

RIVISTA DELLA
FACOLTÀ DI SCIENZE MOTORIE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ISSN: 1974-4331
VOL. V, FASC. 3-4, SEZ. 1, 2012

JOURNAL OF SPORT SCIENCES AND LAW

ENERGIE RINNOVABILI: RAPPORTI DIRETTI E INDIRECTI E STRUMENTI DI TUTELA*

di Giuseppe Liotta**

Molteplici sono i rapporti giuridici che si intrecciano nel mercato della produzione, della circolazione e della utilizzazione, quindi dello sfruttamento, di quel particolare bene mobile costituito dall'energia naturale. Si tratta, da un lato, di rapporti che intercorrono tra privato e pubblica amministrazione e che sorgono nel momento in cui l'amministrato intende sfruttare determinati luoghi ed impianti al fine di diventare produttore di energia. Si tratta, d'altro lato, di relazioni intercorrenti tra privati, avuto riguardo non solo all'ambito dei rapporti di vicinato - nei casi in cui si disponga di diritti reali in relazione a beni volti alla produzione di energia - ma anche all'ambito dei contratti tra consumatori e produttori che scambiano sul mercato regolato flussi misurabili di energia, a fronte di corrispettivi in denaro quantificati sulla base di tariffe predeterminate. Si tratta, infine, di rapporti tra privati e pubbliche autorità che hanno il compito di regolare il mercato dell'energia. Al riguardo, tuttavia, occorre preliminarmente sottolineare che la rilevanza e la forza degli interessi presenti, caso per caso, nei relativi mercati è notevolmente condizionata dalla circostanza che il regime giuridico dell'energia muta, adattandosi al variare della natura che di volta in volta assume tale bene multiforme; in altri termini, ciò che conta è il variare del tipo di energia e dell'uso che della stessa può essere fatto, nonché degli interessi sottesi alla sua regolazione da parte dell'ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla differenza tra energia elettrica, energia nucleare, energia termica, energia elettromagnetica, energia cinetica, o ancora energia umana o animale. Analogamente, poi, le diverse fonti e i differenti modi di produzione dell'energia influiscono sulla disciplina e sulle potenzialità di uso, di scambio e di appropriazione di tale bene. Non a caso è stato rilevato, con riferimento alle energie alternative¹, che “la regolamentazione

* Il contributo riprende, ampliandone i contenuti, la Relazione tenuta al Convegno su “*Il Governo dell'Energia dopo Fukushima*”, che si è svolto a Napoli nei giorni 7-8 giugno 2012, i cui Atti sono in corso di pubblicazione. La pubblicazione si inserisce nell'ambito del Progetto PRIN “Energie rinnovabili: strumenti di tutela e responsabilità civile”, relativo all'anno 2009.

** Professore Ordinario di Diritto Privato nell'Università degli studi di Palermo.

¹ Energia alternativa è definita nella normativa italiana quella “proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, aerotermica, geotermica, idrottermica e oceanica, idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati da processi di depurazione e biogas” (art. 2, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28).

SEZIONE I

di tali fonti energetiche assurge ormai al rango di vera e propria disciplina a se stante, dotata di principi e regole proprie”².

Ad ogni modo, si discute intorno alle condizioni che fanno sì che l’energia naturale possa considerarsi un bene ed alla conseguente qualificazione delle energie alternative quali, per l’appunto, beni sia pur parzialmente diversi da quelli tradizionali.

Del resto, le energie alternative, come, in particolare, l’energia prodotta dal sole ovvero quella prodotta dal vento, rappresentano un ambito significativo di verifica in ordine all’opportunità dell’abbandono dell’insegnamento tradizionale secondo cui la luce del sole, così come il vento, apparterebbero alle *res communes omnium* e, come tali, non andrebbero sussunte entro la nozione di bene giuridico³.

Questa impostazione è stata fortemente contrastata dalla dottrina più sensibile, che ha opportunamente osservato come risorse naturali tradizionalmente ritenute *communes omnium* possano formare oggetto di diritti stante la loro idoneità a realizzare interessi che l’ordinamento giuridico riconosce meritevoli di tutela⁴. In questa prospettiva, anche le risorse naturali possono formare oggetto di diritti laddove esse siano sfruttabili mediante l’impiego di particolari accorgimenti tecnici. La natura di bene, in sintesi, non dipende da una qualità intrinseca della *res*, bensì dalla sua idoneità a costituire oggetto di appropriazione mediante l’attività dell’uomo⁵. Il rilievo dell’attività umana, che imprime alle cose una particolare destinazione funzionale sì da renderle beni in senso giuridico, si coglie con la sua massima evidenza nell’ambito che ci riguarda là dove, infatti, l’interesse meritevole di tutela si correla non soltanto al semplice godimento del bene, bensì anche allo sfruttamento di esso in vista della produzione di altri beni.

Ove si parla di diritto dell’energia, occorre, dunque, considerare che, come si è già accennato, molteplici sono i beni e dunque i rapporti giuridici coinvolti nella produzione del bene finale. Si ponga mente, in tal senso, alla fonte dell’energia, ovvero al bene esistente in natura: carbone, acciaio, biomassa, sole, vento, acqua, che contribuiscono alla produzione di energia che può essere limitata o illimitata.

Si pensi all’impianto, mezzo attraverso il quale l’uomo separa l’energia dalla cosa che ne costituisce la fonte di produzione; si pensi al luogo di

² N. DURANTE, *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in www.giustiziamministrativa.it.

³ Nella categoria delle *res communes omnium* la dottrina comprende le cose presenti in natura in misura largamente superiore ai bisogni degli uomini e che si caratterizzano, pertanto, per la loro generale disponibilità e fruibilità; v. DE MARTINO, *Beni in generale*, in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Libro III, Della Proprietà, artt. 810-956*, Bologna – Roma, 1976, 2 ss.

⁴ Cfr. M. COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 7, *La proprietà*, I, Milano, 1982, p. 5 ss.

⁵ M. COSTANTINO, *op. cit.*, p. 7, ove si dice che “è l’attività umana che attribuisce alle cose l’attitudine a formare oggetto di diritti”.

produzione, che può mutare la propria destinazione in funzione del suo particolare uso; si pensi ancora all'energia, bene oggetto di consumo finale, normativamente definito come "prodotto" dall'art. 115 del codice di consumo⁶, ed infine ad un particolare luogo virtuale, la rete, in cui viaggiano i flussi di energia, luogo nel quale detti flussi sono misurati, distribuiti agli utenti, scambiati e che, dal punto di vista economico, viene considerata un monopolio naturale⁷, pur con l'avvertenza di riferire tale specificazione alla sola attività di distribuzione e non anche a quella di produzione di energia⁸.

Tutti questi beni possono, sotto vari profili, divenire oggetto di diritti ed interessi tra loro differenti; essi vengono, tuttavia, in considerazione non già come "porzioni della realtà materiale", ma come "possibili oggetti di rapporti giuridici"⁹. Acquista positivo rilievo, pertanto, come sopra detto, la disciplina dell'attività umana che si riconnette e si rapporta al bene; tale attività potrà, ad esempio, essere qualificata come pericolosa o meno, in relazione agli impianti utilizzati; il che, peraltro, comporta un regime differente della responsabilità, dal momento che l'art. 2050 del codice civile parla di attività pericolose introducendo un'inversione dell'onere della prova, ma, come rilevato da una parte della dottrina, in pratica applica regole di responsabilità oggettiva stante l'impossibilità per il convenuto di raggiungere la prova a suo discarico¹⁰. L'attività potrà poi essere esercitata da soggetti pubblici o privati e venire regolata dal legislatore attraverso modalità che tengano conto di volta in volta della diversa rilevanza socio-economica dei rapporti giuridici e delle caratteristiche soggettive dei contraenti, con riferimento ai rapporti tra produttori e consumatori, tra piccoli e grandi produttori e tra consumatori.

Se è vero che il diritto prende in considerazione l'attività dell'uomo, piuttosto che il bene, è anche vero, tuttavia, che, come si è già precisato, detta attività tende a mutare proprio in relazione ai beni che ne formano oggetto. Rispetto alle fonti tradizionali di produzione di energia, le nuove fonti di energia

⁶ L'art. 2, 2° co., del D.P.R. n. 224/1988 (oggi art. 115 cod. cons.) ha esteso la responsabilità del produttore anche al produttore di energia elettrica.

⁷ Si definisce monopolio naturale la situazione in cui risulta tecnicamente più efficiente, ossia a più basso costo medio totale, che la produzione di un bene o servizio, necessaria a soddisfare la domanda di mercato, venga effettuata da un'unica impresa piuttosto che suddivisa fra più imprese con la medesima tecnologia del monopolista. L'espressione monopolio naturale è stata per la prima volta impiegata da J.S. MILL, *Principles of political economy, with some of their applications to social philosophy*, London, 1848.

⁸ Nel settore elettrico la rete di trasmissione e distribuzione può dirsi, infatti, monopolio naturale, mentre analoga definizione non può darsi per la fase di generazione di energia, posto che soltanto una parte della produzione avviene in condizioni di monopolio naturale.

⁹ R. PARDOLESI, *Le energie*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *supra cit.*, p. 28.

¹⁰ In questo senso, v. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 278, per il quale "non una delle sentenze pubblicate, riconosciuta l'applicabilità dell'art. 2050, ha assolto il convenuto ritenendo raggiunta la prova liberatoria che fossero state adottate tutte le misure idonee a evitare il danno".

SEZIONE I

alternativa sembrano, infatti, porre in apparenza problemi di appropriazione del tutto differenti, per cui occorre valutare se tale condizione, nel regime delle fonti di produzione, comporti una diversità anche nel regime dei rapporti giuridici che coinvolgono il bene finale.

Quanto alle fonti tradizionali di energia elettrica, come il carbone, il gas naturale del sottosuolo e le acque, per quel che concerne l'energia idraulica o maremotrice, è agevole osservare come fino ad un recente passato lo Stato ne fosse il maggiore se non l'unico detentore. Basti pensare, da un lato, all'esistenza di un vero e proprio monopolio legale che fino agli anni '90 reggeva la produzione e la distribuzione dell'energia elettrica da parte dell'ente pubblico ENEL, e, dall'altro, alla circostanza che il potere pubblico, per ragioni economiche, era anche il principale detentore delle fonti di produzione di energia, nonché il maggiore trasformatore delle stesse. E' noto che appartengono al demanio gran parte delle fonti di energia naturale (fiumi, torrenti, laghi, le acque definite pubbliche, le miniere in casi particolari).

Anche oggi, nonostante il processo di privatizzazione e di liberalizzazione, che ha riguardato l'energia elettrica sin dall'adozione del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (decreto Bersani), sul quale appresso si dirà, il potere pubblico continua a gestire il mercato attraverso un regime di concessione e propri regolatori (ad esempio, l'Autorità garante per l'energia elettrica ed il gas). Inoltre, le fonti tradizionali di produzione di energia, in quanto beni limitati suscettibili di esaurimento, hanno la caratteristica di comportare necessariamente l'esclusione di gran parte dei soggetti dal loro godimento; con la conseguenza che la complessità dei processi di produzione e l'elevato costo di gestione degli impianti idonei a produrre energia elettrica attraverso le fonti tradizionali hanno contribuito ad ostacolare il processo di liberalizzazione del mercato dell'energia non soltanto nella fase della trasmissione e della distribuzione, ma anche in quelle della produzione e della vendita.

Ciò può essere confermato da una breve analisi dell'evoluzione normativa che ha interessato il mercato dell'energia elettrica in Italia. Un primo passo verso la libertà del mercato dell'energia è stato compiuto nel nostro Paese con l'adozione del citato decreto Bersani, con cui il legislatore ha statuito che le attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica sono libere nel rispetto degli obblighi di servizio pubblico contenuti nelle disposizioni del decreto.

Nasceva, così, tra l'altro, la figura dell'autoproduttore di energia, definita all'art. 2 del decreto Bersani, come la "persona fisica o giuridica che produce energia elettrica e la utilizza in misura non inferiore al 70% annuo per uso proprio, ovvero per uso delle società controllate, della società controllante e delle società controllate dalla medesima controllante, nonché per uso dei soci delle società cooperative di produzione e distribuzione dell'energia elettrica (...) degli appartenenti ai consorzi o società consortili costituiti per la produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili e per gli usi di fornitura autorizzati nei

siti industriali anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto”.

Attraverso tale processo di graduale liberalizzazione del mercato dell'energia si realizzava una vera e propria frantumazione di quella che in passato era un'attività esercitata da un'unica impresa pubblica verticalmente integrata, con un conseguente aumento del numero dei soggetti che così avrebbero potuto partecipare all'attività produttiva e di scambio¹¹.

A differenza del processo di liberalizzazione della produzione di energia, realizzato, almeno formalmente, come si è detto, dal citato decreto Bersani, quello di liberalizzazione della vendita si è completato attraverso passaggi graduali dopo l'avvio iniziale dettato dallo stesso decreto Bersani, là dove si prevedeva la distinzione tra clienti “idonei” e “non idonei” alla contrattazione sul libero mercato¹². Soltanto nel 2007, con il decreto legge n. 73, recante “Misure urgenti per l'attuazione di disposizioni comunitarie in materia di liberalizzazione dei mercati dell'energia”, il legislatore ha riconosciuto ai clienti finali domestici il “diritto di recedere dal preesistente contratto di fornitura di energia elettrica come clienti vincolati, secondo modalità stabilite dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, e di scegliere un fornitore diverso dal proprio distributore”. Di conseguenza, è progressivamente aumentata la libertà di contrattazione all'interno del mercato dell'energia, sia nella fase iniziale che in quella finale, ma pur sempre nel rispetto di forme e procedure regolate da autorità indipendenti cui è assegnata la funzione di assicurare che l'esercizio dell'autonomia privata si svolga nel rispetto delle esigenze del mercato. Al riguardo, come esattamente è stato osservato, “tutte le normative di liberalizzazione dei diversi mercati dei servizi pubblici contengono una serie di misure volte ad introdurre e promuovere una concorrenza effettiva tra gli operatori”¹³; in altri termini liberalizzazione non equivale a libertà, dato che l'autonomia privata viene pur sempre regolata dall'ordinamento al fine di indirizzarla al perseguimento delle superiori esigenze del mercato.

¹¹ Cfr. C. SOLINAS, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Forme e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 6, p. 1377, la quale rileva che “se in passato il servizio di fornitura di elettricità richiedeva la semplice stipulazione del contratto di somministrazione con l'ENEL, oggi è necessario che il cliente stipuli, insieme al contratto di vendita, anche quello di trasporto, di distribuzione e di dispacciamento. Insomma, per ognuna delle quattro fasi (generazione, trasmissione, distribuzione, vendita) oggi si contano tanti tipi contrattuali e altrettante discipline delle contrattazioni”.

¹² V. art. 2, commi 6 e 7, d.lgs. n. 79/99 cit., ove è detto il cliente idoneo, che opera dunque nel mercato libero, è “la persona fisica o giuridica che ha la capacità di stipulare contratti di fornitura con qualsiasi produttore, distributore o grossista, sia in Italia che all'estero”, mentre il cliente vincolato, che opera nel mercato cosiddetto, è “il cliente finale che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell'area territoriale dove è localizzata l'utenza”. Va osservato, peraltro, che il cliente vincolato è legittimato a stipulare tali contratti solo per l'acquisto di energia per uso proprio, non quindi per fini di ricollocazione della stessa energia sul mercato.

¹³ E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale nei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, p. 9.

SEZIONE I

La funzione di regolazione, demandata alle autorità indipendenti, si riscontra anche con riferimento al mercato delle nuove fonti di energia alternativa. Infatti, le energie alternative, seppur prodotte da fonti di libero uso, sono sottoposte ad un regime regolatorio particolarmente invasivo; tale assunto non risulta smentito dal rilievo che esistono impianti isolati di piccole dimensioni o *stand alone*, posto che colui che intenda entrare nel mercato dell'energia deve soggiacere alle sue specifiche regole. Vero è, d'altra parte, che nel mercato delle energie rinnovabili il numero degli autoproduttori è cresciuto in misura notevolmente superiore rispetto a quanto accaduto nel mercato delle energie tradizionali. Infatti, con riguardo alle fonti tradizionali di energia, l'alto costo e la gravità dei rischi correlati all'attività di produzione e distribuzione, in uno con la necessità di assicurare adeguata protezione ai consumatori nel mercato regolato, hanno determinato il contenimento del numero dei piccoli autoproduttori di energia elettrica, facendo sì che le attività di produzione e di vendita continuassero ad essere riservate alle grandi imprese.

Al contrario, per quel che concerne le fonti energetiche alternative, quali in particolare quella solare o eolica, la facilità di approvvigionamento ha assicurato quella che in economia è definita, con riferimento ai cosiddetti *public goods*, "non escludibilità", ossia l'impossibilità di escludere e di essere esclusi dal godimento di un bene per effetto di meccanismi di selezione all'accesso¹⁴. Ciò ha determinato che l'attività di produzione di energie alternative sia stata riferita largamente anche ai piccoli autoproduttori, con l'obiettivo di soddisfare il proprio fabbisogno energetico e negoziare l'eccedenza.

Come sopra detto, tuttavia, anche l'autoproduttore di energie rinnovabili dovrà soggiacere alle prescrizioni delle Autorità con poteri di regolazione (Autorità garante per l'energia elettrica ed il gas - AEEG, Gestore dei servizi elettrici - GSE¹⁵, Gestore dei mercati energetici - GME¹⁶), dovendo persino

¹⁴ Cfr. F.A. CANCELLA, *Servizi del Welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Milano, 2009, p. 132, per il quale beni pubblici puri debbono intendersi taluni beni utili per l'intera collettività ed aventi due caratteristiche, ossia la non rivalità e la non escludibilità nel consumo, che non ne rendono vantaggiosa la produzione da parte di un privato. Infatti, da un lato, il godimento del bene da parte di un ulteriore individuo non costa nulla e non impedisce che un altro individuo fruisca contestualmente del medesimo bene (carattere della non rivalità); dall'altro, è difficile o addirittura impossibile escludere taluno dal godimento del bene attraverso meccanismi di selezione nell'accesso (carattere della non escludibilità).

¹⁵ Il Gestore dei servizi energetici, fu istituito, con il nome di gestore della rete di trasmissione nazionale (GRTN) dal d. lgs. n. 79 del 1999 (decreto Bersani). L'articolo 3 stabiliva che "il gestore della rete di trasmissione nazionale, di seguito "gestore", esercita le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, ivi compresa la gestione unificata della rete di trasmissione nazionale. Il gestore ha l'obbligo di connettere alla rete di trasmissione nazionale tutti i soggetti che ne facciano richiesta, senza compromettere la continuità del servizio e purché siano rispettate le regole tecniche di cui al comma 6 del presente articolo e le condizioni tecnico economiche di accesso e di interconnessione fissate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas. L'eventuale rifiuto di accesso alla rete deve essere debitamente motivato dal gestore. Il gestore della rete di trasmissione nazionale fornisce ai soggetti responsabili della gestione di ogni altra rete dell'Unione europea interconnessa con la rete di trasmissione nazionale informazioni sufficienti per garantire il

scegliere, sulla base di regole dettate dalle stesse Autorità, il regime contrattuale cui aderire al fine di disporre sul mercato dell'energia prodotta. Ad esempio, sarà possibile che egli ceda la propria energia ad un prezzo amministrato, attraverso il meccanismo di compensazione del cosiddetto contratto di scambio sul posto (Del. AEEG n. 74/08), servizio erogato dal GSE su istanza degli interessati; in questo modo si consente all'utente, che abbia la titolarità e la disponibilità di un impianto, di compensare il valore del flusso misurabile di energia elettrica prodotta ed immessa nella rete e quello dell'energia elettrica prelevata e consumata in un periodo differente da quello in cui avviene la produzione (per esempio di notte); ovvero, sarà possibile vendere l'energia prodotta alla rete, sempre ad un prezzo amministrato, ricorrendo al cosiddetto ritiro dedicato, che consiste nella cessione al GSE – con la conseguente remunerazione – dell'energia elettrica immessa in rete e dei relativi corrispettivi per l'utilizzo della rete (dispacciamento, trasporto) a condizioni definite dalla AEEG.

Il produttore potrà, infine, decidere di vendere l'energia prodotta sul libero mercato stipulando contratti bilaterali, attraverso cui l'energia elettrica è direttamente venduta in borsa, previa iscrizione al mercato dell'energia elettrica¹⁷.

La circostanza che una determinata attività divenga sempre più libera, sia perché ne è stato progressivamente liberalizzato il mercato, com'è avvenuto per l'energia elettrica, sia perché sempre più libere sono divenute le modalità di accesso, come si è verificato per le nuove fonti di energia alternativa, comporta il sorgere di rapporti nonché di conflitti che l'ordinamento giuridico è chiamato continuamente a regolare e a comporre.

Il soggetto responsabile dell'impianto, definito dal D.M. 19 febbraio 2007 come colui che “è responsabile dell'esercizio dell'impianto e che ha diritto, nel rispetto delle disposizioni del decreto, a richiedere ed ottenere le tariffe incentivanti”, è inserito in molteplici rapporti, a monte e a valle. A monte, egli

funzionamento sicuro ed efficiente, lo sviluppo coordinato e l'interoperabilità delle reti interconnesse”.

¹⁶ Si tratta di una società per azioni costituita dal GSE alla quale è affidata la gestione economica del mercato elettrico (borsa elettrica) secondo criteri di trasparenza e obbiettività, al fine di promuovere la concorrenza tra i produttori assicurando la disponibilità di un adeguato livello di riserva di potenza. Precedentemente nota come Gestore del Mercato Elettrico, ha modificato la propria denominazione sociale in data 19 novembre 2009. In particolare il GME gestisce il Mercato del Giorno Prima dell'energia (MGP), il Mercato Infragiornaliero (MI), il Mercato dei Servizi di Dispacciamento (MSD) e il Mercato a Termine Elettrico (MTE). Il GME inoltre gestisce i Mercati per l'Ambiente (Mercato dei Certificati Verdi, Mercato dei Titoli di Efficienza Energetica, Mercato delle Unità di Emissione) ed ha assunto la gestione della piattaforma P-GAS, che ha come finalità principale quella di consentire agli operatori l'adempimento dell'obbligo di offerta sul mercato regolamentato di una quota delle importazioni di gas prodotto in paesi non europei, di cui all'articolo 11, comma 2, della legge 2 aprile 2007, n. 4.

¹⁷ I soggetti responsabili degli impianti, per essere ammessi al mercato elettrico gestito dal gestore GME, devono presentare una domanda di ammissione, sottoscrivere un contratto di adesione redatto secondo modelli definiti dalla disciplina del mercato elettrico, nonché impegnarsi a pagare un corrispettivo di accesso, un fisso annuo e un corrispettivo per ogni megawatt/ora scambiato.

SEZIONE I

deve intrattenere relazioni con i soggetti che stabiliscono le regole da seguire nello svolgimento dell'attività e ne controllano il rispetto (si pensi appunto ai rapporti diretti con le autorità regolatrici o con gli enti pubblici che rilasciano le autorizzazioni necessarie alla realizzazione degli impianti e che ne controllano il funzionamento); a valle, stanno tutti coloro che, indirettamente, abbiano un interesse qualificato a che la gestione ed il funzionamento dell'impianto avvengano in conformità alle prescritte autorizzazioni e, conseguentemente, nel rispetto dei loro diritti (si pensi, al riguardo, ai soggetti che hanno subito un'espropriazione al fine di consentire la costruzione di un impianto sulla loro proprietà, ovvero a quelli che abbiano ceduto volontariamente la disponibilità di un luogo per la sua realizzazione, ovvero ancora a coloro che abbiano la disponibilità di luoghi confinanti con quello su cui sorge l'impianto). Tutti costoro, oltre ad avere interesse a non vedere invasa la propria sfera giuridica privata, possono indirettamente controllare che l'attività privata di gestione di impianti energetici, la quale è diretta ad assicurare anche una finalità di interesse pubblico, sia esercitata in conformità a tale finalità, atteso che "la presenza di forme di controllo pubblico su una attività economica non comporta l'inammissibilità di forme di controllo sociale da parte dei privati interessati"¹⁸. In altri termini, anche i soggetti privati che non siano stati parte del rapporto diretto con la p.a. possono disporre di strumenti volti a far sì che, indirettamente, il privato, che eserciti l'attività di produzione di energia, operi non soltanto in maniera conforme alle disposizioni di tipo pubblicistico, ma anche alle norme che regolano i rapporti interprivati in materia di proprietà e/o di responsabilità.

Con riguardo specifico ai rapporti diretti, ovvero, come sopra detto, quelli coinvolgenti, da un lato, il privato interessato a realizzare un impianto di produzione di energia e ad esercitare la relativa attività, dall'altro, l'ente pubblico deputato al rilascio delle eventuali autorizzazioni, vengono in rilievo le disposizioni contenute nel d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, recante "Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità".

In particolare, ai sensi dell'art. 12, 3° comma, del citato d.lgs. n. 387/2003, "la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla Regione o dalle Province delegate, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico artistico e che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico".

Il richiamato procedimento autorizzatorio riguarda soltanto impianti che superino specifiche dimensioni (individuato nell'allegato al decreto stesso),

¹⁸ M. COSTANTINO, *L'ipotesi*, in AA.VV., *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti privati*, Milano, 1978, p. 6

mentre quelli di dimensioni minori sono soggetti semplicemente ad una procedura di denuncia di inizio di attività, se non addirittura a mera comunicazione, trattandosi di attività edilizia libera.

Tale disciplina è stata sostanzialmente ripresa dal decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 (Attuazione delle direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE) con cui è stato confermato il procedimento relativo all'autorizzazione unica per i grandi impianti, facendo, però, venir meno, per i piccoli impianti la dichiarazione di inizio di attività, ora sostituita dalla cosiddetta procedura abilitativa semplificata¹⁹.

L'attività di produzione di energia elettrica è, dunque, attualmente un'attività economica non riservata agli enti pubblici né tantomeno soggetta ad alcun regime di privativa; ne deriva che per essa non possono essere indette procedure pubblicistiche di natura concessoria e che l'autorizzazione non possa prevedere, né essere subordinata, a compensi di alcun genere, né a misure di compensazione in favore di Regioni o Province e debba contenere l'obbligo, a carico dell'esercente, di rimessa in pristino dello stato dei luoghi all'esito di dismissione. L'autorizzazione può, tuttavia, contenere misure di compensazione ambientale, nel senso che il pregiudizio subito dall'ambiente a causa dell'impatto prodotto dall'impianto oggetto di autorizzazione sia compensato con l'impegno dell'operatore economico proponente ad una riduzione delle emissioni inquinanti; in altri termini, il privato si fa carico di rimediare agli impatti negativi sull'ambiente derivanti dalla sua attività di produzione, impegnandosi a produrre in maniera sempre più pulita.

Gli unici obblighi, dunque, che sorgono a carico del privato nei confronti dell'ente che rilascia l'autorizzazione sono quelli volti ad assicurare la rimessa in pristino dello stato dei luoghi a seguito di dismissione, o, eventualmente, a tutelare il più possibile l'ambiente. Il vantaggio che l'ente pubblico realizza è così insito nella stessa realizzazione di un impianto che produrrà energia pulita.

Di contro, non sussiste nessun obbligo economico del privato nei confronti della p.a., contrariamente a quanto avveniva in passato in relazione alle c.d. convenzioni urbanistiche. Ne consegue che l'attività di produzione di energia alternativa, proprio in quanto reputata meritevole di particolare tutela da parte dell'ordinamento, in un eventuale giudizio di contemperamento tra interessi privati, potrebbe essere considerata prevalente rispetto ad altri tipi di attività o rispetto ad altri diritti connessi all'utilizzazione dei beni (diritto al panorama o al paesaggio, etc). Inoltre, dal ritardo nell'adozione del provvedimento di autorizzazione potrebbe sorgere in capo all'amministrazione un obbligo risarcitorio nei confronti del privato che abbia approntato tutti i mezzi necessari per iniziare l'attività di produzione di energia elettrica.

Per quanto riguarda, poi, i rapporti tra privati che nella materia in esame sono idonei a generare conflitti, occorre tenere in considerazione non soltanto gli

¹⁹ V. art. 6 d.lgs. n. 28/2011.

SEZIONE 1

interessi che possono indurre un soggetto a sorvegliare affinché chi abbia ottenuto l'autorizzazione a costruire un impianto rispetti le finalità pubblicistiche sottostanti il provvedimento, ma anche le vicende che possono porre in contrasto titolari di diversi diritti sui beni oggetto del mercato dell'energia rinnovabile.

Si pensi alla possibilità che, alla luce della vigente normativa, il proponente chieda di essere autorizzato a realizzare l'impianto, ad esempio eolico, su un terreno altrui, in vista della sua acquisizione mediante espropriazione (v'è da dire che tale possibilità è esclusa per gli impianti fotovoltaici o biomassa, per i quali è necessario dimostrare la preventiva disponibilità del terreno); inoltre, i proprietari dei terreni vicini all'area in cui è realizzato l'impianto potrebbero avere un interesse giuridicamente tutelato ad impugnare l'autorizzazione unica, attesa la potenziale incidenza negativa che la vicinanza dell'impianto comporta sul valore commerciale dei loro beni; l'interesse ad impugnare si estende ovviamente anche al destinatario dell'atto di espropriazione.

Infine, merita attenta considerazione la questione relativa alle cosiddette immissioni di ombra. Al riguardo, la dottrina, proprio con riferimento a tale tematica, si è posta il quesito se esista nel nostro ordinamento un diritto al sole e, correlativamente, quali possano essere gli esiti di una interferenza con il godimento che l'utilizzatore trae dallo sfruttamento della luce del sole a fini energetici e, dunque, quali possano essere gli strumenti mediante i quali assicurare la fruizione da parte delle apparecchiature solari di un flusso inostruito di luce attraverso i fondi confinanti con quello su cui le stesse sono installate²⁰.

La questione certo non può essere risolta se non tenendo conto degli aspetti sia pubblicistici che privatistici che regolano la materia. È ovvio, infatti, che, ove un soggetto costruisca senza osservare le prescrizioni legali o amministrative del caso, *nulla quaestio* circa l'esistenza di un interesse giuridicamente tutelato alla rimozione delle opere realizzate, nonché all'eventuale risarcimento del danno. D'altro canto, chi edifica nei modi consentiti e nel rispetto delle leggi e dei regolamenti esercita un proprio diritto che ha fonte nel provvedimento amministrativo, ma tale diritto, che contempla la facoltà di realizzazione dell'impianto, non comporta di per sé anche la pretesa al rispetto da parte dei terzi delle condizioni dei luoghi esistenti al tempo dell'installazione.

Tale pretesa rappresenta il contenuto di un diverso diritto, i cui contorni vanno esattamente individuati mediante il richiamo dei principi e degli istituti che l'ordinamento giuridico appresta in materia di diritti reali e di regolamentazione dei rapporti di vicinato.

Preliminarmente va, però, chiarito che l'oggetto del diritto di cui si tratta non va identificato nella fonte dell'energia, bensì nella stessa energia prodotta da tale fonte, così da dissipare ogni dubbio in ordine all'infondatezza sul piano giuridico di pretese dominicali su fonti energetiche, quali il sole o il vento, che pur

²⁰ Per un'approfondita trattazione della materia, v. G. PASCUZZI, *Energia solare e "property rights". La tutela giuridica dell'accesso al sole*, Maggioli, Rimini, 1990; IDEM, *Energia solare e eolica*, in *Dig. Disc. Priv.*, p. 461 ss.

la casistica attesta²¹.

Si tratta di casi nei quali, con indiscutibile dote inventiva, privati affermano di essere titolari di diritti di proprietà sul Sole ed i suoi raggi, in base ad un intervenuto acquisto a titolo originario, che legittimerebbe pertanto la pretesa di pagamento di canoni o di percentuali per l'uso dei raggi solari da parte dei gestori di impianti fotovoltaici²².

Acclarato, dunque, che l'oggetto della pretesa all'inostruita insolazione consiste nell'energia prodotta dal sole, nell'ipotesi di impianti fotovoltaici, occorre verificare in primo luogo se il fondamento di tale pretesa possa rinvenirsi in un acquisto a titolo originario. In proposito, è stato osservato come, date le sue caratteristiche, l'energia solare potrebbe essere considerata una *res nullius*, avente natura di bene mobile, stante il disposto dell'art. 814 c.c. che reputa beni mobili le energie naturali aventi valore economico, con la conseguenza paradossale di ritenere possibile l'acquisto per occupazione²³. Tale soluzione, seppur in astratto si voglia ritenere ipotizzabile, rivela tuttavia la sua inadeguatezza in concreto a tutelare colui che, appropriatosi dei raggi catturati dall'impianto fotovoltaico, pretenda che il bene oggetto di acquisto permanga, in tutta la sua originaria consistenza, nella sua materiale disponibilità.

Invero, la questione in ordine all'esistenza di un diritto al sole, ovvero, come altrimenti detto, di un diritto di accesso al sole, va affrontata partendo dalla considerazione non già della posizione di chi si afferma titolare di tale diritto, bensì di quella dei terzi che possano vantare pretese confliggenti con esso,

²¹ Già in passato la luna era stata fatta oggetto di presunti diritti reali per consentire lo svolgimento di attività spaziali (vi è addirittura un sito internet, www.moonestates.com, nel quale vengono venduti appezzamenti di terreno sulla luna). Cfr., al riguardo, L. MASSACRA, *Chiedete la luna... e vi sarà data*, in <http://www.mediamente.rai.it/docs/approfondimenti/190900.asp>, in cui si narra delle pretese vantate da alcuni privati sui corpi celesti in forza dell'esistenza di un Trattato internazionale (*Outer Space Treaty*) che vieta che gli Stati possano essere proprietari degli stessi corpi celesti. All'art. II si prevede, infatti, che "lo Spazio, inclusa la Luna e gli altri corpi celesti, non è soggetto ad appropriazione nazionale attraverso una dichiarazione di sovranità, né attraverso la sua occupazione, né per mezzo di qualsiasi altro strumento". A detta di coloro che vantano diritti sulla luna, il fatto che il trattato dica "che nessuna nazione può avere la sovranità sulla luna, ma non fa menzione di una proprietà da parte dei singoli individui", legittimerebbe appunto l'acquisto da parte di questi ultimi.

²² La casistica è riportata nel sito <http://paroleverdi.blogosfere.it/2011/06/la-proprietaria-del-sole-ed-i-canoni-di-locazione-sugli-impianti-fotovoltaici.html>. In un caso, Angeles Duràn, una cittadina spagnola, si è fatta autenticare l'atto di proprietà del sole. La bizzarra vicenda è riportata anche nel numero 5/2011 di maggio 2011 di Photon, la più autorevole rivista internazionale del fotovoltaico, pp. 182 - 183. Le argomentazioni addotte dalla Duràn trovano il loro fondamento nel Trattato sullo spazio extra-atmosferico del 1967, citato nella nota precedente, che esclude espressamente che gli Stati Nazionali possano vantare diritti di proprietà sui corpi celesti.

²³ V. G. PASCUZZI, *Energia solare e "property rights". La tutela giuridica dell'accesso al sole*, cit., p. 109, per il quale "l'ipotesi prospettata è sotto molti profili paradossale e ne è persino dubbia la percorribilità teorica: basti pensare che la dottrina nega che siano acquistabili per occupazione i fluidi nel loro scorrere, che non si presentano come possibile oggetto di un'adprehensio che duri al di là del momento del loro passaggio".

SEZIONE I

spostando, dunque, l'attenzione dal piano sostanziale a quello rimediabile. In questa direzione va osservato che l'interprete, chiamato a decidere quale, tra contrapposti interessi, debba ritenersi prevalente, deve accordare tutela a quei comportamenti ed attività che siano maggiormente funzionali ai fini che si prefigge l'ordinamento²⁴. Si consideri, in proposito, che gli impianti volti alla produzione di energia alternativa possono funzionare soltanto attraverso la trasformazione dei raggi solari, con la conseguenza che lo sfruttamento del bene comune a tutti si rivela essenziale al fine dello svolgimento di una attività considerata particolarmente meritevole da parte dell'ordinamento giuridico. L'attività del responsabile dell'impianto, infatti, è funzionale alla produzione di energia alternativa, attività questa promossa e sostenuta dall'ordinamento giuridico. Così ulteriormente opinando, non può dubitarsi che l'applicazione delle norme in materia di rapporti proprietari debba tener conto dell'utilità sociale di una determinata attività, con l'effetto, in conclusione, che, nell'operazione di contemperamento tra esigenze della produzione e ragioni della proprietà, l'attività del produttore di energia pulita dovrà ritenersi prevalente rispetto all'attività del proprietario, quale che sia l'appiglio normativo sostanziale del riconosciuto diritto di accesso al sole.

Tale appiglio normativo potrà rinvenirsi nella disciplina in materia di immissioni o di atti emulativi, ricorrendone le condizioni²⁵; ovvero il diritto al

²⁴ In tal senso, cfr. D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958, p. 734 ss.

²⁵ La disciplina delle immissioni è stata oggetto di particolare attenzione in dottrina con riguardo alla possibilità di un suo impiego per tutelare l'ambiente o la salute (si pensi, ad esempio, alle immissioni di onde elettromagnetiche generate dagli apparecchi ripetitori impiegati per la telefonia cellulare). In argomento v., tra gli altri. G. VISINTINI, *Immissioni (diritto civile)*, *Novissimo Digesto, Appendice III*, Torino, 1982, 1218 ss.; IDEM, *Il diritto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 249 ss.; R. FUZIO, *La tutela della proprietà o dell'ambiente?*, in *Giur. di merito*, 1985, p. 1041 ss.. In generale sulla disciplina delle immissioni, v. R. PARDOLESI, *Azione reale e azione di danni nell'art. 844 cod. civ. – Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto tra usi incompatibili delle proprietà vicine*, in *Foro it.*, 1977, I, 1144 ss.; IDEM, *Circolazione del fondo soggetto ad "immissioni industriali" e diritto all'indennizzo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 406 ss.; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, p. 197 ss. Con riguardo specifico al tema delle immissioni di ombra v. in dottrina G. PASCUZZI, *op. ult. cit.*, p. 117 ss., nel quale si richiama Cass. 9 marzo 1988, n. 2366, secondo cui la minore insolazione e le correnti d'aria sfavorevoli, dipendenti dalla costruzione di un viadotto autostradale a ridosso della proprietà di parte attrice, non costituiscono immissioni, stante l'assenza della propagazione di elementi materiali. Con riguardo all'elemento della materialità, che costituisce secondo la comune opinione uno dei tre requisiti che un'immissione deve presentare per legittimare la tutela accordata dall'art. 844 c.c. anche al di fuori delle ipotesi ivi specificamente contemplate, va rilevato come parte della dottrina sia favorevole ad ammettere che l'ombra presenti tale carattere, poiché è idonea a pregiudicare il funzionamento dei pannelli solari ed inoltre è percepibile dai sensi dell'uomo. Cfr. G. PASCUZZI, *op. ult. cit.*, p. 120, nt. 33. In giurisprudenza, si veda anche Cassazione 30 marzo 1989, n. 1561, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 3, che, in un caso concernente la domanda intentata dal proprietario di una terrazza avverso il proprietario dell'immobile prospiciente su tale terrazza, al fine di impedire lo sgocciolio di acqua e

sole, secondo quanto affermato da una parte della dottrina, potrebbe venir garantito mediante il riconoscimento a carico dei fondi limitrofi a quello sul quale insiste l'impianto fotovoltaico di una servitù atipica di fonte contrattuale, definita servitù di accesso al sole²⁶. Tale servitù, che ha contenuto negativo, impone a carico del fondo servente limitazioni alle attività di edificazione di manufatti e di messa a dimora di vegetazione, che possano interferire con il funzionamento delle apparecchiature solari. Non si tratta di un assoluto divieto di costruzione (che è contemplato dalla servitù di non edificare), né di un divieto di costruire oltre una determinata altezza (che configura il contenuto della servitù di *altius non tollendi*), bensì, come sopra detto, del divieto di ostruire l'insolazione del fondo dominante, mediante costruzioni o piantagioni, così da assicurare il corretto svolgimento dell'attività di produzione di energia solare.

La configurazione del diritto di accesso al sole secondo lo schema della servitù si espone alla considerazione critica che il vantaggio perseguito con la servitù stessa non si indirizzerebbe al fondo, bensì all'impianto di produzione di energia, la cui natura giuridica, mobiliare o immobiliare, è fortemente controversa. L'incertezza in ordine alla qualificazione della natura giuridica degli impianti di produzione di energia e, in particolare, degli impianti fotovoltaici, dipende già dall'identificazione dal punto di vista tecnico degli impianti stessi, giacché una diversa configurazione della struttura tecnica dell'impianto ovvero delle sue modalità di funzionamento può ripercuotersi sulla qualificazione della sua natura giuridica²⁷. L'incertezza dipende anche dalla difficoltà cui va incontro l'interprete nell'applicazione dell'art. 812 c.c., che, come è noto, detta la definizione di bene immobile, con riguardo in particolare a quei beni che non sono ontologicamente e irreversibilmente immobili per effetto della fenomenologia naturale, bensì ne acquistano la qualità in ragione dell'unione o incorporazione al suolo, dipendente da fatto naturale o dall'opera dell'uomo. Da una parte della dottrina, per riconoscere la natura di bene immobile, si pone in rilievo l'elemento oggettivo rappresentato dalla permanente connessione al suolo; da altra parte della dottrina, si insiste, invece, sull'elemento soggettivo rappresentato dalla volontà di collegamento del bene mobile con il suolo, che è funzionale all'utilizzazione del bene stesso in modo permanente, o almeno duraturo²⁸. Lo scontro tra le suestipite

l'ombra causati da uno stenditoio, implicitamente ammette la configurabilità di immissioni di ombra, sebbene, in riforma delle sentenze di primo e secondo grado, riqualifichi l'azione alla stregua non già dell'art. 844 c.c., bensì dell'art. 949 c.c. quale *actio negatoria servitutis*.

²⁶ V. G. PASCUZZI, *op. ult. cit.*, p. 125 ss.

²⁷ Cfr. L. SANTORO, *Impianti di produzione di energie rinnovabili. Rivisitazione di categorie civilistiche*, Relazione tenuta al Convegno su "Il Governo dell'Energia dopo Fukushima", che si è svolto a Napoli nei giorni 7-8 giugno 2012, i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

²⁸ Si parla di 'funzionalità della connessione' o di 'inscindibilità funzionale' per sottolineare che l' 'immobilizzazione' del bene si correla non tanto alla consistenza del bene stesso, quanto alla sua funzionalità, nel senso che la separazione del bene mobile dal bene immobile determinerebbe la perdita della sua individualità, ovvero una alterazione della sua funzionalità, ovvero anche la necessità di antieconomici interventi di adattamento per la sua riutilizzazione. Cfr. L. SANTORO, *op. cit.*, e dottrina ivi richiamata.

SEZIONE I

tesi, con riguardo in particolare agli impianti energetici, ha significative ricadute sul piano economico, ove si consideri, ai fini del calcolo della rendita catastale, il differente classamento di un edificio industriale risultante dal computo del solo reddito fondiario, ovvero anche delle sue componenti, quali caldaie, turbine, ciminiere, dighe, linee elettriche, aero-generatori, etc. Ad oggi, non può dirsi raggiunta una soluzione univoca, come è attestato dai recenti interventi dell’Agenzia delle Entrate che, con specifico riguardo agli impianti fotovoltaici, si è dapprima espressa nel senso che essi debbano farsi rientrare nella categoria dei beni mobili, e, dopo meno di un anno, ne ha invece indirettamente riconosciuta la natura immobiliare²⁹.

La soluzione nel senso della prevalenza delle ragioni del produttore di energia, che va ricercata sul piano rimediale della tutela in giudizio, piuttosto che sul piano sostanziale della identificazione del diritto, trova un significativo avallo nel confronto, in prospettiva comparatistica, con il diritto dell’energie rinnovabili nel sistema nord-americano. L’elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in ordine alla problematica del conflitto tra le ragioni del produttore di energie alternative e, nella specie di energia solare ed eolica, le ragioni dei proprietari dei fondi vicini ha raggiunto in tale sistema un livello di approfondimento ben più maturo di quanto sia avvenuto invece nel nostro ordinamento; le espressioni *solar rights* ovvero *wind rights* sono entrate, infatti, nel linguaggio corrente a sancire il riconoscimento del diritto di sfruttamento dell’energia prodotta dal sole o dal vento in capo ai titolari a vario titolo degli impianti fotovoltaici o eolici³⁰. Dibattuta è invece la questione relativa all’identificazione degli strumenti idonei ad assicurare l’esercizio di tale diritto, in assenza di una regolamentazione a carattere legislativo, di fonte statale, ovvero a carattere amministrativo, di fonte municipale, che disciplini espressamente i *solar rights* ovvero i *wind rights*³¹. La

²⁹ V. Circolare 38/E del 23 giugno 2010 e Circolare 12/E dell’11 marzo 2011.

³⁰ In argomento, v., tra i contributi più recenti, T. A. RULE, *Renewable energy and the neighbors*, in *Utah Law Review*, 2010, p. 1223 ss.; IDEM, *A Downwind View of the Cathedral: Using Rule Four to Allocate Wind Rights*, in *San Diego Law Review*, 2009, 46, p. 207 ss.; IDEM, *Airspace in a Green Economy*, in *UCLA Law Review*, 2011-2012, 59, p. 271 ss.; T. BARIA, *Small Wind Energy Resource Rights*, in *DePaul Law Review*, 2009-2010, 59, p. 169 ss.; A. B. KLASS, *Property Rights on the New Frontier: Climate Change, Natural Resource Development, and Renewable Energy*, in *Ecology Law Quarterly* 2011, 38, p. 63 ss.; S. F. STROMBERG, *Has the Sun Set on Solar Rights? Examining the Practicality of the Solar Rights Acts*, in *Natural Resources Journal*, 2010, 50, p. 211 ss.; S. C. BRONIN, *Solar Rights*, in *Boston University Law Review*, 2009, 89, p. 1217 ss.

³¹ La disciplina legislativa americana di fonte statale regola la materia dei *solar rights* in diverse forme. Vi sono Stati, ad esempio, che vietano accordi di qualsivoglia natura diretti a limitare o escludere l’uso degli impianti fotovoltaici; altri che promuovono l’adozione di piani regolatori che prevedano l’installazione di impianti di produzione di energie rinnovabili; altri ancora che riconoscono espressamente la figura dei *solar rights*, o altrimenti denominati *solar easements*, aventi natura di diritto reale, opponibile ai terzi acquirenti. Una delle legislazioni più complete è quella dello Stato della California, che si compone del *Solar Rights Act* e del *Solar Shade Control Act*, i quali assicurano protezione a chi intende installare un impianto fotovoltaico garantendo il diritto all’inostruita insolazione dell’impianto nei confronti dei proprietari vicini. Un’approfondita

dottrina prevalente, in proposito, risolve la questione sopra detta applicando le *liability rules* invece che le *property rules*, richiamando in proposito schemi concettuali elaborati dai teorici dell'analisi economica del diritto. Ci si riferisce, in particolare, al cosiddetto *Cathedral Model*³², e la soluzione proposta è identificata nella *Rule four* che, applicata al caso del contrasto tra il proprietario di un fondo sul quale è installato un impianto eolico ed il proprietario del fondo limitrofo che subisce le interferenze causate dal funzionamento delle pale, dà prevalenza al primo, riconoscendo al secondo il diritto di fermare le immissioni soltanto dietro pagamento di un compenso³³. Ciò che interessa porre in risalto è la scelta di risolvere la questione in ordine alla identificazione del soggetto titolare dei diritti in parola dando prevalenza alla posizione dinamica di colui che esercita l'attività

disamina delle legislazioni dei diversi Stati americani è svolta da A. B. KLASS, *Property Rights on the New Frontier: Climate Change, Natural Resource Development, and Renewable Energy*, cit., p. 97 ss.

³² G. CALABRESI – D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, April 1972, Vol. 85, p.1089 ss., che espone uno dei contributi fondamentali della analisi economica del diritto, diretto a risolvere la questione della definizione degli *entitlements* e degli strumenti di loro tutela, che è condizione necessaria per una contrattazione efficiente. Nello stabilire quali siano gli *entitlements* oggetto di tutela, occorre tenere in considerazione tre elementi: l'efficienza economica, di tipo paretiano; le preferenze in materia distributiva ed i criteri di giustizia che agiscono in maniera residuale rispetto ai primi due elementi. fisica. Una volta determinati gli *entitlements*, occorre stabilire quale sia il tipo di tutela ad essi applicabile, ovvero se si preferisca accordare una tutela con una *regola di proprietà* (economia di mercato), con una *regola di responsabilità* (economia mista), ovvero con una *regola di inalienabilità* (economia di Stato). Si ricorre a quest'ultima quando una transazione comporti delle esternalità considerevoli per i terzi e il cui peso è legato a valutazioni di ordine non prettamente economico (*moralisms*), come, ad esempio, nel caso in cui due parti decidessero che una di esse si venda in schiavitù all'altra. La trasposizione delle considerazioni relative alla tutela degli *entitlements* nei casi di *nuisances* ha condotto alla formulazione del Modello, con quattro regole di tutela corrispondenti a quattro possibili fattispecie. Considerato ad esempio un atto di inquinamento, che è la fattispecie per la quale più specificamente il Modello è stato applicato, possono considerarsi quali potenziali destinatari di tutela o la vittima dell'atto inquinante, ovvero l'autore dell'atto inquinante. La prima regola (*Rule one*) è quella per cui la vittima è riconosciuta titolare dell'*entitlement* a vietare l'atto di inquinamento ed è tutelata da una regola di proprietà. Pertanto, l'altra parte potrà inquinare soltanto se compra il relativo diritto dal primo. La seconda regola (*Rule two*) è quella per cui la vittima è riconosciuta titolare dell'*entitlement* a vietare l'atto di inquinamento ed è tutelata da una regola di responsabilità. Pertanto, l'altra parte potrà inquinare ma dovrà risarcire il primo. La terza regola (*Rule three*) è quella secondo cui l'autore dell'inquinamento è riconosciuto titolare dell'*entitlement* a realizzare l'atto di inquinamento ed è tutelato da una regola di proprietà, cosicché la vittima non ha alcun diritto, né in *common law* né in *equity*, per fermare l'atto lesivo; potrà fermare l'atto di inquinamento soltanto se acquisterà il relativo diritto dall'altra parte. La quarta regola (*Rule four*), infine, è quella secondo cui l'autore dell'inquinamento è riconosciuto titolare dell'*entitlement* a realizzare l'atto di inquinamento ed è tutelato da una regola di responsabilità, cosicché la vittima può ottenere un atto di ingiunzione per fermare l'atto lesivo mediante il pagamento di una somma di denaro, corrispondente al costo sostenuto per fermare l'atto lesivo stesso. Pertanto, la vittima può fermare l'atto di inquinamento ma deve risarcire l'altra parte.

³³ Cfr. T. A RULE, *A Downwind View of the Cathedral: Using Rule Four to Allocate Wind Rights*, cit., p. 207 ss. e spec. p. 225.

SEZIONE I

di produzione di energia, piuttosto che alla posizione di colui che vanta un diritto di proprietà staticamente inteso. Questo rilievo suggerisce il richiamo di considerazioni già in passato in altra sede svolte con riguardo al tema della detenzione, là dove si è osservato che “lo svolgersi dei rapporti economici non è necessariamente vincolato agli schemi proprietari, ed ai correlativi poteri, ma passa attraverso la qualifica di imprenditore attribuita al soggetto – detentore”³⁴. E’ quindi l’istituto della detenzione, intesa quale potere di fatto che si ricollega ad un titolo attributivo di qualificati diritti, che rappresenta, tra gli altri, strumento altamente idoneo a risolvere la questione relativa al riconoscimento della situazione giuridica soggettiva attiva consistente nell’accesso al sole, ovvero al vento, ed alla identificazione dei relativi strumenti di tutela. Quanto al riconoscimento della situazione giuridica soggettiva, il piano del potere formale è destinato a restare sullo sfondo; sotto questo profilo, pertanto, non è il diritto di proprietà del suolo sul quale insiste l’impianto, né la proprietà superficaria dell’impianto stesso, né altro diritto reale limitato, quale una servitù, che necessariamente fondano il riconoscimento dell’accesso al sole o al vento, bensì il potere di fatto detentorio sull’impianto che ha fonte in un titolo sostanzialmente legittimante lo svolgimento dell’attività di produzione di energia (locazione, comodato, etc.). Quanto alla identificazione degli strumenti di tutela, la valorizzazione della situazione detentoria, invece che di quella proprietaria e/o di quella possessoria, intesa quale “espressione sul piano fattuale del potere di realizzare l’interesse giuridicamente protetto dal diritto di proprietà o dagli altri diritti reali”³⁵, non conduce ad un restringimento dei mezzi a disposizione. Nel merito, tornano ancora attuali le considerazioni svolte in passato, allorché conclusivamente si è avuto occasione di rilevare che “se si conviene che il punto di emersione della tutela possessoria del detentore risiede nella maggiore o minore incidenza delle attività espletate dai terzi sulla funzione svolta dal potere di fatto nell’ambito del singolo rapporto, deve concludersi che il detentore e il possessore godano di analoga difesa: il primo nell’ambito delle attività non escluse dal titolo, il secondo nell’ambito del diritto reale corrispondente”³⁶.

³⁴ G. LIOTTA, *Situazioni di fatto e tutela della detenzione*, Napoli, 1983, p. 76.

³⁵ G. LIOTTA, *op. cit.*, p. 23.

³⁶ G. LIOTTA, *op. cit.*, p. 146.