olanda), 1994, p. 198, per il quale la locuzione indica «rules of conduct which, in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects»; in senso analogo U. MORTH, *Soft Law in Governance and Regulation*, Elgar (Cheltenham, UK), 2004, p. 6; sul tema, cfr. anche L. DE BERNARDIN, voce *Soft Law*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura

Tale espressione è utilizzata soprattutto in ambito internazionale, con riferimento ad indicazioni non vincolanti di organismi supernazionali, i quali, dovendo confrontarsi con i governi nazionali e disponendo di scarse possibilità di esecuzione coattiva delle proprie indicazioni, devono operare in molti casi acquisendo o sollecitando il consenso degli Stati, non imponendo misure che poi non potrebbero essere portate coattivamente ad esecuzione: come accade per esempio nel caso delle raccomandazioni CE.

Esempi di *soft law* si rinvengono nel diritto civile, con riferimento alla *lex mercatoria* cui le parti possono liberamente aderire, ovvero nel settore della regolazione finanziaria, ovvero nel settore ambientale².

Nel settore ambientale in particolare la *soft law* ha avuto un successo rilevante, nel senso che sono presenti ivi molteplici istituti, che gli amministrati volontariamente impiegano in diversi casi.

Per esempio, in diversi casi la normativa prevede istituti che non producono conseguenze giuridiche dirette; e tuttavia tali istituti producono conseguenze di fatto che finiscono per avere un rilievo, in quanto tali, anche per l'azione amministrativa.

Più analiticamente, la *soft law* ambientale prevede per esempio determinati certificati (come l'ISO 14001) che attestano la particolare attenzione, verificata in modo indipendente, da parte di un'impresa rispetto alle tematiche ambientali.

In diversi casi il possesso di tali certificati non produce alcuna conseguenza sul piano giuridico (come nell'esempio citato dei certificati ISO 14001): tale possesso concorre invece a definire il conte-

di S. CASSESE, Milano, 2006, vol. VI, p. 5606 e ss.; B. PASTORE, *Soft law, gradi di normatività e teoria delle fonti*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 5 e ss.

² Su questi diversi ambiti di applicazione della *soft law*, cfr. il n. 1/2003 di G.G. BALANDI, F. BANO (a cura di), *Lavoro e diritto*. Un'analisi dello sviluppo della *soft law* nei settori citati è contenuta anche in U. MORTH, *Soft Law in Governance and Regulation*, cit., nonché J.J. KIRTON, M.J. TREBILCOCK, *Hard Choices, Soft Law. Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Ashgate (Aldershot, UK), 2004; per una rassegna della *soft law* ambientale internazionale, particolarmente ampia, cfr. W.E. BURHENNE, *International Environmental Soft Law*, Martinus Nijhoff (Dordrecht, Olanda), a schede mobili; per un'analisi della *soft law* in materia di regolazione finanziaria cfr. V. LEMMA, "Soft Law" e regolazione finanziaria, in *NGCC*, 2006, p. 600 e ss.

sto fattuale in cui l'amministrazione opera e del medesimo l'amministrazione deve tener conto come di qualunque altro fatto.

In questa prospettiva, se l'amministrazione pratica controlli molto numerosi nei confronti di un'impresa certificata ambientalmente (la quale si sottopone già a controlli indipendenti), e controlla di rado altra impresa che invece non dispone di tale certificazione, potrebbe porsi un problema di eccesso di potere nell'attività amministrativa, per irragionevolezza, per un uso distorto della discrezionalità amministrativa.

In questa prospettiva, la *soft law* non è assimilabile a circolari o direttive, essendo questi ultimi atti almeno in parte vincolanti, sia pure in modo non integrale⁵.

Una seconda modalità di ricorso a strumenti economico-volontari di gestione dell'interesse ambientale si ha nei casi in cui gli amministrati sono variamente incentivati in modo espresso, normativo, a fare uso di tale disciplina.

In questo caso più che di *soft law*, come disciplina meramente opzionale con conseguenze in qualche modo rilevanti, si potrà parlare di amministrazione tradizionale per incentivi, in cui al verificarsi di determinate condizioni (la cui insorgenza è determinata volontariamente dall'impresa) si ricollegano ben definiti effetti incentivanti per l'amministrato: è il caso soprattutto della disciplina in materia di EMAS.

In questi casi la disciplina è ad applicazione facoltativa, come nel caso della *soft law*, ma mentre nella *soft law* l'applicazione è priva di conseguenze precise sul piano giuridico, nel caso della disciplina incentivante le conseguenze dell'applicazione della disciplina sono precise e vincolanti, all'interno di un paradigma *if/then* vincolante per l'amministrazione⁴.

⁵ Le circolari hanno portata vincolante per i dipendenti pubblici cui sono dirette, mentre le direttive hanno portata vincolante per alcuni punti, comunque salvaguardando la discrezionalità di chi riceve la direttiva: su questi temi cfr. per tutti, con riferimento alle direttive, F. MERUSI, M. CLARICH, voce *Direttiva*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; G. SCIULLO, voce *Direttiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1990, vol. V, p. 108 e ss.; sulle circolari F. BASSI, voce *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, p. 59.

⁴ Sull'estraneità della disciplina sugli incentivi rispetto alla *soft law* in senso proprio, cfr. U. MORTH, *Soft Law in Governance and Regulation*, cit., p. 18 e ss.

Il nesso rispetto all'amministrazione sussidiaria tramite strumenti economico-volontari, in questi casi, come già ricordato nel capitolo I, sussiste in quanto tali strumenti certificativi favoriti dall'amministrazione sono tratti dal mercato e hanno un valenza primaria come strumenti di mercato, utili in via principale per garantire una maggiore penetrazione commerciale.

In questa prospettiva, come già descritto nel capitolo I di questo scritto, la certificazione non è solo l'oggetto della disciplina incentivante, ma è anche lo strumento di mercato (si tratta di *brand* impiegate nel marketing) che il legislatore utilizza, senza alterarne la natura di strumento di mercato, per tutelare l'interesse pubblico ad una maggior garanzia dell'ambiente.

Una terza modalità di espressione della volontarietà degli strumenti descritti si ha nei casi in cui, in assenza di una disciplina specifica, l'amministrazione sviluppa modelli di gestione dell'interesse ambientale incentrati su una forma generale di negoziazione, con accordi che si possono definire unilaterali, in quanto prevedono obblighi in capo alle sole parti private.

Quest'ultimo intervento è diverso dai due precedentemente considerati: sia la *soft law*, sia la disciplina sull'amministrazione per incentivi, sono comunque forme di disciplina specifiche, mentre nel caso degli accordi unilaterali la disciplina, come si vedrà, è quella generale prevista per gli accordi procedimentali dall'art. 11, legge n. 241.

Poiché gli accordi unilaterali non si incentrano su una disciplina specifica, che manca, ma solo sulle azioni specifiche dell'amministrazione, la quale impiega strumenti generali, potrebbe parlarsi al riguardo di *soft administration*, per evidenziare la centralità delle opzioni dell'amministrazione, circa tali strumenti, rispetto ad opzioni specifiche contemplate dalla normativa, che mancano, come si è detto.

Con tale modello negoziale, l'amministrazione persegue per vie consensuali finalità di interesse pubblico, sfruttando gli intenti dell'impresa di ottenere supporti nel mercato di proprio interesse e anche concedendo forme di *patronage* all'impresa stessa, o valorizzando forme di autoregolamentazione dei privati. In tali casi, un intervento autoritativo sarebbe talora difficilmente possibile poiché

non previsto dall'ordinamento, perché per esempio l'attività dell'amministrato è già conforme a quanto richiesto dalla legge, ovvero perché i presupposti di un intervento autoritativo sono labili.

Si tratta in questa prospettiva di accordi volti a formalizzare un impegno degli amministrati – di solito imprese – a perseguire *best practices*, per le quali l'ordinamento non prevede coazioni. Non si tratta di accordi sostitutivi di un provvedimento o procedimento, poiché gli oneri cui si sottopone l'amministrato non sono previsti dalla legge come oneri cui l'amministrato si debba sottoporre: manca il provvedimento in tali casi.

Anche di queste forme di intervento si tratterà nel presente capitolo, anticipando fin d'ora che tali accordi appaiono per molti versi anomali.

Da un lato, infatti, l'amministrazione figura in tali accordi come soggetto che persegue direttamente interessi pubblici, e non come soggetto che si approvvigiona sul mercato di beni o servizi strumentali per la propria organizzazione; con tali accordi l'amministrazione riconosce la coerenza con l'interesse collettivo di comportamenti che l'impresa ha interesse a porre in atto, poiché assicurano una migliore immagine, maggiori capacità di penetrazione commerciale e in generale migliori relazioni con i soggetti utili per la vita dell'impresa.

Per questo verso, tali accordi paiono riconducibili alla categoria degli accordi di diritto pubblico di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

Ma dall'altro lato tali accordi non si correlano a procedimenti o provvedimenti tipici dell'amministrazione, caratterizzandosi spesso come dichiarazioni unilaterali dell'impresa cui l'amministrazione aderisce, ovvero che l'amministrazione patrocina, in ciò dimostrando una certa anomalia rispetto al modello tipico di cui all'art. 11, legge n. 241.

In sintesi, i richiamati strumenti economico-volontari di intervento, nel perseguire obiettivi di interesse pubblico, utilizzano strumenti tratti dal mercato, dando luogo a forme di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economico-volontari.

Dopo aver considerato le caratteristiche generali degli strumenti indicati, quali elementi di un sistema più complessivo di ammini-

strazione sussidiaria tramite strumenti economici di gestione dell'interesse pubblico, incentrato sulla valorizzazione di iniziative private e di meccanismi tratti dal mercato, anche al fine di consentire all'amministrazione di sostenere meno costi trasferendoli sul sistema privato, occorre ora considerare analiticamente la normativa che disciplina tali strumenti (in modo specifico per le certificazioni o generico per gli accordi ambientali), prestando particolare attenzione al sinergico rapporto tra diritto pubblico e diritto privato in tali ambiti.

Si tenga conto – ma ciò è evidente – che l'espansione dei modelli economico-volontari di gestione, nel settore ambientale, non rappresenta l'unica forma di intervento pubblico in tale settore, ma si aggiunge ai modelli di amministrazione tradizionale per aumentare la protezione degli interessi pubblici.

Nel settore ambientale, in particolare (lo si è già accennato per esempio con riferimento al rapporto tra IPPC e *emissions trading*) il legislatore fissa in primo luogo un livello base della disciplina che deve essere rispettato in modo vincolante da tutti, secondo una logica che in diritto amministrativo comunitario si suole definire di *command and control*; nel senso che l'amministrazione prescrive agli amministrati determinati comportamenti in modo cogente, e successivamente verifica che essi abbiano rispettato le prescrizioni dettate, punendo le violazioni (per esempio, con riferimento ai valori di emissione degli inquinanti).

Gli strumenti economici ed economico-volontari di amministrazione, in questa prospettiva sono strumenti impiegati sovente – come si è ricordato nel capitolo I di questo scritto – per una tutela incrementale dell'interesse pubblico, fermo restando che la tutela di base resta garantita da strumenti di diritto amministrativo tradizionale: di *command and control* appunto.

2. *Strumenti economico-volontari di gestione ambientale: l'impostazione comunitaria*

Storicamente, i primi riferimenti chiari ed organici a forme di amministrazione tese a valorizzare gli strumenti economico-volontari nel settore ambientale sono contenute nei programmi d'azione

comunitari in materia ambientale, a partire dal quinto programma d'azione comunitario⁵, relativo al periodo 1992-2000.

Il quinto programma d'azione era stato adottato subito dopo la Conferenza ONU di Rio de Janeiro⁶, nella quale vennero approvate, com'è noto, la Dichiarazione di Rio e l'Agenda 21.

In particolare, il secondo documento adottato, l'Agenda 21, era teso a favorire un'integrazione più armoniosa tra economia e ambiente, anche attraverso il richiamo di strumenti di mercato, economici, nella gestione amministrativa dell'ambiente, al fine di conseguire uno «sviluppo sostenibile»⁷, all'interno della ricostruzione di un quadro di intervento pubblico nell'ambiente ampiamente condiviso e partecipato dai diversi soggetti interessati all'ambiente medesimo.

Nel quinto programma d'azione CE gli strumenti economico-volontari di gestione ambientale vengono appunto contemplati per fa-

⁵ Il quinto programma d'azione comunitario è stato adottato con risoluzione 1 febbraio 1993, recante «Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio riguardante un programma comunitario di politica ed azione a favore dell'ambiente e di uno sviluppo sostenibile». Cenni agli strumenti volontari di gestione ambientale erano peraltro già presenti in iniziative comunitarie anche più risalenti, per esempio nel primo programma d'azione comunitario in materia ambientale, di cui alla dichiarazione CE 22 novembre 1973, cap. 2, punto A e all. I, punto 3.

⁶ Ci si riferisce alla Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo (UNCED), svoltasi a Rio de Janeiro nel giugno 1992.

⁷ Il concetto di sviluppo sostenibile è compendiato nella nota definizione offerta da Gro Harlem Brundtland nel 1987, come segue: «Lo sviluppo che è in grado di soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere la possibilità che le generazioni future riescano a soddisfare i propri». Su questi profili, cfr. tra gli altri P. SOAVE, *Lo sviluppo sostenibile nella prospettiva dell'Agenda 21. Il programma d'azione lanciato alla conferenza di Rio de Janeiro*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, p. 761 e ss.; UNITED NATIONS, *The Global Partnership for Environment and Development: A Guide to Agenda 21 Post Rio Edition*, New York, 1993. Per un'ampia serie di documenti relativi all'Agenda 21, cfr. il sito www.un.org/esa/sustdev/index.html. Com'è noto, in particolare il profilo della necessaria condivisione delle scelte ambientali (c.d. "democrazia ambientale"), elemento ritenuto basilare per uno sviluppo sostenibile, ha successivamente condotto alla «Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale», firmata nella cittadina danese di Aarhus nel 1998 (c.d. Convenzione di Aarhus), la quale è entrata in vigore nel 2001, dopo la ratifica da parte italiana con legge n.108 del 16 marzo 2001. La convenzione garantisce – in sintesi – forti possibilità partecipative dei cittadini ai processi decisionali rilevanti per l'ambiente.

vorire la condivisione delle iniziative adottate nel settore ambientale ed il coinvolgimento del mondo imprenditoriale nelle decisioni ambientali, quali elementi più efficaci per garantire l'implementazione di un obiettivo di sviluppo sostenibile, anche in seguito all'adozione dell'Agenda 21.

Per questa via la CE non intendeva sostituire l'approccio più tradizionale nella gestione ambientale, incentrato sul provvedimento, ma più semplicemente si proponeva di introdurre un nuovo approccio (talora individuato nei dibattiti sul tema come approccio di seconda generazione) al problema ambientale, che si aggiungesse a quello autoritativo tradizionale, al fine di rendere più attivo il ruolo delle imprese nel perseguimento di obiettivi di interesse pubblico.

Sul punto, risultano particolarmente chiare le considerazioni svolte nell'introduzione del quinto programma d'azione, laddove si afferma che, mentre «le misure ambientali prese in precedenza in questo settore erano di natura prescrittiva e seguivano l'approccio “non si deve”» (c.d. approccio *command and control*), «la nuova strategia si basa invece su un approccio del tipo “agiamo insieme” e rispecchia la nuova consapevolezza del mondo industriale e produttivo che l'industria non costituisce solo una parte importante del problema ambientale, ma che è anche parte della sua soluzione. La nuova strategia presuppone in particolare un rafforzamento del dialogo con il settore industriale e l'incoraggiamento a concludere accordi su base volontaria o ad adottare altre forme di autoregolamentazione».

In questa prospettiva, il programma invita i paesi membri a potenziare il ricorso a strumenti di autocertificazione e ad «incoraggiare diverse forme di accordi su base volontaria e di autocontrollo» (capitolo 4.1 del programma), sia, in linea generale, con riferimento al settore industriale nel suo complesso, sia con riferimento ai singoli settori (rifiuti, acque, ecc.).

Dopo il quinto programma di azione ambientale i riferimenti all'utilità degli strumenti economico-volontari di gestione dell'interesse pubblico, con specifico riferimento al settore ambientale, si sono moltiplicati.

Talora è stata di nuovo affermata l'efficacia di tali strumenti per favorire l'attuazione del diritto ambientale, per migliorarne l'effet-

tività⁸, pur sottolineando il carattere integrativo, e non sostitutivo, degli strumenti volontari di gestione ambientale, rispetto agli strumenti autoritativi di gestione⁹.

Talora è stata invece sottolineata l'utilità di questi strumenti per consentire al consumatore (e dunque anche all'amministrazione, in quanto consumatore di beni e di servizi) di scegliere prodotti e servizi più ecologici.

In particolare, è stata sottolineata l'importanza di tali strumenti in una prospettiva economica, di mercato, ricordando l'importanza dell'offerta al consumatore – attraverso le certificazioni – di «maggiori possibilità di tener conto delle considerazioni ambientali tramite il marchio di qualità ecologica e la fornitura di informazioni in materia ambientale sui prodotti, compresi i prodotti chimici»¹⁰.

La centralità degli strumenti di collaborazione con le imprese, come le certificazioni ambientali e gli accordi nel settore ambientale tra amministrazioni ed imprese, è riaffermata nel sesto programma di azione ambientale¹¹, oggi vigente, come elemento strategico centrale per la politica ambientale comunitaria, con specifico riferimen-

⁸ In questo senso, la risoluzione CE 7 ottobre 1997 («Risoluzione del Consiglio sulla formulazione, l'attuazione e il rispetto del diritto comunitario dell'ambiente»), al comma 16 dell'articolo unico, afferma che il Consiglio «prende atto [...] che una più ampia applicazione dei sistemi volontari di gestione e di audit ambientali conformi al regolamento sul sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS: *eco-management and audit scheme*) potrebbero agevolare il miglioramento dell'applicazione pratica della normativa ambientale comunitaria attraverso un autocontrollo ed un'autoispezione potenziati».

⁹ In questo senso, con riferimento agli accordi volontari, si pronuncia un atto di riesame del quinto programma di azione ambientale CE (Decisione n. 2179/98/CE del 24 settembre 1998 – «Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al riesame del programma comunitario di politica ed azione a favore dell'ambiente e di uno sviluppo sostenibile. Per uno sviluppo durevole e sostenibile»), art. 3, comma 1.

¹⁰ Art. 5, comma 1, lett. h, decisione n. 2179/98/CE cit. Un riferimento a tale profilo, di orientamento del consumatore, come elemento «fondamentale» nella concessione del marchio di qualità ecologica, figura anche nel quarto considerando del Reg. (CE) eco label II n. 1980/2000 del 17 luglio 2000 («Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al sistema comunitario, riesaminato, di assegnazione di un marchio di qualità ecologica»).

¹¹ Ci si riferisce alla decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 luglio 2002, che approva il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente.

to allo sviluppo di un approccio collaborativo, e non solo normativo, da parte della pubblica autorità nei confronti delle imprese.

Il sesto programma d'azione comunitario descrive inoltre più analiticamente le iniziative di amministrazione ambientale incentrata su strumenti fondati sull'adesione volontaria degli amministrati, con riferimento al conseguimento di certificazioni, alla valorizzazione del rispetto volontario di particolari requisiti ambientali nel settore degli appalti¹², ed all'impiego di accordi ambientali¹³.

Sono già stati accennati i principali vantaggi che un intervento di disciplina incentrato sul ricorso a strumenti economico-volontari può sviluppare.

Procedendo ad una rassegna più analitica di tali vantaggi, con specifico riferimento al settore ambientale, nel quale è particolar-

¹² In particolare, il sesto programma di azione prevede l'opportunità di «Migliorare la collaborazione e il partenariato con le imprese e con le organizzazioni che le rappresentano e coinvolgere le parti sociali, i consumatori e le relative associazioni, ove opportuno, per migliorare la prestazione ambientale delle imprese e perseguire modelli di produzione sostenibili. A tal fine è necessario: [...]. – incoraggiare una più ampia diffusione del sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) e sviluppare iniziative che incentivino le imprese a pubblicare rapporti di prestazione ambientale o di sviluppo sostenibile rigorosi e verificati da terzi indipendenti [...]. – incentivare l'introduzione di sistemi di ricompensa per le prestazioni ambientali delle imprese [...] – incentivare gli impegni o gli accordi volontari per conseguire chiari obiettivi ambientali, compresa la definizione di procedure in caso di inosservanza. [...] garantire che i singoli consumatori, le imprese e gli enti pubblici nel loro ruolo di acquirenti dispongano di migliori informazioni sui processi e sui prodotti in termini di impatto ambientale per raggiungere modelli di consumo sostenibile. A tal fine è necessario: – incoraggiare la diffusione di marchi ecologici e di altre forme di informazioni ed etichettatura ambientali che consentano ai consumatori di comparare le prestazioni ambientali di prodotti dello stesso tipo, – incentivare il ricorso ad autodichiarazioni ambientali attendibili ed evitare le dichiarazioni ingannevoli, – promuovere una politica di appalti pubblici "verdi" che consenta di tener conto delle caratteristiche ambientali e di integrare eventualmente nelle procedure di appalto considerazioni ambientali inerenti al ciclo di vita, compresa la fase della produzione, nel rispetto delle regole comunitarie di concorrenza e del mercato interno, attraverso linee guida sulle buone prassi e avviando un riesame degli appalti verdi all'interno delle istituzioni comunitarie» (art. 3, punti 5 e 6 del sesto programma d'azione comunitario in materia di ambiente, cit.).

¹³ Recita in questa prospettiva il sesto programma che occorre «b) favor(ire) la sottoscrizione di accordi ambientali con i settori industriali in materia di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra» (art. 5, comma 2, punto vi, b) (Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002).

mente diffuso il ricorso agli istituti considerati in questo capitolo, si rileva quanto segue.

Per quanto concerne i vantaggi per l'amministrazione, con riferimento alle certificazioni ambientali, è evidente che un impegno dell'azienda ad adottare un sistema permanente, procedimentalizzato, di controllo dell'impatto ambientale aziendale, in costante, obbligato miglioramento, verificato in modo indipendente ed a spese dell'impresa da soggetti diversi dall'amministrazione (questi sono, come si vedrà in seguito, i profili che caratterizzano le certificazioni ambientali), consente di internalizzare nell'azienda la tematica ambientale ed i costi relativi, in modo verificabile. Ciò da un lato permette di rendere più probabile un comportamento ambientalmente corretto dell'impresa, nell'interesse collettivo, e dall'altro lato consente di ottenere tale risultato trasferendo almeno in parte gli oneri di controllo relativi sul sistema imprenditoriale, e non sulla sola amministrazione.

Riflessioni analoghe sono ripetibili anche per gli accordi ambientali, specie ove si consideri che tali accordi spesso consentono di introdurre vincoli ambientali non facilmente imponibili in via autoritativa¹⁴, e comunque in modo maggiormente condiviso e dunque più efficiente.

Per quanto concerne l'interesse del sistema imprenditoriale per questi strumenti di gestione ambientale, è subito evidente che sul punto potrebbero porsi diverse perplessità, poiché utilizzando tali strumenti le imprese si sottopongono a costosi oneri ambientali, ulteriori rispetto a quelli imposti dalla legge autoritativamente.

L'onerosità di alcuni strumenti volontari di gestione ambientale è ancora più evidente ove si consideri che i risultati della gestione ambientale potrebbero, per esempio, essere acquisiti nel corso di una verifica giudiziaria e rappresentare uno strumento di autoaccusa per l'impresa (quando le analisi periodiche degli inquinanti su cui si basa il sistema di gestione ambientale certificato evidenzino una non conformità alle norme), del tutto assente ove l'impresa non si fosse sottoposta a certificazioni.

¹⁴ Si è già accennato, e si dirà ulteriormente in seguito che gli accordi ambientali prevedono spesso limitazioni in capo alle imprese ulteriori rispetto a quelle previste in via normativa.

In realtà, come è stato accennato in precedenza, il ricorso agli strumenti economico-volontari di gestione ambientale, se è oneroso per le imprese in forza delle ragioni appena esposte, consente alle medesime diversi vantaggi, che si ritengono nella prassi prevalenti rispetto agli svantaggi, secondo quanto si procede ad esporre.

In primo luogo è possibile individuare un vantaggio concorrenziale, potendo ambire l'impresa con certificazioni o accordi "verdi" ad un maggiore successo dei propri prodotti e servizi nei confronti dei consumatori più attenti alla tutela dell'ambiente, ivi compresa, come si vedrà, la pubblica amministrazione come centro di approvvigionamento.

In secondo luogo, si riscontra sovente un vantaggio normativo ed amministrativo, essendo previsto a livello normativo, ed essendo comunque praticato a livello amministrativo, un trattamento privilegiato nei confronti delle imprese che utilizzano strumenti economico-volontari di gestione ambientale, da parte della pubblica amministrazione, non in quanto centro di approvvigionamento (di ciò si è appena detto), ma in quanto autorità (con riferimento, per esempio, all'elargizione di sovvenzioni, o di benefici fiscali, ovvero con riferimento all'esecuzione di controlli).

In terzo luogo, ci si riferisce ad un vantaggio nella gestione della responsabilità ambientale imprenditoriale, deponendo la presenza di un sistema di gestione ambientale, e talora anche la presenza di accordi ambientali, a favore della diligenza esercitata dall'impresa nello svolgimento della propria attività, al fine di escludere o diminuire eventuali responsabilità per colpa.

In quarto luogo, è riscontrabile talora un vantaggio politico-territoriale, nel rapporto con la popolazione insediata vicino alla struttura produttiva, con riferimento all'orientamento di tale popolazione nei confronti dell'impresa, ed ai riflessi di tale orientamento, se positivo verso l'impresa, sul piano delle attività dell'ente territoriale nei confronti dell'impresa medesima. Si tratta di un vantaggio peraltro ridotto stante la natura spesso aprioristica dell'opposizione della collettività rispetto a strutture inquinanti.

In quinto luogo, ci si riferisce ad un vantaggio economico-gestionale, legato al risparmio che deriva da un più efficiente impiego di risorse: sotto quest'ultimo profilo, è notorio che uno spreco di risorse è incompatibile con una corretta gestione ambientale.

3. *I caratteri delle certificazioni ambientali: tra pubblico e privato*

Occorre dunque ora descrivere in dettaglio le caratteristiche degli strumenti economico-volontari di gestione dell'interesse ambientale, evidenziando in particolare le commistioni tra diritto pubblico e privato in tali ambiti.

Per quanto concerne le certificazioni ambientali, occorre distinguere fra tre tipologie principali di certificazioni: ci si riferisce all'ISO 14001, all'EMAS ed all'eco label¹⁵.

Una prima distinzione deve essere svolta, tra le certificazioni indicate, con riferimento all'oggetto relativo: le prime due ineriscono a processi produttivi, mentre la terza inerisce ai prodotti, essendo ivi ricompresi anche i servizi resi dall'impresa¹⁶.

Una seconda distinzione deve essere svolta con riferimento alla fonte che disciplina il rilascio delle certificazioni; fonte che è rappresentata da norme giuridiche pubbliche in senso proprio, ed in particolare da regolamenti comunitari, per l'EMAS e l'eco label, mentre è rappresentata da norme emanate da soggetti privati, la cui natura di norme giuridiche pubblicistiche *pleno iure* è dubbia, per l'ISO 14001.

Il ragionamento può iniziare dal considerare le certificazioni dei processi produttivi, ed in particolare la certificazione UNI EN ISO 14001, certamente più diffusa rispetto all'EMAS, anche se più recente¹⁷.

¹⁵ La disciplina sull'EMAS e sull'eco label è in corso di revisione: cfr. sul tema con specifico riferimento all'EMAS F. IRALDO, P. LANZINI, *L'attuale sviluppo dell'Emas e le prospettive per la nuova revisione*, in *Econ. fonti en. amb.*, 2006, p. 93.

¹⁶ Art. 1, comma 1 regolamento CE 17 luglio 2000, n. 1980 – c.d. eco label II. Si sottolinea nella disciplina EMAS l'estensione della disciplina anche ai servizi e non solo ai prodotti: mentre nel regolamento EMAS I le imprese che potevano accedere al sistema erano quelle che svolgevano «attività industriali» (reg. CEE n. 1836 del 1993, art. 1, comma 1), presupponendo un'importanza preminente a fini di tutela ambientale di tali imprese, nel regolamento EMAS II il legislatore comunitario si riferisce genericamente alle «organizzazioni» ricomprendendo perciò nell'ambito EMAS anche le imprese di servizi e le pubbliche amministrazioni (reg. CE 19 marzo 2001, n. 761, art. 1, comma 1, come successivamente modificato).

¹⁷ Le norme ISO 14001 risalgono al 1996 (successivamente riviste nel 2004), mentre il primo regolamento EMAS risale al 1993 (regolamento CE 29 giugno 1993, n. 1836). A fine 2000 le certificazioni ISO 14001 in Italia erano 445,

Si tratta di una certificazione incentrata sul rispetto da parte delle imprese della normativa dettata dall'ISO (International Organization for Standardization), associazione delle strutture più rappresentative della normalizzazione¹⁸ per i diversi Stati nazionali (per l'Italia partecipa l'UNI). Tale normativa, com'è noto, è recepita nel nostro ordinamento attraverso l'intervento del CEN (Comitato europeo di normalizzazione) e del medesimo UNI¹⁹.

La logica di tale certificazione, che viene riprodotta nella sua parte centrale – come si vedrà – nel regolamento EMAS attualmente vigente (c.d. regolamento EMAS II)²⁰, è rappresentata dall'introdurre in azienda un circuito virtuoso riassumibile con la locuzione *plan-do-check-replan*: si tratta cioè in primo luogo di programmare

mentre le certificazioni EMAS erano 35; nel mondo esistevano 18.000 certificazioni ISO 14001 contro 2.973 siti UE registrati EMAS (i dati sono tratti da M. GATTA, *Dall'adesione all'EMAS, nuove opportunità di sviluppo per le PMI*, in *Ambiente sicurezza*, 2001, n. 13, p. 1). Non sono prese in esame nella presente trattazione le certificazioni di qualità ambientale sui prodotti disciplinate dalle norme ISO 14040 e ISO 14024, ancora non così diffuse.

¹⁸ Sui caratteri della normalizzazione, come attività volta ad individuare ed accertare le caratteristiche tecniche di prodotti e attività imprenditoriali, sulla base di prescrizioni normative spesso di carattere, almeno apparentemente, privato, cfr. AA.VV., *La normativa tecnica industriale*, a cura di P. ANDREINI, G. CAIA, G. ELIAS e F.A. ROVERSI-MONACO, Bologna, 1995, p. 13; E. CHITI, *La normalizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, vol. III, p. 3067. Sulle norme tecniche in genere, cfr. più di recente F. SALMONI, *Il rapporto tra tecnica e diritto attraverso l'analisi della produzione normativa tecnica consensuale*, relazione al convegno *Integrating Scientific Evidence in Environmental Rule-making: the Case of Directive 99/31/EC and 00/53/EC* svoltosi in Firenze in data 14-15 dicembre 2001; G. CAIA, N. AICARDI, *The Legal status of Environmental Law Making*, relazione svolta al convegno *Integrating Scientific Evidence in Environmental Rule-making: the Case of Directive 99/31/EC and 00/53/EC*, cit.

¹⁹ Anche il CEN e l'UNI, come l'ISO, sono strutture associative, le quali si occupano di normalizzazione. In particolare, l'UNI (Ente nazionale italiano di unificazione), associazione riconosciuta (soggetto di diritto privato) raccoglie numerose strutture, pubbliche e private, ivi comprese strutture a loro volta associative, operanti nel sistema imprenditoriale. Sul ruolo di questi soggetti nella adozione e nell'implementazione delle normative tecniche, cfr. gli Autori citati nella nota precedente; sui caratteri di questi organismi, cfr. G. ELIAS, *Le regole comunitarie per l'accesso al mercato unico: le misure per l'eliminazione delle barriere tecniche*, in *La normativa tecnica industriale*, cit., p. 32 e ss.

²⁰ Regolamento europeo 19 marzo 2001 n. 761/2001; ci si riferisce all'allegato I del regolamento n. 761/2001, il quale riproduce appunto la parte centrale della normativa ISO sulla certificazione ambientale.

un intervento migliorativo ambientale all'interno dell'azienda, contestualmente alla definizione degli specifici ruoli e delle responsabilità per l'attuazione del programma, in secondo luogo di realizzare tale programma, in terzo luogo di verificare l'attuazione del programma enunciato, attraverso un audit interno verificato periodicamente da un soggetto indipendente, ed in quarto luogo di introdurre le modifiche al programma idonee a migliorarlo, rispetto alle verifiche svolte ed alle criticità riscontrate, per poi riapplicare dall'inizio il circolo virtuoso descritto.

Quanto sopra per quanto concerne i caratteri procedurali, metodologici, per così dire, del processo produttivo: per questo aspetto, la normativa ISO comporta la realizzazione all'interno dell'azienda di un vero e proprio sistema formalizzato di gestione ambientale.

Per quanto concerne gli esiti sostanziali del processo produttivo, e cioè gli inquinanti che tale processo introduce nell'ambiente esterno, la norma ISO 14001 non impone direttamente il rispetto di standard ambientali per l'attività certificata, con specifico riferimento, per esempio, agli standard per le emissioni in atmosfera; ma impone comunque, per rinvio, di rispettare tali standard, essendo prescritto dalla normativa ISO 14001 il rispetto della normativa ambientale, quale che essa sia, per il rilascio delle certificazioni.

La mancata fissazione diretta di standard ambientali consente alla certificazione ISO una notevole flessibilità, essendo essa applicabile in contesti nazionali estremamente diversi, anche con riferimento a paesi in via di sviluppo, in cui la normativa ambientale è estremamente lacunosa.

Ciò comporta un inconveniente che è immediatamente correlato alla *vis expansiva* della certificazione: la certificazione ISO 14001 identifica sistemi analoghi di gestione ambientale, dal punto di vista procedimentale, ma individua imprese che producono effetti molto differenziati sull'ambiente, essendo le norme sugli inquinanti immessi nell'ambiente, rispetto alle quali si svolge – per rinvio contenuto nelle norme ISO 14001 – la verifica di cui alle medesime norme ISO, molto diverse nei differenti Stati nazionali.

La conformità del sistema di gestione ambientale, realizzato dall'azienda, rispetto alle norme ISO 14001, deve essere accerta-

ta, per il rilascio della certificazione, da un verificatore indipendente, accreditato dal SINCERT, sulla base di altre norme UNI. Il SINCERT è un'associazione senza scopo di lucro, di natura privatistica, costituita con d.m. 16 giugno 1995, su iniziativa di UNI e CEI (Comitato elettrotecnico italiano)²¹, Ministero dell'industria, CNR ed ENEA, in cui sono associati numerosi soggetti operanti nel sistema delle certificazioni.

La procedura di accreditamento del verificatore, da parte di SINCERT, dovrebbe svolgersi anche attraverso ispezioni presso la struttura che richiede tale accreditamento, ispezioni che dovrebbero estendersi alle concrete attività di certificazione svolte da chi richiede l'accREDITamento, in funzione dell'accertamento sul possesso – da parte del verificatore sottoposto ad accreditamento – di competenze tecniche e di risorse adeguate per lo svolgimento dell'attività di certificazione. Il rispetto delle norme previste per l'accREDITamento dovrebbe essere successivamente verificato con controlli periodici.

Si tratta di una sorta di sistema che – almeno parzialmente – si autodisciplina, solo in parte indipendente dal mondo imprenditoriale su cui si svolge l'attività di certificazione.

Infatti, è lo stesso statuto UNI che consente alle «imprese industriali e commerciali» di far parte di tale associazione²², determinando per questo aspetto un contatto tra il sistema della regolazione ISO e dell'accertamento sui controllori (incentrato sull'UNI), e il mondo di chi è soggetto a tale regolamentazione ed a tale controllo (che partecipa strutturalmente all'UNI)²³.

Si sottolinea che le norme ISO – a forte tasso di tecnicità – non sono norme consuetudinarie, esistenti e solo recepite nel testo scritto; si tratta invece di norme che sono create dagli organismi del settore in via autonoma.

²¹ Dell'UNI si è già detto poc'anzi; il CEI è l'organismo italiano di normalizzazione elettrotecnica ed elettronica: cfr. sul punto A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Dir. econ.*, 1996, p. 273.

²² Art. 3, comma 1, lett. d dello Statuto del medesimo ente.

²³ Sul peso nel sistema ISO di regolazione e controllo dei produttori e delle associazioni di categoria, a tali attività sottoposti, sia pure talora solo in forma indiretta, attraverso associazioni esponenziali, cfr. A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 273.

Sembra sul punto riproducibile la considerazione svolta in dottrina con riferimento alla generalità delle norme tecniche come norme poste da «soggetti della società civile» (nel caso, del sistema imprenditoriale) «organizzata secondo i propri interessi, con strutture che sono articolazioni di questi interessi»²⁴.

Da un punto di vista soggettivo, il sistema ISO vede dunque la presenza, sia nel rilascio delle certificazioni che nel controllo sui certificatori, di soggetti essenzialmente di diritto privato: sono per lo più di diritto privato i certificatori accreditati, e cioè i soggetti che provvedono al rilascio in concreto delle certificazioni ISO 14001²⁵, e sono parimenti di diritto privato i soggetti che emanano la normativa rilevante nel sistema (ed in particolare l'UNI) e che provvedono all'accREDITAMENTO dei certificatori.

Da un diverso punto di vista, oggettivo, può invece porsi una questione circa una possibile natura pubblica dell'attività svolta da questi soggetti, privati, specie ove si consideri che le certificazioni ISO 14001 sono talora considerate dall'ordinamento giuridico, come elemento a vario titolo della disciplina dettata dalle norme pubbliche, per quanto ciò accada molto più raramente rispetto alle certificazioni EMAS²⁶.

4. *(segue) I caratteri delle certificazioni ambientali: le certificazioni private (ISO 14001)*

Il primo problema che viene in discussione è rappresentato dalla natura delle norme ISO 14001.

²⁴ A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 278.

²⁵ Talora in realtà anche soggetti di diritto pubblico si pongono sul mercato, svolgendo attività imprenditoriale come certificatori. Sulle problematiche, relative alla garanzia della concorrenza, che si pongono se i soggetti pubblici diventano imprenditori nel sistema, quando esercitano funzioni di controllo sul medesimo sistema, cfr. Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 11 aprile 2002, con riferimento alla consulenza svolta nel settore ambientale dalle ARPA – Agenzie regionali di protezione dell'ambiente.

²⁶ Di ciò si dirà nel paragrafo seguente.

Al riguardo, la dottrina ha avuto modo di pronunciarsi finora solo sulle norme tecniche che definiscono parametri tecnici di prodotto, relativi alla sicurezza ed alla standardizzazione²⁷, norme parzialmente diverse rispetto alle norme ISO 14001 considerate in questa sede.

Le norme tecniche relative ai prodotti – le quali sono diverse dalle norme ISO 14001, come si è detto – sono espressamente richiamate da disposizioni normative, anche comunitarie, come norme il cui rispetto, verificato in modo indipendente secondo un sistema simile al sistema ISO 14001, determina una presunzione di conformità di un prodotto – che rispetta tali norme tecniche – rispetto ai canoni comunitari di sicurezza ed affidabilità.

Esiste dunque un rinvio, chiaro e particolarmente frequente, da parte di norme pubbliche di livello comunitario, a tali norme tecniche, introducendo una presunzione di conformità tecnica molto rilevante per la circolazione del prodotto; rinvio che non esiste invece in forma analoga per la normativa ISO 14001 di qualità ambientale.

Delle norme tecniche sulla sicurezza e standardizzazione dei prodotti, richiamate dalla normativa pubblicistica ordinamentale, specie dalla normativa comunitaria, è stata affermata la natura pubblica, in quanto tali norme tecniche, e gli organismi che le emanano, concorrono ad integrare la funzione normativa in senso proprio: «le norme degli organismi che hanno avuto i riconoscimenti e le qualificazioni ricordate di organismi di normalizzazione hanno una funzione di attività a rilevanza pubblica di normazione (per la coincidenza di normalizzazione e di normazione) che fa configurare i loro atti amministrativi, quanto (potremmo dire di più) lo sono quelli dei concessionari»²⁸.

²⁷ Ci si riferisce a quelle norme, elaborate essenzialmente dal CEN, a livello europeo, e da UNI e CEI a livello nazionale, che definiscono appunto gli standard tecnici dei prodotti, richiamate da diverse disposizioni a livello comunitario, per rendere più semplice e snello il sistema, anche normativo, di riconoscimento della sicurezza ed affidabilità dei prodotti in modo uniforme nella Comunità europea: cfr. sul punto E. CHITI, *La normalizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, cit., p. 3067 e ss.

²⁸ A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello stato pluralista e prefederativo*, cit., p. 294.

A conferma di questa conclusione, è stata sottolineata l'insufficienza di una tutela giurisdizionale civilistica nei confronti di tali norme, tutela che sarebbe la sola praticabile qualora le si consideri di diritto privato, mentre più soddisfacente sarebbe sul punto una tutela giurisdizionale amministrativa²⁹.

Si tenga conto che la qualificazione amministrativa di tali norme non sembra comportare – lo si è già ricordato nel capitolo I – la pubblicizzazione integrale del procedimento che porta alla relativa approvazione, stante la difficoltà di applicare ai procedimenti di un soggetto privato le norme generali sui procedimenti amministrativi.

Volendo riportare le considerazioni ora illustrate ad un quadro più generale, secondo quanto si è già discusso nel capitolo I di questo scritto, sembra che tali considerazioni sulla natura giuridica delle norme tecniche rappresentino un esempio di come da tempo siano utilizzati elementi sintomatici di riferimento per qualificare determinate attività come attività amministrative.

Nel caso, la fonte pubblica che richiama le norme tecniche, la valenza di tali norme come elementi di integrazione fortemente rilevanti, all'interno di una disciplina imperativa, per ritenere che il prodotto sia tecnicamente idoneo e per renderne perciò possibile la circolazione, sono stati ritenuti elementi importanti per la relativa qualificazione come atti amministrativi, in mancanza di elementi tradizionali di qualificazione come la funzionalità o la natura pubblica del soggetto da cui tali norme provengono.

La natura delle norme tecniche sui prodotti non è comunque l'oggetto di questo scritto, e vi si è accennato solo per ragioni di completezza.

Ritornando allora alla natura delle norme ISO 14001, deve rilevarsi che tali norme non sono in realtà richiamate come norme integrative dalla normativa più propriamente pubblica.

Tale normativa si limita a richiamare le certificazioni ISO 14001, che conseguono all'applicazione di tali norme, come elementi di semplificazione documentale (di ciò si dirà nel paragrafo che segue) tra amministrazione e amministrati.

²⁹ *Ibidem*, p. 292. Cfr. ora sul punto anche per rinvii A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 328 e ss.

La natura privata del soggetto che emana tali norme, il fatto che non siano richiamate in quanto tali dalla disciplina pubblica (la quale come si è detto rinvia unicamente alle certificazioni ISO, e non alle norme ISO), il carattere comunque non imperativo, ma volontario di un ricorso alle certificazioni richiamate (mentre nelle norme tecniche il mancato rispetto delle medesime comporta una presunzione di inadeguatezza tecnica) sono tutti elementi che paiono esprimere una valenza non pubblicistica di tale normativa.

Quanto sopra rende in definitiva la portata integrativa delle norme ISO 14001 rispetto alle norme statali o comunitarie, ordinamentali, molto meno rilevante, rispetto al carattere integrativo e imperativo immediatamente evidente che è possibile riconoscere alle norme tecniche sulla sicurezza e normalizzazione dei prodotti, nei confronti della legislazione tecnica.

Per quanto concerne non i caratteri delle norme, ma i caratteri delle certificazioni, con specifico riferimento alle certificazioni rilasciate – in linea generale – in tema di qualità e sicurezza, in dottrina è stata sviluppata sul punto una sostanziale distinzione tra l'attività dei certificatori, pubblica, e gli atti dagli stessi rilasciati, privati.

Si è in particolare sostenuto che i soggetti certificatori sono «soggetti privati che svolgono un'attività pubblica, con una sostituzione determinata per effetto di un meccanismo legale [...] e con autorizzazione allo svolgimento in concreto posta in essere con provvedimento amministrativo emanato dall'autorità pubblica originariamente titolare del relativo potere», ove un'autorizzazione siffatta sia presente⁵⁰.

Mentre invece i singoli atti certificativi sarebbero atti privati, «fuori [...] dal campo degli atti abilitativi»⁵¹, soggetti alla «tutela privatistica» e con esclusione di «ricorsi giurisdizionali davanti al giudice amministrativo»⁵².

⁵⁰ Così E. MELE, *Aspetti giustiziali in materia di certificazioni di conformità*, in AA.VV., *La normativa tecnica industriale*, cit., p. 118.

⁵¹ *Ibidem*, p. 118.

⁵² *Ibidem*, p. 120.

L'attività certificativa sarebbe per questo profilo l'estrinsecazione di un *munus* conferito a soggetti privati³⁵, *munus* che non dà però luogo all'emanazione di atti amministrativi.

Per chiarire la complessa tematica, sembra utile considerare una questione analoga, normata in modo analitico dal legislatore.

Ci si riferisce alle certificazioni rilasciate dalle SOA (Società organismo di attestazione) nel sistema dei lavori pubblici. In tale contesto, pur essendo previsto un penetrante controllo pubblico sulle SOA³⁴ e perfino sulle attività da esse svolte³⁵, e pur essendo parimenti imposto per tali attività il rispetto di un requisito generale di buona amministrazione, ritenendosi sussistente la possibilità di inoltrare reclamo alla pubblica amministrazione, contro gli atti di queste società³⁶, nonché ritenendo l'Autorità di vigilanza di poter annulla-

³⁵ Sul concetto di *munus*, cfr., anche per ulteriori rinvii, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, p. 127 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, p. 152 e ss.; F.G. SCOCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 339 e ss., G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, loc. cit.

³⁴ Art. 10 d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, il quale continua ad applicarsi fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento sui lavori pubblici, ai sensi dell'art. 253 comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

³⁵ Art. 14, d.P.R. n. 34 del 2000: «L'autorità, [...] controlla che le SOA: a) operino secondo le procedure, anche di controllo interno, presentate in sede di richiesta di autorizzazione ed approvate dall'autorità stessa; b) abbiano un comportamento che elimini qualsiasi possibilità di conflitti di interesse».

³⁶ Sulla necessità di rispettare un principio di buona amministrazione nell'attività delle SOA, simile a quello previsto dall'art. 97 Cost. per l'attività amministrativa, cfr. art. 12 d.P.R. n. 34 del 2000: «Nello svolgimento della propria attività le SOA devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, nel rispetto dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, della legge» (nell'art. 1 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, ora richiamato, oggi abrogato com'è noto dal d.lgs. n. 163 del 2006, si affermava poi quanto segue: «In attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori»). Sull'esperibilità di una sorta di reclamo all'amministrazione contro l'attività svolta dalle SOA cfr. l'art. 16 d.P.R. n. 34: «1. Le determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione sono soggette al controllo dell'autorità qualora l'impresa interessata ne faccia richiesta entro il termine di trenta giorni dalla data di effettiva conoscenza della determinazione stessa. 2. L'autorità, sentita l'impresa richiedente e la SOA e acquisite le informazioni necessarie, provvede

re gli atti delle SOA³⁷, la previsione esplicita da parte del legislatore di un rapporto contrattuale tra SOA ed impresa da certificare aveva indotto a qualificare gli atti esecutivi di tale contratto, ed in particolare la certificazione rilasciata dalle SOA, come atto privato, e non come atto amministrativo.

Era stato in particolare affermato che la contrattualizzazione del sistema di qualificazione aveva realizzato una «sostanziale privatizzazione della qualificazione»³⁸, traendo spunto dai lavori che avevano portato all'approvazione del d.P.R. n. 34 del 2000.

Sul punto, la relazione di accompagnamento al regolamento precisava che il regolamento medesimo, nella sua originaria versione, stabiliva che le SOA svolgevano una funzione pubblica; la previsione era stata poi significativamente stralciata in seguito alle osservazioni del Consiglio di Stato³⁹, affermando il supremo giudice amministrativo che la «materia della qualificazione attiene più alla disciplina del mercato che a quella della vera e propria esecuzione di lavori pubblici».

E d'altro canto la stessa relazione ministeriale al testo poi approvato con d.P.R. n. 34 del 2000 distingueva tra il livello autoritativo dei controlli della pubblica amministrazione sul sistema, dagli aspetti negoziali del rapporto tra impresa e SOA⁴⁰.

In senso analogo, era stato affermato che «SOA ed impresa aspirante all'attestazione sono legate da un vincolo privatistico, che deriva dalla sottoscrizione di un apposito contratto», deducendo perciò

entro sessanta giorni ad indicare alla SOA le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato. L'inottemperanza da parte della SOA alle indicazioni dell'autorità costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'articolo 10, comma 5 del presente regolamento».

³⁷ Sul potere di annullamento che l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ha ritenuto di poter esercitare sulle attestazioni SOA, cfr. Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 30 luglio 2002, n. 19/2002. Tale potere – discusso – è stato successivamente riconosciuto con chiarezza dalla giurisprudenza che ha qualificato le certificazioni SOA come atti amministrativi, come si vedrà.

³⁸ C. GUCCIONE, D. GALLI, *Il nuovo sistema di qualificazione nei lavori pubblici. Quaderni del giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 75.

³⁹ Cons. Stato, sez. consultiva sugli atti normativi, parere n. 203/99 del 29 novembre 1999, ined.

⁴⁰ Su tutti questi profili, cfr. C. GUCCIONE, D. GALLI, *Il nuovo sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, cit., p. 68 e ss.

la giurisdizione del giudice ordinario sul punto, mentre per quanto concerne la relazione tra SOA e Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici era stato affermato che «essa si estrinseca in un tipico rapporto pubblicistico, atteso che il potere di autorizzazione, controllo e vigilanza dell'Autorità sulle SOA costituisce espressione di una potestà amministrativa, a fronte della quale è possibile configurare esclusivamente interessi legittimi»⁴¹.

Se l'orientamento iniziale era stato favorevole a qualificare le certificazioni SOA come atti privati, la giurisprudenza successiva ha invece cambiato orientamento⁴².

Proprio valutando in modo complessivo, con maggiore approfondimento, il sistema delle certificazioni SOA, ancora una volta – come già avvenuto con riferimento agli atti degli organismi di diritto pubblico – la giurisprudenza ha dato maggiore rilievo alla presenza di alcune parti di disciplina pubblicistica sugli atti: segnando un cambio di orientamento a disciplina specifica invariata che diviene spiegabile probabilmente, di nuovo, solo a fronte di una valutazione normativa complessiva, ove si consideri l'affermarsi nell'ordinamento della tendenza generale ad estendere la qualificazione amministrativa degli atti emanati da soggetti privati, quando presentino elementi di disciplina di tipo amministrativo.

In particolare, il giudice ha dato rilievo a tal fine a diversi elementi sintomatici della disciplina, e cioè all'efficacia qualificata dell'attestazione SOA (citando un profilo dell'efficacia – quello cer-

⁴¹ TAR Lazio, sez. III, 16 ottobre 2002, n. 8720, in www.giust.it, n. 10-2002. Nel caso di specie, ciò significava che il diniego di certificazione SOA – trattandosi di un diniego retto dal diritto privato – non poteva essere sottoposto alla disciplina degli atti amministrativi, ivi compresa la disciplina sull'impugnazione davanti al TAR, ma doveva essere sottoposto alla giurisdizione del giudice ordinario al quale sarebbe spettato verificare se il mancato rilascio dell'attestazione SOA poteva rappresentare un inadempimento contrattuale, anche sulla base dei principi di diligenza e correttezza nell'adempimento. È chiaro che in mancanza di una disciplina procedimentale applicabile al rilascio dell'attestazione SOA l'applicazione della normativa privatistica avrebbe finito per comportare un sindacato più generico rispetto a quanto garantito dal giudice amministrativo.

⁴² Cfr. sul punto da ultima Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 129, in www.giustizia-amministrativa.it; per una rassegna di giurisprudenza sul punto cfr. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 350 e ss.

tificativo – che è accostabile all'imperatività) e ai controlli pubblici previsti sull'attività⁴⁵.

Si tratta di elementi che in sé sono propri almeno in parte anche di attività private, ma che evidentemente, riconsiderati complessivamente, alla luce dell'affermarsi della tendenza giurisprudenziale più favorevole alla qualificazione amministrativa degli atti di soggetti privati, hanno indotto a ritenere che la disciplina esprima una visione delle attività delle società SOA come attività poste in essere nell'espressione di interessi collettivi, essendo attribuito alle SOA potere certificativo nell'interesse generale analogamente a quanto accade per il potere certificativo dell'amministrazione.

La sentenza citata si riferisce ad un generico interesse pubblico alla certificazione come interesse sufficiente a qualificare l'attività come attività amministrativa. Tale interesse deve però essere precisato con maggiore attenzione, poiché anche il diritto privato conosce documenti con valore probatorio qualificato: basti pensare al sistema delle prove documentali nel codice civile.

In realtà, sembra che sul giudice abbia influito – nell'interpretazione della disciplina – sia il raccordo molto stretto con l'amministrazione riconosciuto dalla disciplina medesima (l'amministrazione può incidere fortemente anche con ordini sull'azione delle società SOA); sia la valenza certificativa che la disciplina riconosce alla certificazione SOA come espressione di un interesse collettivo alla certezza del documento per tutti i consociati, esprimendo un tipico

⁴⁵ «Vi è un interesse pubblico all'attività di certificazione, e tale attività è circondata di garanzie e controlli pubblici. // Le attestazioni sono atti destinati ad avere una particolare efficacia probatoria, in quanto "l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente regolamento costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici. Le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai titoli III e IV" (art. 1, d.p.r. n. 34/2000). // Il legislatore, nell'ottica della semplificazione, ha inteso demandare lo svolgimento di una attività in passato demandata a soggetti pubblici, – la certificazione –, a soggetti privati. // Ma la diversa natura giuridica (pubblica o privata) del soggetto che esercita l'attività di certificazione, non incide sulla natura giuridica dell'attività esercitata, che era in passato, e rimane oggi, una funzione pubblica di certificazione, volta a ingenerare pubblica fiducia nel contenuto dell'atto» (Cons. Stato, n. 129 del 2005, cit.)

profilo amministrativo, a prescindere dalla costituzione di certezze *inter partes* come è propria dei documenti probatori privati; sia la finalizzazione dell'attività SOA, che inserita in tale contesto concorre a fare ritenere il diritto applicabile come diritto amministrativo; sia, come si è detto, il consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale favorevole a consentire la qualificazione amministrativa, a determinate condizioni, anche di atti emanati da soggetti privati.

In ogni caso, dalla qualifica dell'atto come atto amministrativo il giudice fa conseguire un importante elemento di disciplina che non era diversamente ricostruibile, sulla base della lettera della normativa, rappresentato dalla possibilità per l'Autorità di annullare il certificato SOA.

La normativa prevedeva solamente che l'Autorità potesse indicare alla società SOA il contenuto dell'atto; ma non che fosse possibile un relativo annullamento.

Proprio dal richiamo del modello cornice dell'atto amministrativo tale conseguenza diviene praticabile nel ragionamento giurisprudenziale, secondo quanto aveva già peraltro anticipato l'Autorità di vigilanza⁴⁴.

Gli elementi di disciplina pubblicistica sono dunque stati ritenuti interpretativamente prevalenti dalla giurisprudenza – a disciplina invariata – sugli elementi privatistici, negando importanza all'intento di accentuare il carattere *market oriented* del sistema, perseguito a suo tempo dal legislatore con la privatizzazione del soggetto che rilascia le attestazioni di capacità nel settore dei lavori pubblici.

Si tratta di un fenomeno oramai ricorrente – lo si è già ricordato – negli ultimi anni: come accaduto con gli atti degli enti pubblici privatizzati, in prossimità temporale della legislazione di privatizzazione la giurisprudenza si orienta verso una qualificazione privatistica delle attività, che poi muta nel tempo nel momento in cui si medita maggiormente sugli elementi pubblicistici nella disciplina che permane a regolare gli atti.

⁴⁴ «Una volta acclarato, alla luce della disciplina positiva, che, le SOA sono soggetti privati che esercitano una funzione pubblica, e che all'Autorità sono attribuiti poteri penetranti di vigilanza e controllo sia sulle SOA che sulle singole attestazioni, è agevole desumere, in chiave di ricostruzione logica e sistematica, – al di là del mero dato letterale – la sussistenza di un potere, in capo all'Autorità, di annullare in via diretta le attestazioni SOA» (Cons. Stato, n. 129 del 2005, cit.).

In chiusura di questi brevi cenni sulla natura giuridica degli atti delle SOA, non si può che ribadire la difficoltà di delimitazione della categoria degli atti amministrativi, ancorandosi unicamente al riscontro di caratteristiche quasi meccaniche (imperatività, funzionalità), molto importanti ma che non possono essere considerate in modo avulso da un'indagine sulla *ratio legis* circa la disciplina sull'atto di cui si parli, come disciplina inserita nel quadro generale del diritto amministrativo.

Sotto questo profilo il caso degli atti delle SOA appena considerato è emblematico, trattandosi di atti circa i quali a fronte di una disciplina invariata proprio il rilievo diverso attribuito ad alcuni elementi sintomatici rispetto ad altri, nel momento in cui nel sistema generale di disciplina è andata affermandosi la categoria degli atti amministrativi dei soggetti privati, dimostra che non è l'applicazione meccanica di tali elementi, ma la relativa interpretazione complessiva, quali elementi sintomatici di una *ratio legis* ovvero di un'altra, il fulcro del carattere amministrativo degli atti, tenendo conto che tale interpretazione complessiva e la *ratio legis* può mutare nel momento in cui il sistema generale si dirige verso una valorizzazione degli elementi pubblicistici.

In questa prospettiva, l'affermarsi nel tempo, con riferimento alla tesi della natura amministrativa degli atti privati, di principi che prevedono – in sintesi – maggiori necessità di *accountability* nell'azione di soggetti privati, variamente ausiliari rispetto all'amministrazione, finisce per riorientare l'interpretazione anche in casi già risolti in altro senso in passato.

Quanto affermato con riferimento al sistema di qualificazione per i lavori pubblici, incentrato sulle SOA, e anche per le certificazioni tecniche, può avere una valenza interpretativa nel sistema ISO 14001.

In tale ultimo sistema – come è stato già rilevato – non solo la certificazione è inserita palesemente in un contesto contrattuale, senza alcuna previsione ordinamentale sulle modalità di rilascio di tale certificazione ovvero su controlli al riguardo, ma il regime delle verifiche da parte della pubblica amministrazione sui soggetti e sulle attività svolte è del tutto assente, essendo tali verifiche attribuite ad un soggetto privato, e cioè al SINCERT: si tratta dunque di atti che appare corretto qualificare come atti privati.

5. *(segue) I caratteri delle certificazioni ambientali: le certificazioni amministrative (EMAS ed eco label)*

Le certificazioni EMAS ed eco label sono giuridicamente molto diverse rispetto alla certificazione ISO 14001, per quanto il relativo contenuto sia del tutto simile.

Con riferimento alle certificazioni EMAS ed eco label, la rilevanza della pubblica amministrazione è centrale sotto molteplici aspetti, permeando il sistema di una caratterizzazione amministrativa che si riflette sulla natura – amministrativa, appunto – delle certificazioni rilasciate.

E d'altro canto, le norme che disciplinano tale sistema sono indubbiamente pubbliche: si tratta di regolamenti comunitari e non si tratta di regole private, come è sembrato possibile qualificare, secondo quanto è stato affermato nel paragrafo che precede, le regole ISO 14001.

Il ragionamento può iniziare dal considerare il sistema EMAS, disciplinato dal regolamento CE 19 marzo 2001, n. 761⁴⁵.

I passaggi per il rilascio della certificazione EMAS sono rappresentati, sinteticamente, dalla verifica svolta da un certificatore accreditato, circa la presenza di determinate caratteristiche nell'attività svolta dall'azienda da certificare, e infine dal rilascio della certificazione ad opera – nel nostro ordinamento – di una pubblica amministrazione.

Procedendo ad un esame analitico di tale procedimento, preliminarmente occorre valutare il sistema di accreditamento dei verificatori; sistema che è delineato con diversità nella normativa comunitaria e nella normativa nazionale.

Nel disegno comunitario, il sistema di accreditamento dei verificatori EMAS non emerge come sistema necessariamente differenziato rispetto al sistema ISO 14001: anche in ambito EMAS l'accREDITAMENTO del verificatore spetta ad un organismo apposito, indi-

⁴⁵ Sul tema, anche per ulteriori rinvii, cfr. V. ROSSI, *L'ecogestione ambientale nell'ordinamento comunitario: le nuove norme*, in *Dir. gest. amb.*, 2001, p. 198 e ss.; G. BIANCHI, *Origine, storia e prospettive dell'EMAS nella nuova politica ambientale comunitaria*, in *Amb. sicur.*, n. 2, 2002, p. 16 e ss.; M. GABRIOTTI, *Assegnazione del marchio di qualità ecologica*, in *Ambiente*, 1996, 35.

pendente dai verificatori, che in sede comunitaria non è necessariamente pubblico ma potrebbe anche essere di diritto privato, analogamente al SINCERT.

Nell'attuazione italiana del regolamento EMAS, le differenze rispetto al sistema ISO 14001 sono invece emerse in modo rilevante, poiché lo Stato italiano ha deciso di non utilizzare gli organismi di accreditamento, privati, già esistenti, ed in particolare il SINCERT, ma di istituire un organismo *ad hoc* di tipo amministrativo.

Tale organismo è rappresentato dal comitato per l'eco label e l'eco audit, istituito presso il ministero dell'ambiente con d.m. 2 agosto 1995, n. 413, attuativo sul punto del d.l. 6 luglio 1993, n. 216, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 1993, n. 294.

I membri di tale comitato sono tutti di nomina ministeriale; il comitato è articolato in due sezioni, una competente per l'eco label, l'altra per l'eco audit, ed è questa seconda che si occupa dell'accREDITAMENTO dei verificatori EMAS (art. 13 del d.m. n. 413 del 1995).

L'accREDITAMENTO dei certificatori EMAS (come pure dei certificatori eco label, come si vedrà in dettaglio) rappresenta un ulteriore caso in cui l'attività svolta è molto simile tra soggetto privato (SINCERT, per i certificatori ISO 14001) e soggetto pubblico (Comitato eco label ed eco audit); ma risulta centrale, per una qualificazione degli atti emanati da tali soggetti, l'analisi della *ratio legis* circa la disciplina che regola gli atti.

In particolare, il rilievo soggettivo pubblicistico della struttura amministrativa che accredita i verificatori, preferita dal legislatore alla struttura privata SINCERT, comporta che tale soggetto operi con atti amministrativi, essendo il diritto amministrativo il diritto naturale dell'amministrazione, come è stato ricordato nel capitolo I. A ciò si aggiunga che la disciplina prevede la determinazione di un sistema di quote da corrispondere per lo svolgimento delle attività del Comitato, correlate a profili non solamente economico – privatistici già nella previsione normativa⁴⁶, mentre l'attività di istrutto-

⁴⁶ È in questo senso previsto nel sistema di determinazione delle quote di registrazione che tali quote siano determinate al fine di «far fronte alle spese» sostenute per l'attività del comitato, tenendo conto «delle dimensioni del fatturato dei soggetti richiedenti» (art. 14, d.m. n. 413 del 1995): questi elementi evidenziano

ria e supporto circa l'accreditamento è svolta da parte dell'ANPA⁴⁷, soggetto chiaramente amministrativo: si tratta di ulteriori elementi che esplicitano una volontà del legislatore di attrarre nella sfera del diritto amministrativo il rapporto tra Comitato e soggetto accreditato, con conseguenze sulla natura – amministrativa – degli atti del Comitato inerenti all'accreditamento.

Dopo aver considerato l'accreditamento dei certificatori, occorre ora valutare i contenuti della verifica svolta dal certificatore accreditato.

Sotto questo profilo, si tratta sostanzialmente di accertare, come già nel contesto ISO 14001, l'esistenza all'interno dell'azienda di un sistema di gestione ambientale: si è già detto al riguardo che l'allegato I del regolamento EMAS II riprende sostanzialmente le prescrizioni contenute nelle norme ISO 14001.

Anche per il sistema EMAS è fondamentale da parte dell'azienda «il rispetto della legislazione ambientale» (art. 3, comma 2, lett. a, reg. EMAS II).

Tale disposizione ha peraltro un significato diverso rispetto alla simile previsione ISO 14001, perché l'EMAS è operante solo in ambito comunitario, in cui le imprese sono soggette ad oneri ambientali ed a valori limite di inquinamento simili, stante il processo di integrazione comunitaria.

Diversamente, per l'ISO 14001, come si è detto, l'applicabilità in ambito extra CE, ed in particolare in paesi in via di sviluppo, consente il rilascio di una certificazione ISO 14001 apparentemente identica per imprese che in realtà, a seconda del contesto normativo in cui operano, producono immissioni nell'ambiente molto diverse.

che il valore delle quote non è correlato al valore della controprestazione resa dal Comitato, ma comprende considerazioni tipicamente pubblicitarie, di tipo quasi-impositivo, connesse alla volontà di parametrare il valore della quota anche ai livelli di reddito delle imprese, introducendo elementi di politica industriale volti a favorire l'accesso alle certificazioni di piccole e medie imprese.

⁴⁷ Oggi APAT "Agenzia per la Protezione dell'Ambiente e per i Servizi Tecnici", ai sensi del d.P.R. 8 agosto 2002, n. 207, e dell'art. 60 d.lgs. n. 152 del 2006. Tale attività è prevista dall'art. 3, d.m. n. 413 del 1995; essa grava sul bilancio di tale soggetto, e non è correlata alla quota versata dall'impresa che richiede la registrazione, sviluppandosi perciò al di fuori di una logica economica contrattuale, legata al rilascio della certificazione.

Nel sistema EMAS l'oggetto della verifica si estende peraltro esplicitamente dal mero rispetto della legislazione ambientale per gli aspetti ambientali diretti (e cioè gli aspetti legati alle «attività dell'organizzazione sotto il suo controllo gestionale», come le emissioni nell'aria e gli scarichi nell'acqua provocati direttamente), alla valutazione anche degli aspetti ambientali «indiretti».

Ci si riferisce a quegli «aspetti ambientali significativi sui quali» l'impresa «può non aver un controllo gestionale totale», come accade quando chi domanda la certificazione si avvale di altre imprese per la ristorazione o per il trasporto, essendo in tali casi necessaria un'analisi del «bilancio e comportamenti ambientali degli appaltatori, dei subappaltatori e dei fornitori»⁴⁸.

Inoltre, in ambito EMAS occorre verificare che l'impresa soggetta a certificazione abbia predisposto una dichiarazione ambientale, che deve essere messa a disposizione del pubblico, in cui sia descritto in modo chiaro l'impatto dell'azienda sull'ambiente⁴⁹.

Solo il primo dei profili appena descritti, e cioè la valutazione degli aspetti ambientali indiretti, è oggi previsto all'interno della disciplina ISO 14001:2004⁵⁰. Non vi è nella normativa ISO 14001 una prescrizione inerente alla pubblicità della dichiarazione ambientale, rendendo per questo aspetto la normativa EMAS parzialmente più severa rispetto a quella ISO 14001.

Infine, considerando l'attività di rilascio della certificazione EMAS, mentre in ambito ISO 14001 tale attività è opera degli stessi verificatori, in ambito EMAS, come è stato già ricordato, tale attività, che si traduce nella registrazione delle organizzazioni, è svolta da un organismo individuato dallo Stato⁵¹, organismo che nell'ordinamento italiano è rappresentato dal Comitato eco label ed eco audit già ricordato, sezione eco audit, come già rilevato con riferimento al rilascio dell'atto di accreditamento dei verificatori⁵².

⁴⁸ Le citazioni sono tratte dal punto 6.3 dell'allegato VI del regolamento CE n. 761 del 2001.

⁴⁹ All. III al regolamento CE n. 761 del 2001.

⁵⁰ Gli aspetti ambientali indiretti sono «quelli sui quali l'organizzazione può esercitare un'influenza» art. 1, comma 1 e A.3.1, norma Iso 14001 versione 2004.

⁵¹ In questo senso, cfr. l'art. 5 e ss. del regolamento CE EMAS II.

⁵² Combinato disposto dell'art. 5 e ss. reg. EMAS II; art. 1 d.m. n. 413 del 1995.

Anche in questo caso, procedendo ad un'interpretazione complessiva della disciplina, si rileva che il carattere amministrativo del soggetto che rilascia l'atto certificativo, unitamente alla presenza di elementi non economico – sinallagmatici ed al ricorso sistematico al controllo da parte di soggetti pubblici (APAT), in quanto tali, per la verifica del sistema, già in astratto, nella qualificazione normativa, appaiono connotare l'atto certificativo come atto amministrativo, secondo quanto è stato rilevato poc'anzi con riguardo all'accreditamento dei verificatori⁵³.

Ciò significa, ovviamente, che l'intera attività del Comitato, finalizzata al rilascio della certificazione, è disciplinata dalla legge n. 241 del 1990, che l'amministrazione ha poteri di autotutela sull'atto certificativo anche in assenza di previsioni contrattuali sul punto, e che il contratto annesso all'atto certificativo, con cui si determinano le condizioni di uso del *brand* (e dunque, in definitiva, il contenuto del provvedimento certificativo), appare disciplinato dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990.

La qualificazione giuridica è sicuramente meno chiara per gli atti e l'attività dei verificatori ambientali.

Si tratta di soggetti privati che svolgono un'attività istruttoria fondamentale nel procedimento di rilascio della certificazione. La normativa prevede un forte controllo pubblico sull'indipendenza e capacità del verificatore, tramite l'accreditamento, più che sull'attività che viene svolta. Ciò potrebbe indurre a ritenere tale attività di diritto privato, restando l'attività svolta dai verificatori disciplinata in quanto attività tecnica, e non in quanto attività considerata espressione di un interesse collettivo.

Occorre però considerare che tale attività si inserisce come attività istruttoria nella successiva attività dell'amministrazione con funzioni certificative, il che ha indotto per esempio la giurisprudenza, in altro contesto analogo, a qualificare tale attività – con riferimento all'attività istruttoria svolta dalle banche per il rilascio di sovvenzioni – come attività amministrativa. In tal caso peraltro⁵⁴ la nor-

⁵³ Le norme sul punto sono del tutto identiche rispetto alle norme – già considerate – sull'accreditamento dei verificatori: artt. 3, 12 e 14, d.m. n. 413 del 1995.

⁵⁴ Sul punto cfr. il capitolo I di questo scritto.

mativa prevedeva l'applicazione dei principi di cui alla legge n. 241 del 1990 al privato che svolge attività istruttoria, richiamando per questo aspetto con forza la disciplina amministrativa.

L'attività svolta dai verificatori nel settore delle certificazioni ambientali è diversa dall'attività svolta dai verificatori nell'ambito dei mercati artificiali, le attività dei quali presentano un regime giuridico con maggiore caratterizzazione in senso amministrativo: si pensi nel settore dei mercati artificiali all'accesso che a tali soggetti deve essere riconosciuto su luoghi e documenti, nonché alle conseguenze sanzionatorie che esitano da un accertamento circa il mancato rispetto della corrispondenza tra emissioni effettive e emissioni dichiarate, per esempio.

Con riferimento al sistema dei verificatori in ambito EMAS, non pare che la disciplina su tale attività presenti connotazioni pubblicistiche, ulteriori rispetto al prevedere che tale attività costituisca la parte istruttoria di un procedimento per il rilascio della certificazione.

La sostanziale assenza di disciplina pubblicistica per l'attività dei verificatori, il contesto di mercato in cui la norma prevede che tali soggetti operino, ed in cui il sistema delle certificazioni si è formato anche storicamente, nonché la natura volontaria del profilo certificativo ambientale, inducono a ritenere che sembra trattarsi di attività privata, e non di attività amministrativa, e che il potere certificativo possa dunque ritenersi concentrato in capo al soggetto che rilascia il certificato, e non partecipato da chi procede alla verifica.

Il certificatore, e cioè il comitato eco label-eco audit, potrà valutare autonomamente l'attività del verificatore, come un presupposto di fatto della propria attività, ed eventualmente negare la certificazione ove tale attività non risulti espletata secondo le norme.

Si sottolinea, anche con riferimento a questa analisi, la centralità di un esame della disciplina complessiva in cui si inserisce la disciplina specifica considerata, potendo in presenza di elementi normativi generali diversi pervenirsi a conclusioni interpretative diverse su norme apparentemente identiche, ove considerate al di fuori di tali contesti generali: per esempio qualora la certificazione alla quale si correla l'attività dei verificatori sia inserita dal legislatore in un contesto teso a proteggere esigenze fondamentali di tutela di elementi minimi di sicurezza, essendo in tal caso più evidente la funzione

svolta dai verificatori come soggetti preposti alla cura di un rilevante interesse collettivo.

Procedendo a considerare il sistema eco label, disciplinato dal regolamento CE n. 1980 del 2000 (c.d. eco label II), occorre subito rilevare che anche in tale contesto la presenza pubblica è molto significativa, analogamente a quanto accade nel sistema EMAS.

Per quanto concerne l'oggetto della certificazione ambientale, si tratta di verificare la presenza di determinate caratteristiche del prodotto⁵⁵, ed in particolare di verificare l'impatto ambientale del prodotto nell'ambito dell'intero arco di vita del medesimo⁵⁶, dovendo essere tale valutazione integrata con una valutazione economica circa la effettiva utilità del prodotto⁵⁷.

I requisiti soggetti ad accertamento, che il prodotto deve possedere per essere incluso nel sistema eco label, sono definiti per gruppi di prodotti, in seguito ad un procedimento articolato, ed in ciò si riscontra una notevole differenza rispetto alle certificazioni sui processi produttivi.

Per quanto concerne i processi produttivi, infatti, come si è visto, i requisiti di certificazione sono fissati in maniera generale, attraverso la definizione di un sistema di gestione ambientale "virtuoso", ed attraverso una clausola generale di rinvio ai livelli obbligatori di tutela ambientale previsti dalla legislazione: in particolare, ai livelli obbligatori di tutela previsti dalla legislazione settoriale sulla tutela dell'ambiente (in materia di acqua, aria, suolo, rifiuti, ecc.).

Il sistema eco label riprende tale impostazione ma aggiunge ulteriori elementi che lo caratterizzano in modo diverso rispetto al sistema EMAS e ISO 14001.

In particolare, nel sistema eco label, analogamente a quanto previsto per le certificazioni sui processi produttivi, l'analisi del ciclo di vita del prodotto, volta a verificare l'esistenza di un metodo

⁵⁵ Il termine *prodotto* include anche i servizi, ai sensi dell'art. 1, comma 1, reg. eco label II.

⁵⁶ *LCA – Life cycle assesement*: combinato disposto dell'art. 3 e dell'all. II del regolamento eco label II.a

⁵⁷ Il regolamento eco label (art. 4, comma 1, reg. eco label II) ritiene importanti anche i «requisiti riguardanti l'idoneità del prodotto a soddisfare le esigenze dei consumatori».

di gestione ambientale del medesimo, rappresenta un profilo valido per tutti i prodotti. Ma per quanto concerne i contenuti dell'accertamento, i requisiti che il prodotto deve rispettare per essere compatibile con l'ambiente non sono predefiniti dall'ordinamento generale, e perciò integrabili nella normativa sull'eco label tramite un mero rinvio.

Tali requisiti devono invece essere definiti *ex novo*, con riferimento, per esempio, ad una soglia massima di consumi ammessi di elettricità e di energia del prodotto, da verificare in sede certificativa, ovvero, sul piano della tutela economica del consumatore, con riferimento ad una soglia minima di efficacia del prodotto⁵⁸.

Sul punto, il regolamento prevede un procedimento articolato per la definizione dei criteri di compatibilità ambientale per gruppi di prodotti, essendo tale momento definitorio, fin dal regolamento eco label I (reg. CE 29 giugno 1993, n. 1836), uno dei punti maggiormente critici della disciplina.

È noto che vi è al riguardo un dibattito acceso tra i diversi Stati membri per definire gli standard ambientali di prodotto, tendendo gli Stati in cui il sistema produttivo è in grado di fornire più facilmente prodotti "verdi" ad imporre parametri di ecocompatibilità più elevata, ponendosi così in contrasto con gli Stati in cui i sistemi produttivi sono da questo punto di vista più arretrati.

In materia, il nuovo regolamento eco label definisce un comitato (il CUEME – Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica), composto dagli organismi nazionali competenti per il rilascio delle certificazioni ambientali eco label e da un forum consultivo in cui sono rappresentate le diverse parti sociali⁵⁹.

Il Comitato ha il compito di proporre i criteri di ecocompatibilità dei prodotti alla Commissione, la quale li trasmette al comitato di regolamentazione di cui alla decisione 1999/468/CE del 28 giugno 1999 (comitato composto com'è noto dai rappresentanti degli Stati membri): la Commissione procede quindi all'approvazione dei cri-

⁵⁸ Per esempio, ci si riferisce ad una percentuale minima del 20% di macchie rimosse dalle lavatrici a determinate condizioni: così la decisione 93/430 del 28 giugno 1993, con riferimento, appunto, alla certificazione eco label delle lavatrici.

⁵⁹ Art. 13 del regolamento eco label II.

teri medesimi, se d'accordo con il parere espresso dal Comitato di regolamentazione⁶⁰.

Se quanto esposto finora si riferisce ai criteri per il rilascio della certificazione eco label, e dunque – in definitiva – al contenuto di tale certificazione, occorre ora ricordare brevemente il procedimento di rilascio della certificazione medesima, procedimento che è simile al procedimento EMAS.

Il regolamento CE prevede che l'assegnazione del marchio eco label sia effettuata dall'organismo competente – nell'ordinamento italiano, la sezione eco label del comitato eco label eco audit – su domanda del soggetto interessato (per esempio, produttore o commerciante del prodotto), previa verifica da parte di «laboratori abilitati», accreditati dal Ministero dell'industria⁶¹. In seguito a tale verifica ed al parere dell'APAT, il Comitato rilascia la certificazione.

Si sottolinea che nel regolamento eco label I la procedura di rilascio dell'eco label era ben più complessa, essendo necessario un procedimento di consultazione degli organismi competenti degli altri Stati membri⁶².

Tale procedimento scompare con il nuovo regolamento eco label II, ispirato a maggior fiducia nei confronti degli organismi nazionali, fiducia dovuta anche al periodo di consultazione nel frattempo intercorso tra gli organismi medesimi.

Sul punto, in realtà, la norma nazionale sul comitato eco label – eco audit prevede ancora oggi, con riferimento alle modalità di rilascio della certificazione, un rinvio all'art. 10 del regolamento comunitario eco label I previgente, in cui era prevista tale procedura complessa di consultazione comunitaria.

Risulta peraltro corretto ritenere che il rinvio operato dalla norma nazionale a tale procedura non sia più operante, essendo stata

⁶⁰ Il comitato di regolamentazione si esprime a maggioranza, con voto ponderato, ai sensi dell'art. 5, decisione 1999/468/CE cit.: sul tema, cfr. A. PRETO, *La nuova comitologia: prime note alla decisione 1999/468/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1502 e ss.; M. GNES, *La riforma della Comitologia*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, p. 1089 e ss.; M. SAVINO, *I comitati dell'Unione Europea*, Milano, 2005.

⁶¹ Combinato disposto dell'art. 9 e dell'art. 6, d.m. 2 agosto 1995, n. 413.

⁶² Art. 10, reg. CE eco label I.

tale procedura oggi abrogata dal regolamento comunitario eco label II, ed essendo quest'ultimo regolamento – come tutti i regolamenti comunitari – immediatamente efficace negli Stati membri, con prevalenza sulle fonti nazionali, senza necessità di mediazioni.

Per le medesime ragioni espresse con riferimento all'EMAS, anche la certificazione relativa all'eco label e l'atto di accreditamento dei laboratori abilitati risultano essere atti amministrativi, essendo sul punto le normative nazionali rilevanti del tutto analoghe nei due sistemi eco label ed EMAS⁶⁵.

Parimenti, per le medesime ragioni espresse con riferimento alle verifiche pre certificative svolte in sede EMAS da soggetti privati, stante l'assenza di disciplina pubblicistica prevista per tale attività di verifica (altro sono le verifiche inerenti alla condizione soggettiva dei verificatori), sembra possibile ritenere che tale attività rappresenti un'attività privata, e non amministrativa.

6. *Discipline incentivanti per l'uso delle certificazioni nell'attività provvedimentale: le discipline settoriali*

Come è stato accennato, numerose norme prevedono ormai agevolazioni per le imprese che si sottopongono volontariamente a certificazioni ambientali, ovvero che stipulano accordi per vincolarsi all'attuazione di una politica aziendale particolarmente attenta all'ambiente.

Sotto il primo profilo (vantaggio normativo), occorre distinguere tra il sistema normativo in materia di autorizzazioni ambientali, in primo luogo, ed il sistema normativo relativo alle sovvenzioni, in secondo luogo.

In questo paragrafo si discuterà delle incentivazioni autorizzative previste nei singoli settori ambientali (acque, aria, ecc.); mentre nel paragrafo successivo si discuterà delle incentivazioni autorizzative intersettoriali (per esempio con riferimento all'autorizzazione integrata ambientale) e delle sovvenzioni.

⁶⁵ Cfr. sul punto gli articoli 3, 5 e 10, d.m. n. 413 del 1995, nonché quanto rilevato in precedenza in questo medesimo paragrafo.

Con riferimento agli inquinamenti settoriali ed alle autorizzazioni rilasciate nei singoli settori ambientali, si rileva dunque quanto segue.

Nel settore dei rifiuti è previsto, in modo incisivo, un *favor* per le imprese munite di certificazione EMAS o ISO 14001, consentendo il legislatore notevoli semplificazioni nel rinnovo dell'autorizzazione ambientale, rinnovo sostituito dalla dichiarazione presentata all'amministrazione circa il possesso della certificazione ambientale⁶⁴.

Il richiamo all'effetto sostitutivo della dichiarazione, circa il possesso della certificazione ambientale, rispetto al provvedimento di rinnovo, evidenzia subito la connessione con la denuncia di inizio attività – DIA, di cui all'art. 19, legge n. 241 del 1990, nella quale appunto l'«atto di autorizzazione [...] è sostituito da una dichiarazione dell'interessato».

L'applicabilità del d.P.R. n. 300 del 1992, inerente al procedimento di DIA, e dell'art. 19, legge n. 241 del 1990, al caso di specie è richiamata dallo stesso codice dell'ambiente, il quale all'art. 209, impone che l'effetto di rinnovo si produca solo decorsi 30 giorni dalla domanda, ai sensi dell'art. 3, d.P.R. n. 300, che a sua volta richiama l'art. 19, comma 2 della legge n. 241.

⁶⁴ L'art. 209 del codice ambientale (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) prevede, per quanto interessa in questa sede, quanto segue: «209. Rinnovo delle autorizzazioni alle imprese in possesso di certificazione ambientale. // 1. Nel rispetto delle normative comunitarie, in sede di espletamento delle procedure previste per il rinnovo delle autorizzazioni all'esercizio di un impianto, ovvero per il rinnovo dell'iscrizione all'Albo di cui all'articolo 212, le imprese che risultino registrate ai sensi del regolamento (CE) n. 761/2001, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2001 (Emas) ed operino nell'ambito del sistema Ecolabel di cui al regolamento 17 luglio 2000, n. 1980, o certificati UNI-EN ISO 14001 possono sostituire tali autorizzazioni o il nuovo certificato di iscrizione al suddetto Albo con autocertificazione resa alle autorità competenti, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. // [...]. 3. L'autocertificazione e i relativi documenti, di cui ai commi 1 e 2, sostituiscono a tutti gli effetti l'autorizzazione alla prosecuzione, ovvero all'esercizio delle attività previste dalle norme di cui al comma 1 e ad essi si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1992, n. 300. Si applicano, altresì, le disposizioni sanzionatorie di cui all'articolo 21 della legge 7 agosto 1990, n. 241. [...]».

Il legislatore per questo aspetto vuole consentire alle imprese la prosecuzione dell'esercizio dell'impianto, o la prosecuzione dell'attività (nel caso dei soggetti iscritti all'albo), alla scadenza dell'autorizzazione rilasciata, attraverso una forma di importante semplificazione⁶⁵.

È peraltro noto che dopo la riforma dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, avvenuta con legge n. 15 del 2005, in cui sono state ammesse forme di autotutela sulla DIA, non è più chiaro se la DIA sia una forma di autoamministrazione, in assenza di provvedimento anche implicito, come si riteneva per lo più in precedenza, ovvero se un provvedimento implicito sussista⁶⁶.

A prescindere dal mutamento dell'esatta caratterizzazione giuridica della DIA, resta comunque la notevole semplificazione che tale strumento introduce rispetto ad un provvedimento esplicito, sia che la si consideri analoga al silenzio assenso, sia che la si consideri una forma di autoamministrazione.

In sostanza, con riferimento alla legislazione settoriale sui rifiuti la prosecuzione (e non l'inizio) della gestione impiantistica, per le imprese EMAS, è sottratta ad oneri autorizzativi espliciti.

Si sottolinea che la previsione normativa descritta non inerisce ad un'attività amministrativa vincolata, ma discrezionale, mentre di solito la DIA si riferisce ad attività amministrative vincolate (art. 19, legge n. 241 del 1990). Non occorre sul punto richiamare che le autorizzazioni settoriali di cui si sta discutendo – ivi compresi i rinnovi relativi – sono espressione di discrezionalità: basti pensare alla

⁶⁵ Sulla natura liberalizzatoria, autoamministrativa, della DIA, specie in campo edilizio, prima della riforma dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, cfr. anche per ampi rinvii G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 728 e ss.; G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629 e ss.; per un'ampia analisi sulla D.I.A., cfr. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività*, Milano, 2000.

⁶⁶ Sul tema, cfr. per una sintesi degli orientamenti M. FILIPPI, *La nuova DIA e gli incerti confini con il silenzio assenso*, in www.giustamm.it, n. 1, 06; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 320. In giurisprudenza, un quadro della discussione è tracciato da Cons. Stato, V, 19 giugno 2006, n. 3586, e da TAR Napoli, 4 ottobre 2007, n. 8951, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

discrezionalità presente nella valutazione circa l'adeguatezza di un impianto che riceve rifiuti e della relativa gestione rispetto alla salvaguardia dell'ambiente, anche con riferimento alla prosecuzione di attività⁶⁷.

La semplificazione dei rinnovi delle autorizzazioni in materia di rifiuti non contrasta con il diritto comunitario, il quale non prevede una precisa durata delle autorizzazioni in materia di rifiuti⁶⁸.

La verifica appena svolta di compatibilità rispetto al diritto comunitario si rende necessaria poiché, com'è noto, in passato nel settore idrico il legislatore italiano aveva eccessivamente ed illegittimamente semplificato il sistema delle autorizzazioni ambientali nel settore idrico: la normativa comunitaria prevedeva un obbligo di autorizzazione a tempo limitato, mentre nell'ordinamento interno (legge 10 maggio 1976 n. 319), per taluni scarichi, era previsto un regime di autorizzazione tacita a tempo indeterminato. In materia, la Corte di Giustizia CE si era pronunciata per l'illegittimità comunitaria del regime autorizzatorio semplificato previsto dall'ordinamento italiano⁶⁹.

La semplificazione dei rinnovi autorizzativi in materia di rifiuti, in caso di adesione volontaria delle imprese alla disciplina sulle certificazioni ambientali, non è una novità nel nostro ordinamento:

⁶⁷ Art. 208, comma 11, codice ambiente: «L'autorizzazione individua le condizioni e le prescrizioni necessarie per garantire l'attuazione dei principi di cui all'articolo 178 e contiene almeno i seguenti elementi: [...]. b) i requisiti tecnici con particolare riferimento alla compatibilità del sito, alle attrezzature utilizzate, ai tipi ed ai quantitativi massimi di rifiuti ed alla conformità dell'impianto al progetto approvato; c) le precauzioni da prendere in materia di sicurezza ed igiene ambientale; [...] f) le prescrizioni per le operazioni di messa in sicurezza, chiusura dell'impianto e ripristino del sito».

⁶⁸ Nel settore dei rifiuti non pericolosi, l'autorizzazione non ha obbligatoriamente un limite temporale (art. 9, comma 2, della direttiva quadro sui rifiuti non pericolosi – dir. 75/442/CEE del 15 luglio 1975, sostituita con Dir. 91/156/CEE del 18 marzo 1991 e poi con direttiva 5 aprile 2006, n. 12), per cui si potrebbe ritenere che un procedimento di semplificazione, con il superamento di provvedimenti amministrativi espliciti, che intervenga alla scadenza del primo rilascio dell'autorizzazione medesima non contrasti con la normativa comunitaria.

⁶⁹ Corte Giust CE, 28 febbraio 1991, in causa 360/87, *Commiss. Ce c. Gov. Italia*, in *Foro it.*, 1991, IV, 321, con nota di G. AMENDOLA. Sul tema, cfr. M. ZALIN, *La disciplina degli scarichi di fronte alla Corte di Giustizia*, in L. BUTTI, S. GRASSI, *Le nuove norme sull'inquinamento idrico*, Milano, 2001, p. 45.

essa è prevista in forma altrettanto ampia nel settore delle acque e dell'inquinamento atmosferico, nei quali parimenti le attività di rinnovo non erano (e non sono) certo vincolate, ma sono connotate da rilevante discrezionalità, inerente alle verifiche della compatibilità delle immissioni rispetto all'effettivo stato dell'ambiente⁷⁰.

In particolare, era stato affermato che nel settore dei rifiuti, dell'inquinamento idrico e dell'inquinamento atmosferico, «per il rinnovo delle autorizzazioni all'esercizio di un impianto, ovvero per la reinscrizione all'albo» dei gestori dei rifiuti, le imprese certificate EMAS «possono sostituire tali autorizzazioni o il nuovo certificato di iscrizione al suddetto albo con autocertificazione» (legge 23 marzo 2001, n. 93, art. 18, comma 1)⁷¹.

⁷⁰ In tal senso, prima del d.lgs. n. 152 del 2006, cfr. l'art. 45, comma 9, d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152 sulla tutela delle acque, o l'art. 7, comma 1, lett. a) del d.P.R. 24 maggio 1988, n. 203, sulla tutela dell'aria; nel nuovo codice dell'ambiente, cfr. l'art. 124, comma 10 sugli scarichi idrici e l'art. 271, comma 9 sulle immissioni industriali in atmosfera.

⁷¹ Recita tale articolo, per quanto interessa in questa sede, quanto segue: «1. Nel rispetto delle normative comunitarie, in sede di espletamento delle procedure previste dalle norme di cui al comma 2 per il rinnovo delle autorizzazioni all'esercizio di un impianto, ovvero per la reinscrizione all'Albo di cui alla norma prevista al comma 2, lettera b), le imprese che risultino registrate ai sensi del regolamento (CEE) n. 1836/93 del Consiglio, del 29 giugno 1993, e successive modificazioni, *possono sostituire tali autorizzazioni o il nuovo certificato di iscrizione al suddetto Albo con autocertificazione resa alle autorità competenti*, ai sensi della legge 4 gennaio 1968, n. 15, e successive modificazioni. // 2. Le procedure di cui al comma 1 sono quelle previste dalle seguenti norme: // a) decreto del Presidente della Repubblica 24 maggio 1988, n. 203, recante attuazione delle direttive CEE numeri 80/779, 82/884, 84/360 e 85/203, concernenti norme in materia di qualità dell'aria, relativamente a specifici agenti inquinanti, e di inquinamento prodotto dagli impianti industriali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 16 aprile 1987, n. 183; // b) decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, recante attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio, e successive modificazioni; // c) decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, recante disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole; // [...] 4. L'autocertificazione e i relativi documenti accompagnatori di cui al comma 3 *sostituiscono a tutti gli effetti l'autorizzazione alla prosecuzione*, ovvero all'esercizio delle attività previste dalle norme di cui al comma 2, e ad esse si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1992, n. 300, e successive modificazioni. Si applicano,

Mentre nel settore rifiuti tale norma è sostituita dal citato art. 209 del codice dell'ambiente, essa non è stata sostituita, e sembra continuare a mantenere la sua portata, per le autorizzazioni in campo idrico ed atmosferico.

Infatti, da un lato la citazione nel settore rifiuti della possibilità di semplificare con DIA i rinnovi autorizzativi per le imprese certificate dimostra che tale fenomeno è ritenuto compatibile dal legislatore con il nuovo codice. Dall'altro lato, poiché il senso del codice non è quello di essere un codice di riforma generale, ma di essere un codice compilativo, e poiché il codice non abroga l'art. 18 della legge del 2001, ma solo l'art. 19 di tale legge (così l'art. 264, comma 1, lett. p di tale codice), sembra corretto ritenere che la norma del 2001 citata, anche se non trasfusa nel nuovo codice, sia comunque con esso compatibile e sia rimasta in vigore, specie ove si consideri che tale codice secondo la legge delega doveva contemplare espressamente le norme abrogate⁷².

Anche nella disciplina ambientale regionale figurano forme di amministrazione per incentivi basate sull'adesione volontaria alla normativa.

Per esempio in Emilia Romagna, nel settore dell'inquinamento acustico, si prevede che possa essere consentito alle imprese certificate una semplificazione degli oneri documentali nei rapporti con la pubblica amministrazione⁷³. Analogamente, sempre in tale contesto territoriale emiliano-romagnolo, sono previste semplificazioni per le imprese certificate nel settore dell'inquinamento atmosferico⁷⁴.

altresi, le disposizioni di cui all'articolo 21 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni» (il corsivo è di chi scrive).

⁷² «Il Governo è delegato ad adottare, entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, uno o più decreti legislativi di riordino, coordinamento e integrazione delle disposizioni legislative nei seguenti settori e materie, anche mediante la redazione di testi unici. // 3. I decreti legislativi di cui al comma 1 recano l'indicazione espressa delle disposizioni abrogate a seguito della loro entrata in vigore» (legge 15 dicembre 2004, n. 308, art. 1, comma 1).

⁷³ In questo senso, in Emilia Romagna, cfr. la legge reg. 9 maggio 2001, n. 15, art. 9, commi 2 e 5.

⁷⁴ Con riferimento all'Emilia Romagna, cfr. la delibera di Giunta n. 1999/960 del 16 giugno 1999, recante «Approvazione della direttiva per il rilascio delle autorizzazioni delle emissioni in atmosfera in attuazione della legge regionale 21

7. (segue) *Discipline incentivanti per l'uso delle certificazioni nell'attività provvedimentale: le discipline intersettoriali*

Passando da un'analisi delle norme sugli inquinamenti settoriali, alla normativa sull'impatto ambientale di un'impresa nel suo complesso, gli strumenti di gestione economico-volontari dell'interesse ambientale sono considerati esplicitamente nelle norme sull'autorizzazione integrata ambientale (AIA), denominata anche autorizzazione IPPC (*Integrated Pollution Prevention and Control*), relativa agli impianti di dimensioni significative⁷⁵.

Con riferimento a tale autorizzazione, si prevede che gli impianti in cui si svolge un'attività certificata EMAS, anziché riassettersi all'AIA ogni 5 anni, sottostiano al rinnovo di tale autorizzazione ogni 8 anni, nell'evidente presupposto che le esigenze di controllo pubblico sugli stabilimenti produttivi, in cui si svolgono processi produttivi certificati EMAS, sono ridotte rispetto agli impianti non certificati⁷⁶.

Diversamente, se gli impianti sono certificati ISO 14001 i rinnovi sono previsti ogni 6 anni, con un anno di durata dell'autorizzazione in più dunque rispetto agli altri impianti (art. 9, comma 6. d.lgs. n. 59 del 2005).

Il decreto ora citato prevede ulteriormente alcune equivalenze tra la documentazione prodotta per ottenere la certificazione EMAS e la documentazione che deve essere presentata per ottenere l'autorizzazione integrata ambientale AIA, estendendo tali equivalenze non solo ai soggetti certificati EMAS, ma anche ai soggetti certificati ISO 14001 (art. 5, comma 5, d.lgs. n. 59 del 2005).

Anche per il rinnovo dell'autorizzazione integrata AIA era stata prevista la sostanziale semplificazione per le imprese certificate

aprile 1999, n. 3 – Riforma del sistema regionale e locale», laddove si prevede (punto 7 in fine) quanto segue: «L'Amministrazione provinciale, avvalendosi di ARPA, si accerta della regolarità dei controlli effettuati e dei dispositivi di prevenzione dell'inquinamento installati, nonché il rispetto dei valori limite di emissione indicati nell'autorizzazione entro 120 giorni dalla data di ricezione della comunicazione di cui al punto precedente. Tali accertamenti non si effettuano per le aziende registrate EMAS, e per le aziende certificate ISO 14001».

⁷⁵ D.lgs. 18 febbraio 2005, n. 59, rimasto in vigore anche dopo il nuovo codice sull'ambiente.

⁷⁶ In questo senso, cfr. l'art. 9, comma 2, d.lgs. n. 59 del 2005.

EMAS, essendo prevista la possibilità di sostituire l'atto abilitativo di rinnovo con autocertificazione relativa alla disponibilità da parte dell'impresa di una certificazione EMAS (art. 18, comma 2, lett. d, legge n. 93 del 2001, la quale disciplinava l'AIA prima del d.lgs. n. 59).

Si trattava di una previsione incentivante analoga a quella già descritta per la prosecuzione della gestione in impianti certificati EMAS, nei settori dei rifiuti, dell'inquinamento idrico e dell'inquinamento atmosferico.

Tale disposizione per l'AIA non sembra peraltro più in vigore dopo il nuovo decreto sull'AIA n. 59 del 2005, nel quale si prevede solamente che la presentazione dei rapporti EMAS possa valere come documentazione in parte sostitutiva della domanda di autorizzazione AIA, per le parti sovrapponibili.

Non essendo più prevista alcuna forma di semplificazione sul punto ed essendo la nuova disciplina sull'AIA tendenzialmente organica ed esaustiva circa le modalità di rilascio dell'autorizzazione, risulta dunque corretto ritenere che la normativa precedente sui rinnovi delle autorizzazioni AIA debba ritenersi soppressa. Quanto sopra anche perché la direttiva CE sull'AIA (direttiva 24 settembre 1996, n. 61) prevede all'art. 13 un obbligo di riesame periodico dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione che rende più dubbia la legittimità di forme di liberalizzazione e di accentuata semplificazione dei rinnovi.

Per quanto concerne poi la valutazione di impatto ambientale, in alcuni contesti territoriali il rilievo delle certificazioni ambientali, ed in particolare delle certificazioni EMAS, è molto importante, poiché la presenza di una certificazione EMAS relativa ad un determinato impianto consente di evitare una VIA – diversamente obbligatoria – per l'ampliamento entro determinati valori del medesimo impianto⁷⁷.

Quando poi si considerino i vantaggi per le imprese certificate nel sistema normativo relativo alle sovvenzioni, occorre sottolineare che numerose norme che disciplinano l'erogazione di sovvenzioni

⁷⁷ Con riferimento all'Emilia Romagna, cfr. l'art. 4, comma 6, legge reg. 18 maggio 1999, n. 9, nella parte in cui recita quanto segue: «6. Per le attività produttive, le soglie dimensionali di cui agli Allegati B.1, B.2 e B.3» (relative all'applicazione della VIA) «sono incrementate del 30% nei seguenti casi: [...] b) progetti di trasformazione od ampliamento di impianti che abbiano ottenuto la certificazione EMAS».

prevedono una disciplina privilegiata per i soggetti che sono muniti di strumenti economico-volontari di gestione ambientale quali le certificazioni: tale previsione ha rappresentato un impulso notevole alla diffusione di questi strumenti.

Indicando un esempio particolarmente rilevante, è possibile ricordare quanto previsto da una delle norme principali per il finanziamento del settore industriale nel nostro paese, e cioè la normativa di attuazione del decreto-legge 22 ottobre 1992, n. 415, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1992, n. 488 (in materia di disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno), oggi contenuta nel testo unico emanato con d.m. 3 luglio 2000. Ci si riferisce al punto 5 dell'allegato a tale decreto, in cui si prevede un punteggio superiore, al fine della concessione delle sovvenzioni, per le imprese che dispongano di una certificazione ambientale dei processi produttivi.

8. *(segue) Discipline incentivanti per l'uso delle certificazioni nel sistema degli appalti*

Il settore degli appalti è un settore in cui è particolarmente significativa la presenza di una disciplina incentivante per gli strumenti economico-volontari di gestione ambientale⁷⁸.

Le direttive comunitarie sugli appalti pubblici dedicano ora una specifica attenzione alla previsione di elementi "verdi" nell'assegnazione degli appalti pubblici.

In particolare, la direttiva 31 marzo 2004, n. 18, prevede all'art. 50 che la stazione appaltante (con riferimento alla prova delle capacità tecniche) possa richiedere la presentazione di certificati attestanti la conformità a norme tecniche ambientali, ammettendo anche equivalenze rispetto a tali attestati⁷⁹.

⁷⁸ Per un quadro completo di tale disciplina cfr. ora F. IRALDO, M. MELIS e F. TESTA, *Stato dell'arte del Green Public Procurement in Italia e nell'Unione Europea*, in *Econ. fonti en. amb.*, 2006, p. 1 e ss.

⁷⁹ Recita l'art. 50, direttiva n. 18 del 2004, quanto segue: «Qualora nei casi di cui all'articolo 48, paragrafo 2, lettera f), richiedano la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare il rispetto da parte dell'operatore economico di determinate norme di gestione ambientale, le amministrazioni

Analogamente dispone la direttiva 31 marzo 2004, n. 17, art. 34, comma 3, sui settori esclusi⁸⁰.

Il nuovo codice appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 43 e 50) riprende tali considerazioni ammettendo esplicitamente la possibilità di restringere l'accesso alla procedura di gara sulla base del requisito rappresentato dal possesso di determinate certificazioni ambientali, ovvero sulla base del possesso di requisiti equivalenti.

Sul punto, erano peraltro già intervenuti documenti indicativi, e non normativi, in passato: ci si riferisce alla comunicazione interpretativa della Commissione europea COM (2001) 274 def. del 4 luglio 2001, intitolata «Il diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici»⁸¹.

La possibilità di introdurre considerazioni ambientali nella procedura di assegnazione degli appalti pubblici, nonostante l'ovvia restrizione della possibilità per le imprese di partecipare che essa comporta, era altresì già stata ammessa in via generale nel settore degli appalti dalla Corte di Giustizia, la quale aveva espresso sinteticamente sul punto le seguenti indicazioni:

a) Le autorità appaltanti possono tenere conto di elementi ambientali per scegliere l'appaltatore, purché si tratti di caratteristiche inerenti all'«oggetto dell'appalto»⁸²; essendo la richiesta di elementi

aggiudicatrici fanno riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione. Le amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano parimenti altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici». L'art. 48, comma 2 lett. f della direttiva a sua volta recita quanto segue: «f) per gli appalti pubblici di lavori e di servizi e unicamente nei casi appropriati, indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto».

⁸⁰ La Commissione ha anche pubblicato sul punto un documento informale riassuntivo delle possibilità esistenti sul punto (*Acquistare verde. Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Commissione UE, Bruxelles, 2005).

⁸¹ Il documento è consultabile nel sito www.europa.eu.int/comm/environment/policy_en.htm#law.

⁸² Punto 2 della comunicazione interpretativa della Commissione UE del 4 luglio 2001.

ambientali estranei all'oggetto dell'appalto eccessivamente ed irragionevolmente restrittiva delle condizioni di selezione del contraente.

Se le caratteristiche ambientali devono inerire all'oggetto dell'appalto, non era chiaro, fino a poco tempo fa, se tali caratteristiche dovevano altresì, per essere ammesse come tali in sede di appalto, conferire un vantaggio economico diretto all'amministrazione appaltante ovvero se i requisiti potevano inerire anche a vantaggi economici indiretti, connessi allo stato generale dell'ambiente, rilevanti per la pubblica amministrazione esclusivamente perché essa – com'è noto – deve occuparsi in quanto tale della salubrità dell'ambiente nell'interesse collettivo⁸⁵. Sotto quest'ultimo profilo, il vantaggio economico indiretto si traduce nei risparmi di spesa che l'amministrazione ottiene non dovendo procedere a interventi ambientali diversamente opportuni per tutelare l'interesse collettivo.

La Commissione UE si era pronunciata per una possibile considerazione in sede di gara dei soli elementi ambientali legati a vantaggi economici diretti, mentre caratteristiche ambientali inerenti a vantaggi indiretti, collegati allo stato generale dell'ambiente, erano ammessi soprattutto come elementi rilevanti all'interno di una qualificazione delle varianti per l'aggiudicazione dell'appalto, e non tanto, formalmente, come elementi per l'aggiudicazione⁸⁴.

La Corte di giustizia ha superato questo orientamento, e ha ammesso la rilevanza nella procedura di aggiudicazione di profili ambientali, anche laddove non siano connessi a vantaggi economici immediati per l'amministrazione, sia con riferimento alle varianti, sia con riferimento ai criteri di aggiudicazione, affermando nella sentenza Corte Giust. CE 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Stagecoach Finland Oy Ab*, punto 55 della motivazione, che «non si può escludere che fattori che non siano meramente economici possano incidere sul valore di un'offerta con riguardo alla detta amministra-

⁸⁵ Sulla distinzione tra queste due categorie di vantaggi, diretti e indiretti, cfr. il punto 3.1 della comunicazione interpretativa della Commissione ult. cit.

⁸⁴ Cfr. su questo punto il manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili della Commissione, cit., p. 19. Sul sistema delle varianti come strumento di aggiudicazione cfr. F. BENVISTO, *Sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Offerta di varianti migliorative o di soluzione alternativa* (Nota a C. Stato, sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309), in *App. urb. edil.*, 1998, 271.

zione aggiudicatrice. Tale considerazione è del pari corroborata dal testo stesso di tale disposizione, che allude espressamente al criterio relativo alle caratteristiche estetiche di un'offerta»⁸⁵. Si sottolinea che il criterio ambientale, nel caso considerato dalla Corte appena citato, rappresentava un vero e proprio criterio di valutazione, e non una variante all'interno della procedura di aggiudicazione⁸⁶.

Gli elementi presi in considerazione, per quanto possano inerire a profili non immediatamente economici, e cioè a vantaggi indiretti per l'amministrazione, non possono peraltro correlarsi a questioni generali di politica ambientale, ma devono attenere specificamente all'oggetto dell'appalto (per esempio, non favorendo imprese che producono più energia pulita, ma imprese che forniscono una quota maggiore di energia pulita in quello specifico appalto)⁸⁷.

b) Per valutare le caratteristiche ambientali dell'offerta, l'autorità appaltante può accettare come mezzo di prova la disponibilità di uno specifico certificato volontario ambientale purché non siano esclusi altri mezzi di prova equivalenti che comprovino il possesso dei requisiti tecnici richiesti. L'ammissione di una sola modalità certificativa per comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione all'appalto comporterebbe infatti un'eccessiva restrizione delle condizioni di accesso all'appalto pubblico⁸⁸.

c) Il parametro ambientale può influire sull'assegnazione del punteggio anche in una misura molto significativa, ove tale parame-

⁸⁵ La sentenza è consultabile all'interno del sito internet della Corte di Giustizia www.curia.eu.

⁸⁶ Punto 22 della sentenza Corte giust. CE ult. cit.: «emerge dal fascicolo che, secondo detto bando di gara, l'appalto sarebbe stato aggiudicato all'impresa autrice dell'offerta più vantaggiosa per la città sotto il profilo economico complessivo. La valutazione avrebbe dovuto basarsi su tre categorie di criteri, ossia il prezzo complessivo della gestione, la qualità del materiale (autobus) e la gestione qualitativa ed ambientale da parte dell'imprenditore».

⁸⁷ CGCE, 4 dicembre 2003, *Wienstrom*, in causa C 448/2001, in www.curia.eu.

⁸⁸ Su questi profili, cfr. direttiva n. 18 del 2004, art. 50; in giurisprudenza, sulla necessità di ammettere equivalenze nel sistema dei certificati richiesti all'interno di una procedura di appalto, cfr. Corte giustizia CE, 24 gennaio 1995, n. 359/93, *Commiss. c. Gov. Paesi Bassi*, in *Contr.*, 1995, p. 444 e ss., con nota di G. SIMONE.

tro consenta di tutelare interessi protetti dall'ordinamento comunitario⁸⁹.

Se la conformità a determinati standard ambientali può dunque essere ammessa come un elemento di selezione delle imprese che partecipano a procedure di evidenza pubblica, qualche parola in più deve essere spesa sull'uso di tali elementi come criteri di selezione o come requisiti di partecipazione.

Sul punto, da un lato il codice appalti cita le certificazioni nella parte relativa ai requisiti di partecipazione, e dunque tale argomento letterale indurrebbe a propendere per tale interpretazione. In questa prospettiva, se i criteri di aggiudicazione devono incentrarsi sui caratteri oggettivi di quanto venga offerto, e non sulle condizioni soggettive dell'appaltatore e sulle sue caratteristiche storiche⁹⁰, la conformità a standard ambientali appare più riferibile ai profili soggettivi – strutturali dell'attività dell'appaltatore, storici, da valutare con riferimento ai requisiti di ammissione, e non con riferimento ai criteri di valutazione dell'offerta.

È però anche vero, dall'altro lato, che il possesso della certificazione denota una particolare modalità di esecuzione dell'attività affidata, non essendo escluso in astratto che tale elemento possa essere valutato tra i criteri di aggiudicazione, quale elemento cui attribuire un punteggio per l'affidamento dell'appalto.

Sul punto, la giurisprudenza nazionale risulta aderire alla tesi delle certificazioni ambientali come requisito di partecipazione⁹¹; per quanto vi siano alcune sentenze nelle quali si legittimano procedure dove la certificazione ISO risultava tra i criteri di aggiudicazione⁹².

⁸⁹ In questa prospettiva è stata ammessa l'assegnazione di un punteggio pari al 45% del totale per il carattere rinnovabile di una fonte di energia: CGCE, 4 dicembre 2003, *Wienstrom*, cit.

⁹⁰ Sul punto cfr. ora, anche per rinvii di giurisprudenza, la deliberazione Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 13 giugno 2007 n. 183.

⁹¹ Cfr. quanto rilevato nella nota che precede, cui *adde* anche per ulteriori rinvii da ultima TAR Campania – Napoli, 14 luglio 2006, n. 7517 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹² In questo senso, anche per ulteriori rinvii, TAR Lombardia-Milano, 9 febbraio 2007, n. 239, in www.giustizia-amministrativa.it; e d'altro canto si è già ricordato poco sopra l'orientamento della Corte di Giustizia europea favorevole in tal senso.

9. *Gli strumenti economico-volontari di tipo negoziale: gli accordi ambientali tra convenzioni pubblicistiche ed atti unilaterali*

Considerando ora il sistema degli accordi in campo ambientale, in quanto strumenti di gestione dell'interesse ambientale concordati tra amministrazione e privati, ovvero patrocinati dall'amministrazione, si è già detto nel capitolo I della possibile valenza di tali accordi quali strumenti economico-volontari per la tutela di interessi pubblici. Si tratta di accordi conclusi al fine di acquisire maggiore credibilità nei rapporti con l'amministrazione e con i consumatori, credibilità che esprime una chiara esigenza di mercato dell'impresa (che si traduce di solito in forme più consuete, come le iniziative pubblicitarie), ed al fine di poter introdurre regolamentazioni negoziate anziché più temute e meno condivise regolazioni autoritative, attuate con maggiore difficoltà perché meno partecipate. In questa prospettiva rispetto ad un sistema di *command and control* l'amministrazione dovrebbe risparmiare sui costi di implementazione degli accordi, poiché essendo questi ultimi proposti dall'impresa dovrebbe esserne più facile la sostenibilità, nonché sui costi istruttori delle iniziative (che fanno capo prevalentemente all'impresa). È evidente peraltro anche il rischio di *captatio* dell'amministrazione con tali strumenti stante lo sbilanciamento dell'iniziativa e della progettualità a favore dell'impresa. A prescindere da tali aspetti, nelle diverse accezioni esposte ed evidenziate anche in precedenza, si rende ora necessario affrontare più analiticamente i profili giuridici di tali accordi.

Preliminarmente, occorre subito distinguere tra due categorie di accordi.

In primo luogo, ci si riferisce agli accordi che sono previsti dalla legge, nei quali l'amministrazione sottoscrivendo l'accordo si impegna a svolgere determinate attività procedurali, per lo più incentivanti, a fronte di obblighi assunti dalla parte privata, con chiaro riferimento all'art. 11, legge n. 241 del 1990.

Si tratta di un comune modello di amministrazione per incentivi, attraverso l'uso di uno strumento convenzionale in cui si prevede l'esercizio di un potere in senso favorevole per l'amministrato. In questo senso, la legge prevede con favore gli accordi per migliorare la gestione dei rifiuti (art 180 codice ambiente), i quali potranno contenere previsioni incentivanti inerenti a «semplificazioni in ma-

teria di adempimenti amministrativi», ovvero addirittura dispensare (in quali limiti non è chiarito) da oneri autorizzatori, con il solo rispetto dei principi generali di tutela ambientale (art. 181 comma 7 codice ambiente).

E ancora si prevede, per quanto concerne il settore dell'inquinamento idrico, che siano concedibili facilitazioni economiche ed amministrative per chi stipula accordi ambientali, essendo addirittura consentito in tali casi di «stabilire [...] limiti agli scarichi in deroga alla disciplina generale, nel rispetto comunque delle norme comunitarie e delle misure necessarie al conseguimento degli obiettivi di qualità» (art. 101, comma 10, codice ambiente).

Strumenti di gestione volontaria dell'ambiente sono previsti normativamente – sia pure in modo del tutto generico – anche nel settore dell'inquinamento elettromagnetico, attraverso la previsione di accordi di programma tra Stato e imprese per la realizzazione di impianti tecnologicamente avanzati, a basse emissioni elettromagnetiche (art. 4, comma 1, lett. f e 13, legge 22 febbraio 2001, n. 36).

Altri strumenti convenzionali raccordati all'esercizio di un potere sono previsti in ulteriori settori: ci si riferisce ovviamente alle convenzioni urbanistiche⁹³, ovvero ai contratti di collaborazione di cui all'art. 14, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, nel settore agricolo, ovvero alle convenzioni nel settore della pesca, di cui all'art. 5, d.lgs. 18 maggio 2001, n. 226⁹⁴, al fine di formalizzare la partecipazione delle imprese agricole e della pesca allo svolgimento di attività di amministrazione e governo dei relativi settori; ci si riferisce altresì agli strumenti di c.d. programmazione negoziata, dei quali si è tentato un uso esteso per favorire (con esiti incerti) il coordinamento dell'azione amministrativa e delle iniziative private in contesti territoriali determinati⁹⁵.

⁹³ Sull'applicabilità alle convenzioni urbanistiche dell'art. 11 legge n. 241 del 1990 cfr. ora, per esempio, Cass., sez. un., 25 maggio 2007, n. 12186, in *CED Cass.*; Cons. Stato, sez. V, 28 novembre 2006, n. 6961, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁴ Cfr. su questi due accordi F. BRUNO, *La gestione "negoziata" dell'ambiente: i contratti territoriali e la politica di sviluppo rurale dell'Unione Europea*, in *Contr. impr./Europa*, 2003, p. 660.

⁹⁵ Cfr. sul tema anche per rinvii N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., p. 169 e ss.

In secondo luogo, ci si riferisce ad accordi atipici, per così dire: non previsti dalla normativa, nei quali gli amministrati assumono unilateralmente impegni ambientali, in assenza di incentivi ovvero di altri impegni da parte dell'amministrazione: ed è di questi accordi che si discute in questo paragrafo.

Richiamando fin d'ora, per chiarezza, alcuni esempi di questa categoria degli accordi ambientali, ci si riferisce alle convenzioni volte a rendere meno inquinanti i combustibili per autotrazione, stipulate in passato con il Ministero dell'ambiente da parte di alcune società petrolifere.

Ovvero ci si riferisce alle convenzioni nelle quali un'impresa accetta di sottoporsi a standard ambientali più rigidi, pur in mancanza di un obbligo al riguardo stabilito per legge ed in difetto di elementi per ritenere che le sostanze emesse – nelle quantità emesse – causino certamente un danno all'ambiente.

Talora poi l'impresa accetta convenzionalmente di sottoporsi ad autocontrolli più rigidi e frequenti rispetto ai controlli previsti dalle norme, sempre in assenza di impegni da parte dell'amministrazione⁹⁶.

L'amministrazione, in questi casi, partecipando a tali accordi unilaterali, o patrocinando l'assunzione di tali impegni unilaterali della parte privata, persegue l'obiettivo di introdurre prescrizioni nuove nel sistema, ma ottiene tale obiettivo utilizzando il vinco-

⁹⁶ Su tutte queste tipologie di convenzioni, di disciplina e di controllo, cfr. per ulteriori indicazioni sugli esempi citati e per altre considerazioni, in una prospettiva economica, P. AMADEI, E. CROCI e G. PESARO, *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, cit. Degli accordi ambientali è stata peraltro proposta in ambito comunitario una classificazione peculiare in accordi di autoregolamentazione, i quali sostituiscono per molti aspetti una regolamentazione autoritativa provvedimentoale, ed accordi di coregolamentazione, nei quali l'accordo integra un atto provvedimentale, definendone il contenuto. Su queste tematiche, cfr. ora la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni «Gli accordi ambientali a livello di Comunità nel quadro del piano d'azione. Semplificare e migliorare la regolamentazione», n. COM 412 def. del 17 luglio 2002, in cui vengono sviluppati e in parte ripresi argomenti già sviluppati nella comunicazione sullo stesso argomento COM 561 def. del 27 novembre 1996, e nella risoluzione CE 7 ottobre 1997 Sul tema trattato in questo paragrafo, cfr. anche in una prospettiva di analisi comunitaria E. REHBINDER, *Market-based Incentives for Environmental Protection*, cit.

lo convenzionale, anziché il vincolo provvedimentale, al di fuori di qualunque onere per l'amministrato di aderire a tali convenzioni: si è parlato sul punto in precedenza in questo scritto di *soft administration*, a sottolineare che tali accordi non sono previsti da norme specifiche, anche solo di *soft law*.

Non si tratta di convenzioni per sostituire provvedimenti amministrativi: si tratta di convenzioni che prescindono dall'esistenza di provvedimenti, i quali ultimi forse non sarebbero possibili nei casi in esame stante la labilità dei presupposti per l'esercizio di poteri amministrativi.

Non sembra che tali accordi violino il principio di tipicità: il principio di tipicità si riferisce infatti secondo un'analisi argomentata alle funzioni più che ai singoli provvedimenti, con definizioni che «possono essere generiche»⁹⁷.

Nel caso, i fini perseguiti dagli accordi sono quelli prefigurati dalla legge (di tutela ambientale), mentre i presupposti di esercizio non sono contrari rispetto all'ordinamento, pur potendo essere non riportabili in modo preciso a quanto previsto dalla legge (perché per esempio gli inquinanti non sono previsti in modo chiaro dalla legge come tali)⁹⁸.

Gli accordi ora descritti suscitano peraltro diverse perplessità, poiché rischiano di introdurre con l'*escamotage* del consenso obblighi per gli amministrati non solo non previsti dalla legge (il che appare ammissibile in quanto posti in essere su iniziativa volontaria dell'amministrato), ma incompatibili con la legge, al fine di ottenere la benevolenza dell'amministrazione. È dunque importante che tali accordi siano sempre incentrati su principi di ragionevolezza e proporzionalità, ancorandosi per quanto possibile al pur incerto quadro

⁹⁷ B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, cit., p. 810; sulla necessaria interpretazione non rigida del principio di legalità, cfr. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, ivi, p. 221.

⁹⁸ È noto che specialmente nel diritto amministrativo ambientale sono frequenti prefigurazioni elastiche dell'attività amministrativa da parte del legislatore, al fine di consentire che la funzione amministrativa si adegui con la maggiore flessibilità possibile alla realtà: cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, p. 325 e ss.

normativo generale, in assenza di norme nello specifico settore cui l'accordo inerisce, e comunque mai contrastando rispetto ad esse⁹⁹.

In generale, in queste convenzioni l'amministrazione emerge a pieno titolo come soggetto esponenziale, pubblico, e non come soggetto privato, al fine per esempio di procurarsi beni o servizi. In una prospettiva privatistica, le convenzioni considerate avrebbero poco senso, essendo difficile individuarne una causa in assenza di uno spirito di liberalità del contraente privato. La loro funzione è invece comprensibile in una prospettiva pubblicistica, come è stato accennato nel capitolo I di questo scritto, nel momento in cui si consideri che in tal modo l'amministrazione valorizza strumenti economico-volontari, tratti dal mercato e utili anche in una prospettiva di perseguimento degli interessi privati (incentrati sostanzialmente sul miglioramento dell'immagine dell'impresa), al fine di perseguire interessi pubblici.

Per quanto l'amministrazione emerga come soggetto pubblico in tali convenzioni, non sembra sul punto applicabile facilmente l'art. 11, legge n. 241 del 1990.

Non si tratta infatti – lo si è già accennato – di accordi volti a determinare il contenuto di un provvedimento, poiché spesso nessun provvedimento fa seguito alla convenzione stipulata; né si tratta di accordi sostitutivi di un provvedimento, sempre perché, quanto meno, non è in discussione un provvedimento vero e proprio da so-

⁹⁹ Sulla non contraddizione tra principio di tipicità degli atti amministrativi e accordi di diritto pubblico, solo qualora i contenuti dell'accordo siano rappresentati da oneri aggiuntivi del privato rispetto alla legge, e non in caso di attribuzione di vantaggi non consentiti, in quanto tali impegni sono riferibili ad elementi di autonomia privata dell'amministrato e non ad una surrettizia forma di introduzione di oneri non ammessi dall'ordinamento, cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Milano, 2003, p. 213 e ss.; più in generale, sui possibili rischi – potenziali – dell'amministrazione consensuale quale forma di pericolosa deroga al principio di legalità, quando sia strumentalizzato il consenso degli amministrati per ottenere quanto non sarebbe possibile ottenere sulla base della legge, cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., p. 21 e ss.; sul tema anche G. CAGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2006, p. 3205 e ss. In senso più favorevole ad un'amministrazione atipica purché legittimata dal consenso, cfr. C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, p. 107 e ss.

stituire: nessun comportamento dell'amministrazione è di solito dedotto in convenzione.

L'assenza di obblighi provvedimentali in capo all'amministrazione, derivanti dall'accordo, risulta con particolare evidenza ove si consideri il caso in cui l'amministrazione intenda introdurre, in via procedimentale, prescrizioni più rigide rispetto a quelle cui l'impresa si è sottoposta nell'accordo, ovvero nel caso in cui l'amministrazione intenda aumentare in via autoritativa la severità dei controlli rispetto alle soglie previste in convenzione.

In questi casi, non si potrà tendenzialmente sostenere che l'amministrazione, sottoscrivendo la convenzione, si sia impegnata a non introdurre prescrizioni, o controlli, ulteriori rispetto a quanto previsto in via convenzionale, poiché tali profili – appunto – non sono assolutamente dedotti in convenzione: di solito nessuna clausola convenzionale prevede alcunché sotto questi aspetti.

Ciò peraltro non significa che l'adesione dell'amministrazione ad una convenzione non procedimentale, se non la vincola convenzionalmente, non comporti nessun effetto giuridico.

Sul punto, era già stato prospettato un vincolo "politico" derivante dagli accordi tra amministrazione e privati prima della legge n. 241, nel momento in cui dunque l'ordinamento non aveva chiarito la vincolatività (per quanto tendenziale) di questi atti¹⁰⁰.

Ma anche vincoli amministrativi – di tipo non obbligatorio contrattuale – sono immaginabili.

Ci si riferisce in particolare al seguente punto: l'esistenza della convenzione, se non introduce vincoli convenzionali in senso proprio in capo all'amministrazione, la quale di solito non assume alcun obbligo nel testo delle convenzioni ambientali, appare tuttavia in qualche modo influire sul potere pubblico successivo nel settore, in quanto fatto.

In altri termini, l'amministrazione, nell'esercitare i propri poteri nel settore, anche con riferimento all'impresa che alla convenzione ha aderito, dovrà tener conto della convenzione come di un fatto rilevante nell'esercizio delle proprie potestà.

¹⁰⁰ R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, p. 106 e ss.

Per esempio, a fronte di una convenzione in tema di autocontrollo, l'amministrazione non potrà senza motivare in modo particolarmente specifico ed argomentato disporre controlli più frequenti nei confronti dell'impresa che ha stipulato la convenzione, rispetto alle altre imprese del settore.

Insomma, queste convenzioni, contenendo per lo più obbligazioni in capo al solo proponente, non vincolano l'amministrazione, ma rilevano come fatto che qualifica l'impresa come particolarmente attenta alla tutela ambientale, fatto dal quale l'amministrazione non può prescindere nella sua successiva attività potestativa.

La ricostruzione appena esposta, in cui l'art. 11, legge n. 241 del 1990, difficilmente è applicabile agli accordi ambientali descritti in quanto tali accordi non sono raccordati ad alcun provvedimento, si incentra sulla ricostruzione più condivisa, anche in giurisprudenza¹⁰¹, degli accordi contemplati dal medesimo art. 11.

In tale ricostruzione, la convenzione di diritto pubblico, di cui all'art. 11, legge n. 241 del 1990, è incentrata sull'adozione di un provvedimento, e dunque si trova inserita all'interno di una sequenza procedimentale, non presentando valenza generale, quale norma riferita a tutte le ipotesi di gestione convenzionale del potere.

In particolare, al di fuori del modello procedimentale-provvedimentale, il supremo giudice amministrativo ha ritenuto che la presenza di soggetti pubblici in contesti convenzionali, anche qualora si riscontri una formale sottoscrizione della convenzione da parte pubblica¹⁰², non determina l'insorgenza di «precise obbligazioni», assumendo invece solo una valenza come impegno «in via generale» che non dà luogo a precisi vincoli: essa «non comporta né può comportare l'assunzione di obblighi procedimentali che si proiettino sul provvedimento finale, poiché tali obblighi si assumono rispetto ad

¹⁰¹ Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰² Il caso specifico ineriva a consultazioni tra le parti sociali con riferimento alla contrattualistica collettiva, in cui l'organo del Ministero del lavoro aveva espresso «assicurazioni volte ad assicurare serietà e sollecitudine nella valutazione della pratica per garantirne il buon esito».

un procedimento già esistente [...] e non rispetto a procedimenti ancora da avviare»¹⁰⁵.

La tesi giurisprudenziale, che tende a restringere l'ambito di applicazione dell'art. 11 alla presenza di un provvedimento, anche futuro, o comunque alla presenza attuale di un procedimento, è conforme ai lavori parlamentari relativi alla legge n. 241.

Com'è noto, se le intenzioni della Commissione Nigro, alla quale si deve la stesura della bozza normativa che avrebbe poi dato luogo alla legge n. 241 del 1990, erano volte a riconoscere un valore generale all'istituto dell'accordo di diritto pubblico¹⁰⁴, tali intenzioni non hanno poi trovato seguito nel testo definitivo approvato della legge n. 241 del 1990.

Nel testo definitivo della legge n. 241, l'accordo di diritto pubblico tra amministrazione e privati, in quanto l'amministrazione rilevi in tale contesto come soggetto titolare di un potere pubblico, assume una precisa valenza giuridica solo se la convenzione si correla ad un provvedimento, che oggi potrà essere sostituito dall'accordo ex art. 11 legge n. 241 ma che pare debba comunque esistere in astratto.

Anche in sede dottrinale, laddove sono state prospettate interpretazioni estensive dell'art. 11, legge n. 241, si è per lo più ritenuto di ancorare le convenzioni disciplinate da tale articolo ad un suc-

¹⁰⁵ Le frasi citate sono tratte da Cons. Stato, sez. VI, n. 2636 del 2002, cit.

¹⁰⁴ L'art. 6, titolo IV dello schema di d.d.l. sul procedimento amministrativo redatto dalla commissione Nigro, e successivamente trasfuso in parte nella legge n. 241 del 1990, al comma 2, dopo aver previsto al comma 1 una disposizione analoga a quella oggi vigente ai sensi dell'art. 11, comma 1, limitatamente al nesso obbligato tra accordo e provvedimento (recitava tale comma 1 «Le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle proprie attribuzioni, possono concludere accordi nell'ambito del procedimento con i destinatari del provvedimento per sostituire quest'ultimo o per disciplinarne il contenuto»), prevedeva quanto segue: «Fuori delle ipotesi di cui al comma precedente possono anche essere conclusi accordi aventi per oggetto l'esercizio di potestà amministrative e le corrispettive prestazioni di persone fisiche e giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico». I principali documenti preparatori relativi alla legge n. 241 del 1990, tra i quali la bozza della Commissione Nigro, possono leggersi in G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, p. 176.

cessivo necessario provvedimento amministrativo, allora qualificato come provvedimento di recepimento¹⁰⁵.

La ricostruzione di questi accordi, stante l'assenza di vincoli giuridici contrattuali veri e propri in capo all'amministrazione, potrebbe porre perplessità sul piano dogmatico; potrebbe in particolare essere sostenuto che in realtà si tratta di atti unilaterali, magari assimilabili agli atti unilaterali d'obbligo dei privati in campo urbanistico, espressamente ricordati in diversi testi normativi¹⁰⁶.

In realtà, se gli accordi ambientali (unilaterali) non impegnano l'amministrazione, tuttavia la relativa pertinenza all'ambito convenzionale, con esclusione di una classificazione come atti unilaterali a pieno titolo, sembra da tenersi ferma.

Ciò accade, se non altro, perché oltre alla caratterizzazione formale in senso convenzionale dell'atto, qualificato dalle parti per lo più come «accordo», la giurisprudenza riconduce anche gli atti di sottomissione, poc'anzi citati, riscontrabili nel settore urbanistico, a modelli convenzionali dai quali insorgono obbligazioni per il solo proponente, e cioè per la sola parte privata¹⁰⁷.

¹⁰⁵ «Un atto amministrativo di recepimento deve comunque esistere» (N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 30 e ss.); più possibilista sul tema E. Brutti Liberati, che ammette una possibilità interpretativa «analogica» dell'art. 11, per alcune parti (per esempio con riferimento al recesso previo indennizzo) in relazione a diversi accordi privi di recepimento all'interno di un atto provvedimentale finale (E. BRUTTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, p. 110 e ss.); sul fatto che gli accordi di cui all'art. 11 siano solo gli accordi inseriti all'interno di un procedimento «effettivamente iniziato», cfr. G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO E F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, p. 1699.

¹⁰⁶ Ci si riferisce all'art. 7, comma 4, legge 28 gennaio 1977, n. 10; all'art. 27, comma 4, legge 5 agosto 1978, n. 457; all'art. 29, comma 2, lett. g), legge 9 febbraio 1985, n. 47, ed all'art. 8, comma 10, legge 17 febbraio 1992, n. 179: su questi atti, cfr. G. COLOMBO, F. PAGANO, M. ROSSETTI, *Manuale di urbanistica*, Milano, 2001, p. 1138 e ss.; S. ANTONIAZZI, *Concessione edilizia e vincolo propter rem previsto da atto unilaterale d'obbligo tra l'amministrazione comunale e privati* – nota a Cons. Stato, sez. V, 17 agosto 1996, n. 898, in *Riv. giur. urb.*, 1997, p. 235 e ss.

¹⁰⁷ Cfr. sul punto Trib. sup. acque, 29 novembre 1997, n. 84, in *Cons. Stato*, 1997, II, p. 1829, di cui è pubblicata solo la massima («L'atto di sottomissione sottoscritto da un privato su richiesta della p.a. va ritenuto un'obbligazione unilaterale, in quanto la sottomissione consiste in un'offerta indipendentemente

La categoria ora richiamata, rappresentata dai contratti con obbligazioni del solo proponente, sembra particolarmente interessante, anche perché corrisponde alla realtà in cui l'amministrazione ha un ruolo importante nell'accordo, essendo quest'ultimo inefficace in mancanza di un atto di adesione dell'amministrazione medesima, diversamente rispetto a quanto accadrebbe ove l'accordo fosse qualificato come atto unilaterale (artt. 1333 e 1334 c.c.), essendo in tal caso l'atto efficace nel momento in cui viene comunicato al destinatario.

Ricevendo atti unilaterali che per il solo fatto di essere ricevuti sono efficaci, l'amministrazione potrebbe essere coinvolta in contesti nei quali chi redige l'atto unilaterale non svolge in realtà un'attività di interesse pubblico, ma in futuro può comunque avvalersi di tali atti per qualificarsi come soggetto che ha assunto obbligazioni ambientali rilevanti e dunque aspira con ragione ad un atteggiamento favorevole da parte dell'amministrazione.

Diversamente il ruolo pubblico dell'amministrazione negli accordi ambientali, ove li si riconduca, in linea di principio, allo schema dei contratti con obbligazioni del solo proponente, non può far ritenere l'accordo concluso in presenza di un silenzio dell'amministrazione (come accade talora tra le parti private nei contratti con obbligazioni con solo proponente: art. 1333 c.c.), stante la necessità di un vaglio pubblicistico espresso dell'interesse pubblico alla stipulazione del contratto medesimo: non occorre ricordare che le ipotesi di silenzio assenso sono nel nostro ordinamento solo quelle ammesse per legge, e che dal silenzio dell'amministrazione nella veste di autorità pubblica, in mancanza di indicazioni legislative, non è cor-

da qualsiasi assunzione di obblighi da parte dell'amministrazione interessata e dà luogo ad un contratto, anche se la detta obbligazione sia sottoscritta dal solo soggetto che assume l'impegno, in quanto l'ente, col consentire tale assunzione e con l'approvarla, viene a perfezionare la stipulazione contrattuale»); Cass., 20 novembre 1987, n. 8554, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1988, p. 8554 (che qualifica come «patti aggiuntivi» gli «atti di sottomissione» nel corso di un rapporto di cottimo fiduciario per la realizzazione di opere pubbliche). In senso analogo sembra anche TAR Liguria, 5 maggio 1987, n. 261, in *Foro amm.*, 1987, p. 2681.

In senso diverso, per un'accentuazione dei caratteri, unilaterali, di un atto unilaterale d'obbligo, anziché dei profili concordati di tale atto, cfr. TAR Puglia, sez. I, 6 dicembre 1989, n. 565, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1989, p. 1800.

retto trarre indicazioni in senso negativo o positivo in assenza di una legge; si è già detto questa prospettiva della portata più apparente che reale della generalizzazione del silenzio assenso di cui alla legge n. 15 del 2005, specie in campo ambientale.

In conclusione, con riferimento alla maggior parte degli accordi ambientali, nei quali solo il privato si vincola, sembra possibile conciliare il modello convenzionale di base civilistico – per quanto anomalo, trattandosi di convenzione unilaterale – con la produzione di vincoli obbligatori solo in capo al privato attraverso il modello del contratto con obbligazioni del solo proponente (art. 1333 c.c.).

Non essendo applicabile direttamente l'art. 11 della legge n. 241 del 1990, per le ragioni esposte, ma essendo piuttosto evidente il ruolo pubblico dell'amministrazione in tali convenzioni, sembra che sul punto si delinei una sorta di convenzione pubblicistica "atipica" (in quanto non prevista dall'art. 11, legge n. 241), ammissibile solo in quanto intrinsecamente non vincolante per l'amministrazione, da cui conseguono – come è stato ricordato – strutturalmente obbligazioni per il solo proponente privato.

Il punto necessita ovviamente di indagini più approfondite, anche con riferimento alla stessa ammissibilità della categoria delle convenzioni pubblicistiche atipiche nel nostro ordinamento, in cui l'orientamento del legislatore, come manifestato all'interno dell'art. 11, legge n. 241, sembra limitare solo ai casi ivi previsti la possibilità di dedurre in convenzione il potere pubblico.

Ma potrebbe forse ritenersi che ciò vale quando il potere pubblico sia convenzionalmente vincolato, e non quando dalla convenzione il potere non subisce vincoli giuridici: non paiono esserci ragioni evidenti di preclusione dell'ordinamento verso accordi siffatti, non vincolanti convenzionalmente per la parte pubblica, anche quando l'amministrazione partecipi alla convenzione medesima nella propria veste di pubblica autorità. Sempreché ovviamente tali accordi non mascherino forme illegittime di imposizione di oneri che l'amministrazione non potrebbe imporre da sé, e che invece ottiene adombrando un proprio atteggiamento negativo nei confronti di chi a tali oneri non intenda sottomettersi.

In questa sede, trascurando il tema generale dell'atipicità di tali convenzioni, basti evidenziare che il modello giuridico proposto, in cui la convenzione vede la partecipazione dell'amministrazione come soggetto di pieno diritto pubblico, sembra convalidata dai numerosi atti intervenuti in sede comunitaria sugli accordi ambientali, nei quali il Parlamento europeo, il Consiglio e la stessa Commissione sottolineano con vigore la necessità di dare una veste procedimentale, trasparente e verificabile, al procedimento di adesione pubblica¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Su questi profili, cfr. anche per rinvii il documento cit. del 17 luglio 2002 della Commissione CE.

INDICE DEGLI AUTORI

(Si indicano le note dove ciascuna opera è citata per la prima volta. Il numero romano si riferisce al capitolo, quello arabo alla nota relativa)

- ACQUARONE G., III, 65
AICARDI N., I, 34; III, 18; III, 105
ALVISI C., I, 114
AMADEI P., I, 78
AMATO G., I, 44
AMENDOLA G., III, 69
AMOROSINO S., I, 81
ANDREINI P., III, 18
ANDRONIO A., I, 82
ANGHINELLI S., II, 12
ANTONIAZZI S., III, 106
AUBY J.B., I, 49
- BACHELET V., I, 59
BALANDI G.G., III, 2
BANO F., III, 2
BASSI F., III, 3
BATEMAN I., I, 93
BAGLIONI M., I, 52
BEGG D., I, 95
BENVENUTI F., I, 43
- BENVENUTI L., I, 90
BENVISTO F., III, 84
BIANCA C.M., I, 105
BIANCHI G., III, 45
BIFULCO R., I, 85
BIGLIAZZI GERI L., I, 105
BIN R., I, 85
BIONDI V., II, 12
BRECCIA U., I, 105
BOMBARDELLI M., I, 43
BRUNO F., III, 94
BRUTI LIBERATI E., II, 135; III, 105
BURHENNE W.E., III, 2
BUSNELLI F.D., I, 105
BUTTI L., III, 69
- CAFAGNO M., I, 46; I, 65
CAIA G., I, 2; III, 18; III, 18
CAMERLENGO Q., I, 85
CAMELLI M., I, 27
CAPRIGLIONE F., I, 53

- CARANTA R., I, 4
 CASSESE S., I, 1; I, 2; I, 3; I, 25; I, 39; I, 90; I, 92; I, 103
 CATELANI A., I, 39
 CECCHETTI A., I, 82
 CELOTTO A., I, 85
 CERULLI IRELLI V., I, 48; I, 57; I, 108; I, 125; III, 33
 CHITI E., I, 4; III, 18
 CICHILNISKY G., I, 66
 CICIGOI E., II, 1
 CINTIOLI F., I, 24
 CLARICH M., I, 24; I, 26, I, 39, I, 43; I, 57; III, 3
 CLARIZIA A., I, 48
 CLO S., II, 83
 COASE R., I, 58
 COLOMBO G., III, 106
 COLOMBARI S., I, 4
 COMPORTI G.D., I, 59
 CORSO G., I, 1; I, 23; I, 31; I, 32; I, 40; III, 65; III, 104
 COSTI R., I, 51; I, 51; I, 52; I, 53
 CROCI E., I, 78
 CUGURRA G., III, 99
- DAL PIAZ V., II, 68
 D'AURIA M., II, 12
 DE BERNARDIN L., III, 1
 DE CARLI I., 114
 DE CAROLIS D., I, 65
 DE LEONARDIS F., I, 48; I, 48; III, 98
 DELL'ANNO P., I, 62; II, 68
 DENOZZA F., I, 60
 DENTE B., I, 28
- DE PAOLI L., II, 49; II, 85; II, 142
 DORIGONI S., I, 94
 DORNBUSCH R., I, 95
 DUGATO M., I, 25
 DURET P., I, 86
- ELIAS G., III, 18; III, 19
 ENRIQUES L., I, 51
- FABBRI P., II, 1
 FERRARA L., I, 126; II, 42; III, 65
 FERRARA R., I, 34; I, 42; III, 100
 FERRARI E., I, 65
 FIGORILLI F., I, 23; I, 41
 FILIPPI M., III, 66
 FIORITTO A., I, 75
 FISCHER S., I, 95
 FOLLIERI E., I, 41
 FORSTHOFF E., I, 1
 FRACCHIA F., I, 8; II, 62
 FRENI E., I, 3
 FREY M., I, 70
- GABRIOTTI M., III, 45
 GALGANO F., I, 77
 GALLI D., III, 38
 GALLO C.E., I, 43; I, 44
 GAMBARO L., II, 12; II, 12
 GARDINI G., I, 39
 GARZIA G., II, 12
 GATTA M., III, 17
 GIANNINI M.S., I, 59; III, 33
 GNES M., III, 60
 GOISIS F., I, 4
 GOLINI G., II, 12
 GRASSI S., I, 82; III, 69

- GRECO G., I, 112; III, 99
GRIMALDI L., I, 85
GRUPP M., I, 97
GUARINO G., I, 45
GUASTINI R., I, 106
GUCCIONE C., III, 38
GULLÌ F., I, 94
GUPTA J., I, 97
- HARLOW C., I, 29
VON HAYEK F., I, 30; I, 60
HEAL G., I, 66
- KERRY TURNER R., I, 93
KIRTON J.J., III, 2
- IANNOTTA L., I, 41; I, 110
IMMORDINO M., I, 41
IRALDO F., III, 15; III, 78
IRTI N., I, 24
- LANZINI P., III, 15
LEDDA F., I, 43; I, 43
LEMMA V., III, 2
LIPARI M., I, 81
LOLLI A., I, 31; I, 101; I, 103
LOPILATO V., I, 31
LUCCHINI GUASTALLA E., II, 56
- MAGNONI A., I, 52
MALONEY M.T., I, 70
MALTONI A., I, 48
MANFRELOTTI R., I, 56
MARZUOLI C., I, 84; II, 57
MASTRAGOSTINO F., I, 20
MASTRANDREA G., I, 20
- MATTARELLA B.G., I, 99; I, 104; I, 111; I, 130
MAVIGLIA C., III, 99
MAZZAMUTO M., I, 2; I, 3
MAZZAROLLI L., I, 2; II, 43
MELE E., III, 30
MELIS M., III, 78
MERCATI L., I, 37
MERUSI F., I, 24; I, 24; I, 50; I, 110; I, 114; III, 3
MIGNONE C., I, 48
MOLOCCHI M., I, 71
MONTEFERRANTE L., I, 127
MORBIDELLI G., I, 24; III, 65; III, 66
MORTH U., III, 1
- NAPOLITANO G., I, 1; I, 2; I, 48; I, 58; I, 99
NATOLI U., I, 105
NORDHAUS W., I, 47
- OGUS A., I, 67
OLIVETTI M., I, 85
OTTAVIANO V., I, 19
- PACCAGNAN V., I, 73
PAGANO F., III, 106
PASTORE B., III, 1
PATRONI GRIFFI F., I, 4
PEARCE D.W., I, 93
PERICU G., I, 2; I, 48; III, 105
PERNAZZA F., II, 115; II, 131
PERONGINI F., I, 80
PESARO G., I, 69; I, 78
PIGA F., I, 59
PIOGGIA A., I, 126

- POLICE A., I, 41, I, 65; I, 110
POZZO B., II, 12
PREDIERI A., III, 21
PRETO A., III, 60
PUBUSA A., I, 43
- RAIMONDI S., I, 110
RAMAJOLI M., I, 17; I, 25
RANELLETTI O., II, 61
RANGONE N., I, 63
RAWLINGS R., I, 29
REHBINDER E., I, 89
RENNA M., I, 67
REVESZ R.L., I, 68
ROMANO A., I, 2; I, 57
ROMANO TASSONE A., I, 75
ROSSI G., I, 61
ROSSI V., III, 45
ROSSETTI M., III, 107
ROVERSI MONACO F., I, 2; I, 48; III, 18
ROVERSI MONACO M.G., I, 115
RUFFOLO U., I, 79
- SALAMON L.M., I, 83
SALAMONI F., III, 18
SAMUELSON P., I, 47
SANDULLI A., I, 33
SANDULLI M.A., I, 41
SANDS P., I, 68
SAVINO M., III, 60
SCIULLO G., III, 3
SCOCA F.G., I, 2; I, 45; I, 59; I, 127
SCOGNAMIGLIO A., I, 43
SHAVELL S., I, 58
SHEA E., I, 97
- SHEERAN K.A., I, 66
SIGISMONDI G., I, 126
SIMON H., I, 43
SNYDER F., III, 1
SOAVE P., III, 7
SPASIANO M.R., I, 41
STARRET D., I, 66
STERNER T., I, 97
STEWART R.B., I, 68; I, 97
STIPO M., I, 44
- TAPPI R., II, 67
TERESI F., III, 104
TESTA F., III, 78
TIETENBERG T., I, 70
TREBILCOCK M.J., III, 2
- URSI R., I, 108
- VANDELLI L., I, 85
VETRÒ F., II, 135
VILLATA R., I, 17; II, 61; II, 61
- WETTESTAD J., I, 97
- YANDLE B., I, 70
- ZAGREBELSKY G., I, 105
ZALIN M., III, 69
ZITO A., II, 43

SOMMARIO

CAPITOLO I

LA VALORIZZAZIONE DI DINAMICHE PRIVATE PER LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO: L'AMMINISTRAZIONE SUSSIDIARIA ATTRAVERSO STRUMENTI ECONOMICI

1. Premessa. Trasformazioni dell'intervento dell'amministrazione nell'erogazione dei servizi economici: privatizzazione delle imprese pubbliche e attività oggettivamente a regime amministrativo	5
2. (<i>segue</i>) Trasformazioni dell'intervento dell'amministrazione nell'erogazione dei servizi economici: liberalizzazioni. Alcune ragioni alla base del recesso dello Stato dall'intervento diretto in economia	16
3. Evoluzione dell'intervento dell'amministrazione nell'esercizio di funzioni: l'attuazione del principio di buon andamento dell'amministrazione attraverso l'amministrazione e la sua attività	21
4. (<i>segue</i>) L'attuazione del principio di buon andamento dell'amministrazione attraverso i privati: l'esternalizzazione di funzioni e la frequente espansione del diritto amministrativo quale diritto delle attività esternalizzate e funzionalizzate	25
5. (<i>segue</i>) L'attuazione del principio di buon andamento dell'amministrazione attraverso i privati, tramite strumenti di gestione economici ed economico-volontari: il mercato e le sue dinamiche valorizzati come strumenti per perseguire interessi pubblici coordinando gli interessi privati. Vantaggi e svantaggi di tale sistema	30
6. L'amministrazione attraverso strumenti economici ed economico-volontari come forma di amministrazione sussidiaria, tesa a valorizzare dinamiche di mercato, riconducibile almeno in parte al principio di sussidiarietà orizzontale costituzionale, anche ove si consideri la valenza soprattutto sociale di tale principio costituzionale nelle sue letture odierne	44

7. Forme di amministrazione sussidiaria tramite strumenti economici ed economico-volontari: analogie e differenze rispetto ad altri modelli di amministrazione	51
8. Ancora sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: limiti e utilità di una (parziale) dicotomia	57

CAPITOLO II

STRUMENTI ECONOMICI DI AMMINISTRAZIONE PER LA TUTELA
DELL'INTERESSE PUBBLICO ATTRAVERSO LA CREAZIONE
DI MERCATI ARTIFICIALI NEL SETTORE AMBIENTALE ED ENERGETICO

1. Strumenti economici di amministrazione dei cambiamenti climatici. Il mercato delle emissioni (<i>emissions trading</i>) come strumento per la limitazione dell'inquinamento complessivo dell'atmosfera e il rapporto di tale sistema con il sistema <i>command and control</i> di autorizzazioni ambientali locali. La prevalenza relativa del sistema di <i>emissions trading</i> sulla disciplina delle emissioni in base alla disciplina IPPC (<i>Integrated Pollution Prevention and Control</i>)	75
2. I presupposti per il funzionamento del sistema di <i>emissions trading</i> : l'ambito di applicazione del sistema; la centralizzazione delle competenze; l'autorizzazione preliminare (<i>permit</i>) alle emissioni di gas ad effetto serra, quale prequalifica per l'accesso al sistema di <i>emissions trading</i>	83
3. Il sistema di <i>emissions trading</i> : le quote di emissione (<i>allowances</i>) e i certificati equivalenti (CER ed ERU). L'attività dei verificatori circa la rispondenza tra quote di emissione ed emissioni effettivamente rilasciate tra diritto amministrativo e diritto privato	88
4. Le situazioni giuridiche soggettive inerenti alle quote di emissione. La natura giuridica delle quote di emissione come atti autorizzativi negoziabili e la relativa circolazione.	100
5. La prefigurazione della prima attribuzione di quote di emissione per ogni periodo di riferimento: limiti dell'attribuzione attraverso uno strumento di amministrazione tradizionale (c.d. <i>godfathering</i>) in luogo dell'attribuzione attraverso strumenti economici più aderenti alle reali necessità di quote (c.d. <i>auctioning</i>). L' <i>emissions trading</i> come mercato "forte" rispetto ai poteri di intervento dell'amministrazione	109
6. Strumenti economici di amministrazione della produzione di energia da fonti rinnovabili. Autorizzazioni negoziabili e sistemi di mercato nel settore energetico: il sistema di incentivazioni amministrative tradizionali, con specifico riferimento al sistema di sovvenzioni Cip 6	115

7. (<i>segue</i>) Autorizzazioni negoziabili e sistemi di mercato nel settore energetico: il mercato dei certificati verdi. Gli obblighi di immissione in rete di energia da fonti rinnovabili previsti per ogni produttore di energia elettrica da fonti non rinnovabili, e la qualificazione preliminare amministrativa da parte del GSE degli impianti che possono ottenere certificati verdi	121
8. I certificati verdi come strumenti negoziabili per soddisfare il debito di immissione di energia “verde” nel sistema. Il funzionamento del sistema e il forte intervento diretto della pubblica amministrazione sul mercato attraverso il GSE – Gestore dei servizi elettrici: il mercato dei certificati verdi come mercato “debole” rispetto ai poteri di intervento del GSE	129
9. Strumenti economici di amministrazione del risparmio energetico: gli obiettivi di risparmio energetico. I certificati bianchi nel settore dell’energia elettrica e del gas ed il relativo mercato. L’intervento determinante dell’AEEG nel sistema come soggetto che acquista titoli di efficienza energetica a costi fuori mercato e il carattere perciò “debole” del mercato rispetto all’intervento amministrativo	139

CAPITOLO III
STRUMENTI DI AMMINISTRAZIONE ECONOMICO-VOLONTARI
PER LA TUTELA DELL’INTERESSE PUBBLICO
NEL SETTORE AMBIENTALE ATTRAVERSO LA VALORIZZAZIONE
DI CERTIFICATI AMBIENTALI E ATTRAVERSO L’USO
DI ACCORDI UNILATERALI

1. La tutela dell’interesse pubblico ambientale attraverso strumenti economici ad adesione volontaria (certificazioni, accordi unilaterali): discipline ad adesione volontaria (<i>soft law</i>), discipline incentivanti, amministrazione negoziale unilaterale	149
2. Strumenti economico-volontari di gestione ambientale: l’impostazione comunitaria	155
3. I caratteri delle certificazioni ambientali: tra pubblico e privato	162
4. (<i>segue</i>) I caratteri delle certificazioni ambientali: le certificazioni private (ISO 14001)	166
5. (<i>segue</i>) I caratteri delle certificazioni ambientali: le certificazioni amministrative (EMAS ed <i>eco label</i>)	176
6. Discipline incentivanti per l’uso delle certificazioni nell’attività provvedimentale: le discipline settoriali	185
7. (<i>segue</i>) Discipline incentivanti per l’uso delle certificazioni nell’attività provvedimentale: le discipline intersettoriali	191

8	(<i>segue</i>) Discipline incentivanti per l'uso delle certificazioni nel sistema degli appalti	193
9	Gli strumenti economico-volontari di tipo negoziale: gli accordi ambientali tra convenzioni pubblicistiche ed atti unilaterali	198

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*, 1923.
7. SALVI E., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Yerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI E., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI E., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI E., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULLATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI E., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULLIATI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.E., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazional-socialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustiniane*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO E., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESÌ N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadata*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. ALESSANDRO LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008
241. MARIA VACCARELLA, *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008

Finito di stampare nel mese di febbraio 2008
presso Editografica – Rastignano (BO)

