

Università di Napoli “ Federico II”

Anno accademico 2013/2014

Tesi di dottorato in diritto amministrativo

(XXVI° ciclo)

Le concessioni idroelettriche tra tutela della concorrenza e tutela dell’ambiente

Tutor:

Chiar.mo Prof.

Mario Rosario Spasiano

Dottoranda:

Ilaria Eleonora Nino

Indice

Introduzione.....	6
CAPITOLO I: I dati tecnici	
1. Cenni alle origini dell'energia elettrica	13
2. L'energia idroelettrica: le origini e i dati quantitativi	14
3. Le concessioni per la derivazione di acque: i numeri degli impianti e le unità di misura	21
4. Gli impianti per la produzione di energia idroelettrica: funzionamento e distinzioni (pico idroelettrico, microidroelettrico, minidroelettrico).....	24
5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 114 del 2013: la legittimità della soglia dei 3MV	27
CAPITOLO II: Dalle origini al testo unico del 1933	
1. Il diritto romano: la triplice qualificazione delle acque	30
2. Il diritto medievale: le acque come proprietà del Principe e la necessità del titolo per la derivazione.....	34
3. La legge del 1865 e il codice civile: le diverse estensioni del concetto di demanialità riferito alle acque	40
4. La legge n. 2644/1884: la prima legge sulle acque pubbliche	45
5. Il d. lgt. 20 novembre 1916, n. 1664.....	49
6. La giurisdizione sulle acque: l'istituzione del Tribunale superiore delle Acque pubbliche nel 1916.....	53
CAPITOLO III: La normativa vigente: il testo unico sulle acque (R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775) e il decreto sull'autorizzazione unica (art. 12 d.lgs. 387/2003)	
1. La struttura del testo unico, il principio di pubblicità e la necessità della concessione.....	60
2. Il procedimento per il rilascio delle concessioni	69
3. Il decreto legislativo 387/2003: l'autorizzazione unica per la costruzione degli impianti.....	75

4. Competenze e soglie nelle varie normative regionali	79
5. Il procedimento di autorizzazione degli impianti nel dettaglio.....	82
6. Competenze in materia di energia tra Stato e Regioni.....	85

CAPITOLO IV: La tutela della concorrenza nella legislazione nazionale

1. I presupposti: la situazione di fatto e la nazionalizzazione.....	95
2. La privatizzazione e la liberalizzazione del servizio elettrico e i suoi riflessi sulle concessioni idroelettriche.....	104
3. Il decreto Bersani: il principio di “temporaneità” delle concessioni e la preferenza per il concessionario uscente	107
4. Le osservazioni dell’AGCM sulla normativa del 1999 (osservazione n. AS233 del 21 marzo 2002)	111
5. La procedura d’infrazione contro il decreto Bersani (parere motivato n. C(2004)30 del 7 gennaio 2004).....	112
6. La legge n. 266/2005: dalla preferenza per il concessionario uscente alla proroga	119
7. La sentenza Corte Costituzionale n. 1/2008: il mancato coinvolgimento delle Regioni	121
8. La normativa del 2010: il d.l. n. 78/2010 conv.in l. n. 122/2010: l’introduzione del sistema della doppia proroga	133
9. Le osservazioni dell’AGCM alla normativa del 2010 (osservazione n. AS730 del 23 luglio 2010).....	135
10. La procedura d’infrazione contro la normativa del 2010 (lettera di costituzione in mora n. C(2011) 1450 del 14 marzo 2011).....	137
11. La sentenza della Corte Costituzionale n. 205 del 2011: nelle materie di competenza concorrente lo Stato deve occuparsi solo dei principi fondamentali.....	140
12. Il testo vigente e il problema degli indennizzi al concessionario uscente: l’art. 37 del d.l. n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134/2012, la bozza del decreto ministeriale e il parere dell’AGCM del 2 ottobre 2013.....	144
13. La Corte Costituzionale frena le fughe in avanti delle Regioni: la sentenza n. 339/2011	149
14. L’ultima sentenza della Corte in materia: la n. 26 del 25 febbraio 2014	165

15. La situazione in Europa.....	169
----------------------------------	-----

CAPITOLO V: La tutela della concorrenza e le legislazioni delle Province di Trento e Bolzano

1. Le normative dell'Impero Austroungarico.....	175
2. Dagli Statuti di autonomia al decreto Bersani.....	179
3. Il passaggio della competenza al rilascio di concessioni di grande derivazione alle Province: il d.lgs. n. 463/1999 e le contestazioni dell'AGCM.....	182
4. Le vere gare: la Legge Provinciale n. 10 del 15 dicembre 2004.....	187
5. La sentenza della Corte Cost. n. 378/2007: l'abrogazione della legge provinciale del 2004.....	189
6. La sentenza Corte Costituzionale n. 114/2012: l'annullamento del tentativo "surrettizio" di proroga.....	192

CAPITOLO VI: La tutela dell'ambiente e le concessioni idroelettriche

1. Le concessioni idroelettriche e gli impatti sull'ambiente.....	195
2. La "logica provvedimentale": dal testo unico del 1933 alle prime aperture.....	200
3. La legge n. 183 del 1989 e l'inserimento delle concessioni idroelettriche in un quadro pianificatorio (i piani di bacino e le autorità di Bacino).....	205
4. Il concetto di deflusso minimo vitale.....	214
5. La legge Galli n. 36 del 1994: la rivoluzione copernicana rispetto al t.u. del 1933.....	216
6. Il d.lgs. n. 152/1999: i piani di tutela delle acque.....	220
7. Misure, indirizzi e prescrizioni nei piani regionali di tutela delle acque.....	227
8. Rapporto tra piani di tutela delle acque e piani energetici regionali.....	230
9. I poteri di controllo.....	234

CAPITOLO VII: Le questioni relative ai canoni e ai sovracanonici di concessione

1. La normativa sul canone e sui sovracanonici a partire dal t.u. del 1933 (corresponsione di energia e comuni rivieraschi).....	235
2. La legge n. 959/1953: dalla corresponsione di energia al pagamento del sovracanone e la nascita dei B.I.M.	239

3. La legislazione successiva (dagli anni '50 alle ultime leggi finanziarie)	244
4. Il caso della Regione Piemonte: la ripartizione dei tre canoni	249
5. La sentenza Corte Costituzionale n. 533/2002 sulla valenza solidaristica dei sovracanonni	251
6. Le basi di calcolo dei sovracanonni nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 37 e n. 261 del 2004	256
Conclusioni.....	258

BIBLIOGRAFIA

Introduzione

E' un dato pacifico che l'acqua sia un bene fondamentale per la vita dell'uomo¹: a livello globale, da non molto, si è, addirittura, iniziato a parlare di diritto all'acqua come un vero e proprio diritto dell'uomo così assicurando a questa risorsa naturale una tutela capace di superare i limiti imposti dalle legislazioni dei vari Stati².

E' logico, dunque, che gli ordinamenti giuridici di ogni epoca si siano confrontati con la regolazione di questo bene³ e che conseguentemente numerosissime siano le norme che se ne sono occupate sia a livello di diritto internazionale⁴, che di diritto

¹ "L'acqua è l'anima del pianeta Blu. L'acqua è l'elemento chiave che rende possibile la vita sulla terra": così si legge nella Dichiarazione Europea per una nuova cultura dell'Acqua firmata a Madrid il 18 febbraio 2005.

² In questo senso ad es. si è pronunciato il *Covenant on Economic and Cultural Rights* nel novembre 2002 affermando che "the human right to water is indispensable for leading a life in human dignity. It is a prerequisite for realization of other human rights" (cfr. A. DI LIETO, *Il diritto all'acqua nel diritto internazionale*, in *Riv.giur.amb.*, 2004, 749ss.)

³ La dottrina sul punto è sterminata: tra le opere più recenti si segnalano E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012; F. BRUNO, *Tutela e gestione delle acque. Pluralità di ordinamenti e governance multilivello del mare e delle risorse idriche*, Giuffrè, 2012; M. GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione*, Napoli, Jovene, 2012 (atti del convegno svoltosi presso l'Università degli Studi di Sassari con la collaborazione del Centro Studi AED nel maggio 2011); Atti del XVII Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo svoltosi a Saragozza nei giorni 23-25 ottobre 2008, sul tema *Agua, territorio, cambio climatico y derecho administrativo*, Saragozza, 2009; A. MASSARUTTO, *L'acqua: un dono della natura da gestire con intelligenza*, Il Mulino, 2008; S. PALAZZOLO, *Il regime delle acque*, in *Rass. Giur. energ. Elettrica*, 2000, p.289. L'A. in questo contributo, esamina in modo critico il regime delle acque partendo dalle origini fino a giungere alla regolamentazione prevista dal testo unico delle acque .

⁴ Nel 1977 c'è stata la prima conferenza mondiale dell'acqua a Mar de la Plata nel 1977; vi sono stati numerosi interventi di sensibilizzazione tra gli anni 80 e 90; nel 1992 è stata introdotta la giornata mondiale dell'acqua il 22 marzo; nel 2000 la Banca mondiale ha riconosciuto l'accesso all'acqua come bisogno vitale (l'Aja 2000). Nel 2002 a Montecatini il

europeo⁵, che di diritto nazionale, a tutti i livelli e sotto vari profili. Anche la giurisprudenza sulle questioni connesse alla materia delle acque è assai corposa⁶.

Le varie regolazioni sono partite dal dato di fatto che l'acqua è una risorsa suscettibile di vari usi: non solo, infatti, può essere utilizzata per soddisfare le necessità primarie del consumo umano (uso potabile), ma può essere utilizzata anche per irrigare (uso irriguo), per la navigazione, per la fluitazione, per la pesca e, infine, per la produzione di energia.

Tra i tanti usi, quello per la produzione di energia, è certamente uno di quelli più antichi: gli antichi romani sfruttavano la forza esercitata dalla corrente dei fiumi per far funzionare le pale che azionavano le macine dei mulini e, successivamente, i mulini ad acqua consentivano il lavoro dei mugnai, degli artigiani tessili, delle segherie, dei conciatori e dei maniscalchi⁷.

Comitato per il contratto mondiale dell'acqua ha chiesto il riconoscimento delle risorse idriche come bene comune dell'umanità. Anche nel vertice sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg del 2002 la tematica dell'acqua è stata centrale: si è elaborato un piano di azione che prevede di dimezzare entro il 2015 il numero di coloro che non hanno accesso all'acqua sicura e non hanno servizi igienici. Il 2003 è stato dichiarato anno mondiale dell'acqua. Sul punto cfr. A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente* (a cura di G. Rossi), II ed., 2011, 256

⁵ L'Europa inizia a occuparsi dell'acqua già all'inizio degli anni '70. Il primo problema che viene affrontato è quello dell'inquinamento delle acque: vi sono due importanti direttive del 1991, la 271 e la 676 con cui ci si propone non solo di prevenire l'inquinamento dei corpi idrici ma anche di ridurlo attuando un progressivo risanamento di essi. All'inizio il diritto europeo si concentra sui requisiti qualitativi e quantitativi dell'acqua e poi inizia a porsi il problema delle sue utilizzazioni. Per la direttiva 2000/60, che è tuttora vigente, "l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale".

⁶ La giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato che "l'acqua è una componente essenziale dell'ecosistema, da proteggere in una logica di salvaguardia a lungo termine delle risorse idriche": si veda per tutte Cons. Stato, VI, 11 aprile 2006, n. 2001

⁷ Sul punto cfr. M. FALCIONE, *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008, 10

Come si vedrà in queste epoche non si poneva ancora un vero e proprio problema di regolamentazione: l'acqua, infatti, veniva considerata una risorsa inesauribile, un bene di tutti e, come tale, poteva essere utilizzato da ciascuno senza bisogno di titoli giuridici particolari.

Successivamente, per varie ragioni, si andò cristallizzando la situazione per la quale occorreva un titolo giuridico particolare, un permesso, per colui il quale utilizzava l'acqua in un modo diverso (a titolo particolare) dagli altri consociati e tale titolo veniva richiesto anche, ovviamente, per coloro che volessero "derivare" acqua per produrre energia.

Man mano che il diritto amministrativo avanzò nelle sue categorizzazioni tale permesso "di derivazione" venne inquadrato nella categoria delle concessioni (ossia in quei provvedimenti amministrativi costitutivi con i quali l'amministrazione concede ad un privato un diritto che prima non aveva)⁸ e si iniziò, appunto, a parlare di "concessioni idroelettriche".

E' proprio il regime giuridico delle concessioni idroelettriche che costituisce l'oggetto del presente contributo.

Come si vedrà, si tratta di un tema appassionante ma ancora poco approfondito, soprattutto con riferimento ai profili della tutela della concorrenza e della tutela ambientale.

Ed invero, pur trattandosi della fonte di energia rinnovabile più antica in assoluto e di quella che tuttora fornisce in percentuale un apporto pari a tutte le altre fonti rinnovabili messe assieme, non vi sono ancora monografie dedicate specificamente

⁸ I riferimenti dottrinali fondamentali sono, tutt'oggi: M. D'ALBERTI, *La concessione amministrativa. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981 e dello stesso autore *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988; N. GRECO, *Le acque*, Bologna, 1983; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008; U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti della disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969; ma anche O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934.

alla tematica delle concessioni idroelettriche mentre non mancano altri tipi di contributi⁹.

Eppure tutto in questa materia è singolare e meriterebbe una trattazione *ad hoc*: basti pensare, innanzitutto, come si vedrà nel secondo capitolo, al ruolo che hanno avuto le acque nella formazione del concetto di demanio.

Si pensi, ancora, al fatto che in un contesto in cui le fonti rinnovabili trovano le loro norme di regolazione praticamente tutte negli anni duemila, la disciplina fondamentale (e tuttora vigente) della materia sia contenuta in un regio decreto del 1933 (il t.u. n. 1775/1933).

Si pensi alla singolarità costituita dalla presenza di un sistema giurisdizionale praticamente unico nel suo genere costituito da due binari distinti: uno per la tutela dei diritti soggettivi (un giudice che in primo grado è un giudice ordinario e in secondo grado un giudice a composizione mista) e uno per la tutela degli interessi legittimi che è unico su tutto il territorio nazionale (il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche) e che ha come giudice d'appello direttamente la Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

E si tratta di un sistema giurisdizionale per il quale, in modo fortemente anticipatore, il legislatore degli anni trenta ha previsto la presenza oltre che dei giudici anche di esperti tecnici, così evidenziando una sorta di interdisciplinarietà *ante litteram*.

⁹ Sullo sfruttamento energetico delle acque e, dall'altro, i c.d. servizi idrici sono numerosi gli articoli: tra i tanti si vedano A. DI MAJO, *Le risorse idriche nel vigente ordinamento*, in *Rass. giur. Enel*, 1996, 1 ss.; N. GRECO, *Il governo delle acque e del territorio*, *ivi*, 13 ss.; L. V. MOSCARINI, *Lo sfruttamento energetico delle acque*, in *Rass. giur. Enel*, 1996, 39 ss.; S. PALAZZOLO, *Acque pubbliche ed energia*, *ivi*, 335 ss.; M. G. ROVERSI MONACO, *Dominio pubblico e impresa nella gestione dei servizi idrici. L'esperienza in Gran Bretagna e le prospettive in Italia*, Padova, 1996; P. DELL'ANNO, *La gestione delle risorse idriche tra accentramento e decentramento: profili giuridici*, in *San. pubbl.*, 1996, 577 ss.; P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle autorità di bacino*, in *Riv. giur. amb.*, 1997, 843. In generale, sulle acque pubbliche, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; N. LUGARESI, *Le acque pubbliche*, Milano, 1995; E. CONTE, *L'evoluzione della disciplina giuridica delle acque pubbliche*, in *Rass. giur. Enel*, 1996, 5 ss.

I profili da trattare sono veramente tanti e in questo lavoro sarà necessario concentrarsi su due punti essenziali: studiare le interazioni che intercorrono tra concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza, da una parte, e tra concessioni idroelettriche e tutela dell'ambiente, dall'altra.

Per potersi addentrare in questi due problemi innanzitutto si dovranno fornire, seppur per cenni, una serie di dati e di terminologie tecniche che appaiono indispensabili: che cos'è l'energia idroelettrica, quando nasce, come si misura, e poi: quanto vale in percentuale l'energia idroelettrica sull'energia in totale e sulle rinnovabili in particolare, quante concessioni idroelettriche ci sono in Italia, quali tipi di centrali idroelettriche o impianti possono essere realizzati, che prospettive di sviluppo abbia il settore.

Si passerà, poi, alla parte storico-giuridica e si dovranno analizzare le regole che via via i legislatori delle varie epoche storiche hanno adottato: e si dovrà necessariamente partire dal concetto di acqua e delle sue utilizzazioni nel diritto romano passando poi al sistema dei permessi di concessione nel diritto medievale.

Ma, soprattutto, si dovranno indagare le discipline positive che si sono nel tempo susseguite a partire dall'Unità d'Italia fino a quella attualmente vigente che, come si è già anticipato, è costituita dal R.D. n. 1775/1933.

Si affronterà, quindi, il primo problema decisivo, quello del rapporto tra concessioni idroelettriche e concorrenza: si può anticipare sin d'ora che si tratta di un problema che ha visto impegnati negli ultimi venti anni, oltre al legislatore nazionale, la Commissione europea (che ha proposto alcune procedure d'infrazione contro il nostro paese), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, a varie riprese, la Corte Costituzionale.

L'analisi prenderà le mosse dal fatto che, in un primo tempo, essendo pochi i soggetti che volevano utilizzare l'acqua per la produzione di energia ed essendo i corsi d'acqua disponibili praticamente illimitati non si poneva alcun tipo di problema di scarsità di permessi (e quindi di tutela della concorrenza); pian piano, però, man mano che i singoli corsi d'acqua si andarono "saturando" si iniziò, invece, a porre il problema di come fare per garantire la *par condicio* tra tutti quelli che richiedevano i permessi.

Si vedrà come, per tali ragioni, alla fine dell'ottocento si stabilì il sistema rudimentale per cui tra più domande di permesso si favoriva quella pervenuta

per prima: tale sistema però comportava che, una volta attribuita la concessione, avendo il concessionario sostenuto le spese per gli impianti, era poi difficile “sostituirlo” e si finiva, quindi, con il privilegiare tutti quelli che erano arrivati per primi escludendo invece tutti gli operatori che si fossero costituiti dopo nel tempo.

Si evidenzierà che se si considera, poi, che per poter utilizzare l’acqua per la produzione di energia elettrica (*rectius* a fini idroelettrici) servivano opere sempre più grandi e complesse e come tali costose, si consentì (al fine di consentire il pieno ammortamento delle strutture) la derivazione di acqua per un periodo di tempo molto lungo (al limite indeterminato) con ulteriore compressione della concorrenza.

Ed infatti, si pervenne ad una situazione in cui essendo di fatto tutti i corsi d’acqua sfruttati sulla base di concessioni rilasciate a tempo indeterminato si impediva l’accesso a qualsiasi nuovo operatore: con terminologia attuale si può dire che si pervenne alla creazione di un mercato assolutamente chiuso.

E’ logico, dunque, che, soprattutto a partire dagli anni ’90, sotto la spinta del diritto europeo, si sia proceduto a numerosi interventi volti proprio ad aprire il mercato della produzione di energia elettrica dalla fonte acqua (energia idroelettrica) alla concorrenza ossia all’entrata di nuovi operatori.

Si vedrà come proprio l’esigenza di tutelare la concorrenza abbia costituito la causa delle modifiche via via intervenute rispetto al testo unico del 1933 e che si possono riassumere in quattro interventi normativi fondamentali: quello del 1999 (il decreto Bersani); quello del 2005 (contenuto in una legge finanziaria); quello del 2010 e, infine, quello, più recente, del 2012.

Si anticipa sin d’ora che il concetto di fondo desumibile dai vari interventi del legislatore europeo è che tutti gli operatori che ne hanno la volontà e i requisiti debbano poter entrare nel mercato dell’idroelettrico o, in altre parole, che si siano poste in essere le azioni volte ad “aprire il mercato chiuso delle concessioni idroelettriche”.

Per pervenire a tale risultato si vedrà che il legislatore si è mosso in due direzioni: da una parte, ha previsto procedure di selezione trasparenti per gli operatori che vogliono entrare in “slots” liberi (ma sono pochissimi...), e, dall’altra parte, ha tentato di “liberare” gli “slots” occupati da operatori che hanno a suo tempo

ricevuto concessioni a durata indeterminata o comunque molto lunga fissando delle scadenze alle concessioni in essere.

Nella trattazione, ovviamente, non si potrà non considerare, seppur per cenni, la situazione negli altri paesi europei che, come si vedrà, mantengono in vigore attualmente regole nettamente meno concorrenziali di quelle italiane.

Si tenterà infine di trarre qualche conclusione tenendo presente che il problema delle interazioni tra concessioni idroelettriche e concorrenza è molto attuale: se è vero che l'anno di fuoco per la gran parte delle concessioni idroelettriche sarà il 2029 (anzi cinque anni prima ossia il 2024 e quindi esattamente tra una decina d'anni) già sono molte le concessioni che sono scadute o che stanno per scadere e per le quali il problema già si pone.

Dopo aver esaminato il primo aspetto fondamentale, sia con riferimento alla legislazione nazionale che alla legislazione delle Province di Trento e Bolzano, si passerà poi al secondo problema decisivo: quello del rapporto tra concessione idroelettrica e tutela ambientale.

Come si vedrà, mentre in un primo tempo l'esigenza di tutela l'ambiente non veniva assolutamente presa in considerazione dal legislatore che si occupava di tutela delle acque, almeno a partire dagli anni '80 si inizia a considerare che l'utilizzazione dell'acqua per fini idroelettrici deve essere compatibile anche con l'ambiente, con la conseguente moltiplicazione degli interventi normativi al riguardo.

Si evidenzierà, a tal riguardo, il passaggio da una "logica provvedimentale" ad una "logica programmatica" e, grazie anche all'intervento del legislatore europeo (in particolare con la direttiva 2000/60), l'emersione di concetti nuovi come quello di deflusso minimo vitale suscettibili di operare un generale ripensamento di tutta la tematica delle concessioni idroelettriche.

Si dovranno, infine, affrontare alcuni aspetti di carattere economico che hanno suscitato parecchie problematiche: le questioni della natura e della misura del canone demaniale e dei due sovracani (quello per i Comuni rivieraschi e per i Bacini Imbriferi Montani - BIM).

CAPITOLO I: I dati tecnici

1. Cenni alle origini dell'energia elettrica

E' noto che la produzione di energia elettrica¹⁰ si sviluppò e si diffuse a partire dalla fine del XIX secolo ossia nel periodo storico identificato come "seconda rivoluzione industriale"¹¹.

Negli ultimi decenni dell'Ottocento l'Europa fu interessata da un importante processo di industrializzazione accompagnato da un rapido sviluppo socio-economico durante il quale la creazione di uno stretto legame tra scienza, tecnologia ed industria permise l'invenzione e la diffusione di importanti innovazioni tecnologiche che divennero parte integrante della vita quotidiana mutando le abitudini, i comportamenti ed i modelli di consumo delle popolazioni.

Tale periodo di grande sviluppo si ebbe anche in quell'Italia che era stata esclusa dalla prima rivoluzione industriale a causa dei costi proibitivi per la produzione di energia cui era sottoposta poiché priva di materie prime.

Se in Italia si ebbe una seconda rivoluzione industriale ciò fu dovuto proprio all'acqua che consentì la produzione e nella distribuzione su larga scala di energia elettrica¹².

¹⁰ Sulle disposizioni di carattere generale che l'ordinamento giuridico riserva al concetto di energia elettrica (in ordine di tempo l'art. 624 c.p., l'art. 814 c.c. e l'art. 43 Cost.) cfr. G. GENTILE - GONNELLI P., *Manuale di diritto dell'energia*, Giuffrè, 1994.

¹¹ L'osservazione dei fenomeni elettrici, individuati già in epoca greca, ebbe inizio durante la seconda metà del XVI secolo ma la piena conoscenza degli stessi si concretizzò dal punto di vista tecnico soltanto oltre due secoli dopo. Nel 1799 Alessandro Volta inventò la pila, primo generatore statico di energia elettrica mentre negli anni 1830 Faraday mise a punto il primo generatore elettromagnetico di corrente elettrica. Nel 1858 Antonio Pacinotti realizzò la prima dinamo e nel 1860 costruì il primo motore elettrico a corrente continua. Le invenzioni decisive per lo sviluppo dell'industria elettrica furono però l'invenzione del telegrafo ad opera di Samuel Morse nel 1844 e della lampadina a filamento incandescente ideata da Thomas Alva Edison nel 1879 e brevettata nel 1880. Con l'invenzione della lampadina in particolare iniziò lo sfruttamento pratico su larga scala dell'elettricità.

Se è vero che la prima centrale elettrica italiana inaugurata nel 1883 a Milano in via Santa Radegonda (e la stessa centrale viene considerata anche la prima europea) era di tipo termoelettrico¹³, è anche vero che, proprio nello stesso anno, venne sperimentato in Valchiavenna il primo generatore elettrico azionato idraulicamente (che non era ancora una vera e propria centrale idroelettrica per avere la quale occorrerà attendere sino al 1889)¹⁴.

Non è dunque certo un caso che l'anno successivo all'apertura della prima centrale, nel 1884, venne fondata la prima "Società Generale Italiana di Eletticità Sistema Edison", per volere dello stesso Colombo, e venne promulgata la legge n. 2644 che è la prima legge sullo sfruttamento delle acque pubbliche.

2. L'energia idroelettrica: le origini e i dati quantitativi

Il riconoscimento dell'importanza strategica di un corso d'acqua è caratteristica costante della storia delle comunità umane, e la scoperta della possibilità di produrre energia, sfruttandone il flusso direttamente o con l'accumulazione in bacini artificiali, ne ha accresciuto ulteriormente il valore.

Come nel caso delle altre fonti rinnovabili, come si è detto, anche l'utilizzo dell'acqua a scopi energetici ha origini molto antiche in quanto l'uomo, prima della scoperta dei combustibili fossili, ha da sempre utilizzato le forze della natura per produrre energia utile.

Con l'avvento dell'energia elettrica iniziarono i progetti per nuove ruote ad acqua molto più potenti e veloci, collegate a grossi generatori e s'iniziò a parlare di energia idroelettrica in senso proprio.

¹² In Italia la potenzialità delle applicazioni elettriche venne intuita da Giuseppe Colombo, professore del Politecnico di Milano, che si spese per lo sviluppo del settore a partire dall'autunno del 1881 con la costituzione del "Comitato Promotore per l'Applicazione dell'Energia Elettrica in Italia".

¹³ La centrale milanese aveva una potenza totale di 400 kW e venne impiegata per l'alimentazione di 3200 lampade ad incandescenza ad uso privato.

¹⁴ La centrale idroelettrica permise l'illuminazione elettrica nel cotonificio di Amman, con l'accensione di 30 lampadine a incandescenza.

Con tale espressione si intende, infatti, l'energia elettrica ottenuta attraverso la conversione dell'energia cinetica di una portata d'acqua in energia elettrica, utilizzando una turbina collegata ad un generatore di corrente¹⁵.

Nel corso di oltre un secolo l'energia idroelettrica ha contribuito in vario modo allo sviluppo del nostro Paese¹⁶: l'energia idroelettrica è stata definita come "il carbone bianco"¹⁷, come diceva la grande scritta che campeggiava sopra uno degli stand del padiglione italiano all'Expo di New York del 1936.

L'Italia, infatti, povera di carbone, più di ogni altro paese europeo, ha fondato il suo sviluppo economico-industriale del Novecento proprio sull'energia idroelettrica e originariamente il 100% di tutta l'energia era prodotto da fonte idraulica¹⁸.

In Italia è nata la prima centrale idroelettrica d'Europa nel 1889 vicino Genova¹⁹; subito seguita nel 1892 dalla prima centrale a corrente alternata vicino Tivoli e nel 1898 dalla centrale Edison di Paderno d'Adda che costituiva allora il più grande impianto del mondo secondo solo a quello installato presso le cascate del Niagara negli Stati Uniti²⁰.

¹⁵ M. FALCIONE, *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008, 39

¹⁶ Cfr. G. RUGGERI E S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 69.

¹⁷ M.A.FARINA-DEL RE, *Lo sfruttamento delle risorse idriche per il ricavo dell'energia elettrica nella salvaguardia del territorio (1898-1940): i De Cecco di Fara S. Martino attraverso le carte di famiglie*, in *Gli archivi per la storia della scienza e della tecnica*, 1991, 612 e D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *L'acqua e il diritto, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, 2011,

¹⁸ M. FALCIONE, *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008, 39 e Cfr. G. RUGGERI E S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 69

¹⁹ L'impianto idroelettrico del Gorzente venne realizzato nel 1889 per alimentare stabilimenti industriali nella zona di Genova: Cfr. G. RUGGERI E S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 70.

²⁰ Questa centrale aveva una trasmissione fino a 38 km. Essa fu seguita, due anni dopo, dalla centrale di Vizzola, sul Ticino, che sollecitò anch'essa l'attenzione di tutta Europa

Come tutti gli storici dell'economia hanno messo in rilievo, senza l'apporto energetico dell'industria idroelettrica sarebbe stato inimmaginabile il decollo dell'Italia industriale in età giolittiana fra il 1906 al 1914²¹: si può dire che l'energia idroelettrica sia diventata il vero e motore energetico dell'economia italiana²².

Come si vedrà, peraltro, non solo l'industria privata si occupò di tale forma di produzione di energia ma anche i Comuni ebbero la possibilità di diventare produttori di energia idroelettrica anche se solo le società municipalizzate dei grandi comuni (Roma, Milano e Torino) riuscirono a stare al passo dell'industria privata²³.

per i suoi primati tecnici. Ma per arrivare alla prima centrale a corrente alternata occorrerà attendere il 1892 (a Tivoli per l'alimentazione di Roma).

²¹ Durante il periodo giolittiano vanno ricordati alcuni eventi di un certo rilievo per la storia italiana: con l'inizio del '900 l'azione dello Stato si caratterizza per un deciso intervento nel sistema economico nazionale: nel settore siderurgico, grazie all'intervento governativo, nasce l'Ilva a Napoli; le Ferrovie dello Stato vengono statalizzate (1905); si registrano cospicui investimenti nell'energia idroelettrica (soprattutto nel Nord del Paese dove la presenza delle Alpi garantiva una notevole ricchezza d'acqua); vengono finanziate importanti opere pubbliche (è, ad esempio, degli inizi del 1900 la legge per la costruzione dell'acquedotto Pugliese); In argomento, cfr. A. AQUARONE, *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, Il Mulino, Bologna 1987; G. CAROCCI, *Giolitti e l'età giolittiana*, Einaudi, Torino 1961; V. ZAMAGNI, *Industrializzazione e squilibri regionali in Italia. Bilancio dell'età giolittiana*, Il Mulino, Bologna 1978

²² Anche la storia dell'alimentazione può dirsi in qualche modo legata all'energia idroelettrica se si pensa che uno dei più antichi pastifici italiani, quello della De Cecco, a Fara di S. Martino sorse proprio grazie alla centrale idroelettrica che lo alimentava (la richiesta di concessione del signor Filippo De Cecco è del 1906). Sul punto cfr. M.A. FARINA-DEL RE, *Lo sfruttamento delle risorse idriche per il ricavo dell'energia elettrica nella salvaguardia del territorio (1898-1940): i De Cecco di Fara S. Martino attraverso le carte di famiglie*, in *Gli archivi per la storia della scienza e della tecnica*, 1991, 609.

²³ I primi progetti idroelettrici in Campania riguardarono lo sfruttamento del fiume Tusciano per alimentare i pastifici di Torre Annunziata e gli stabilimenti di Salerno. Il primo impianto venne realizzato nel 1905. Le prime forniture di energia idroelettrica a Napoli iniziarono soltanto alcuni anni dopo utilizzando l'energia proveniente dal fiume Lete e dal fiume Pescara: cfr. G. RUGGERI E S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 71.

L'aumento della produzione di energia idroelettrica nei primi del novecento fu esponenziale: basti pensare che ancora nel 1895 la potenza installata dell'industria elettrica era di appena 86 MW e nel 1912, cioè in meno di trent'anni, questa potenza installata raggiunge in Italia 1.000 MW, quasi interamente dovuti all'energia idroelettrica²⁴.

Alla fine dell'ottocento il nostro paese era il quarto paese produttore di energia elettrica in Europa e il sesto nel mondo: i comuni illuminati grazie all'energia elettrica passarono in meno di vent'anni da 410 a 4.600, i capitali investiti da 31 milioni a 551 milioni, le obbligazioni emesse dalle industrie elettriche da zero a 140 milioni.

Si può dire che per quasi cinquant'anni, ossia fino agli anni '50, l'energia elettrica in Italia è stata sostanzialmente tutta di origine idroelettrica²⁵.

Se si considera che ancora nel 1960 l'idroelettrico forniva più dell'80% della produzione totale, si può dire che l'idroelettrico abbia rappresentato l'esclusivo asse portante dell'industrializzazione del paese, della ripresa dopo la seconda guerra mondiale e del forte sviluppo economico degli anni cinquanta e sessanta.

E', invece, a partire dagli anni '60 che la sempre crescente domanda di energia inizia ad essere soddisfatta sempre di più grazie alla produzione termoelettrica e si arresta lo sviluppo del settore idroelettrico.

I fattori che hanno contribuito all'arresto dello sviluppo dell'energia da fonte idroelettrica (ad esser precisi lo sviluppo non si può dire che si sia fermato ma solo che abbia continuato a crescere a ritmi non più vertiginosi come prima) possono sintetizzarsi nei seguenti due: da una parte la resistenza delle popolazioni locali e dei gruppi di pressione ambientalisti alla costruzione di nuove centrali idroelettriche, che spesso comportano lavori civili come dighe, deviazioni, invasi, linee di trasmissione a forte impatto ambientale (episodi catastrofici come quello

²⁴ Si noti che delle centrali realizzate tra la fine dell'800 e la fine della prima guerra mondiale circa la metà non fu costruita dalle società elettriche ma da piccoli autoproduttori: G. RUGGERI E S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 71

²⁵ M. FALCIONE, *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008, 10

del Vajont²⁶, e tanti altri, che hanno avuto minore impatto sulla pubblica opinione, sono ancora freschi nella nostra memoria)²⁷; dall'altra, la riduzione dei ghiacciai e della portata di molti fiumi e torrenti, dovuta ai cambiamenti climatici che hanno caratterizzato il nostro paese negli ultimi anni, che hanno di fatto impedito lo sfruttamento ad uso energetico di molti corsi d'acqua nelle nostre valli²⁸.

Eppure tra le varie fonti di energia rinnovabili quella idroelettrica è l'unica programmabile: nei bacini idroelettrici l'energia viene infatti immagazzinata nei periodi di scarsa domanda ed è immediatamente disponibile quando la domanda lo richiede²⁹ e tali bacini sono strumenti ideali per bilanciare domanda e offerta,

²⁶ Il disastro del Vajont fu l'evento occorso la sera del 9 ottobre 1963 nel neo-bacino idroelettrico artificiale del Vajont, a causa della caduta di una colossale frana dal soprastante pendio del Monte Toc nelle acque del sottostante e omonimo bacino lacustre alpino. La conseguente tracimazione dell'acqua contenuta nell'invaso, con effetto di dilavamento delle sponde del lago, ed il superamento dell'omonima diga, provocarono l'inondazione e la distruzione degli abitati del fondovalle veneto, tra cui Longarone, e la morte di 1.917 persone.

²⁷ Evidenzia i danni ambientali dell'energia idroelettrica S. QUADRI, *Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabili*, 2008, 12. Si noti che, invece, per M. FALCIONE, *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008, 12 "occorre disincentivare ogni forma di opposizione all'installazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili introducendo pesanti penalizzazioni (eliminazione del prezzo unico nazionale e aumenti dell'addizionale tariffaria) a carico degli abitanti dei territori (comuni e province) nei quali non è installata una capacità di generazione alimentata da fonti rinnovabili adeguata rispetto agli obiettivi nazionali e comunitari" (ma anche in relazione al localismo e al famoso effetto NIMBY – *not in my backyard*, 33ss.).

²⁸ G. GARIONI, *Finanziare un progetto idroelettrico*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2007, n. 5, 421.

²⁹ Gli impianti idroelettrici sono molto flessibili nell'esecuzione di continui avviamenti e interruzioni, la loro velocità nella variazione di carico è molto elevata ed il loro carico minimo è basso (spesso inferiore al 10% della potenza installata) (Cfr. G. RUGGERI E S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 69). Sui pregi delle fonti energetiche rinnovabili cfr. M. FALCIONE, *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008, 19.

facendo fronte anche a rapide fluttuazioni per picchi di domanda o interruzioni di altre fonti di produzione³⁰.

Comunque nonostante un tale “arresto” dal 1963 sino ad oggi - gli ultimi dati sono del 2012 -, la produzione di energia idroelettrica è andata di anno in anno sempre crescendo anche se in modo percentualmente minore.

Per avere un’idea più precisa del “peso” dell’energia idroelettrica sul comparto dell’energia si consideri in generale che nel 2012 l’Italia ha consumato circa 330.000 GWh di energia elettrica³¹.

Questo numero rappresenta il consumo o fabbisogno nazionale lordo e tale energia viene utilizzata in gran parte dal settore industriale (circa il 40%), poi dall’agricoltura e dal terziario, e, infine, per i consumi domestici (purtroppo i numeri, per il grave periodo di crisi che attraversa il nostro paese, sono in flessione rispetto agli anni precedenti)³².

³⁰ Inoltre l’idroelettrico fornisce ulteriori benefici determinanti per la sicurezza del sistema elettrico (“servizi ausiliari”), quali soprattutto la regolazione della tensione (attraverso la capacità di agire anche in assorbimento di energia) e la capacità di “black start” (capacità di avviare la generazione senza fonti esterne di energia): Cfr. G. RUGGERI E S. ADAMI, *Lo sviluppo dell’energia idroelettrica in Italia*, in *L’acqua*, 2011, n. 6, 70.

³¹ Gli ultimi dati statistici elaborati da Terna sono relativi al 2012 (*Dati statistici 2012*, Terna distribuzione, in *www.terna.it*).

³² Sul punto cfr. M. RAGAZZO, *Le politiche sull’energia e le fonti rinnovabili*, Giappichelli, 2011, 4. Non a caso si è affermato che i tre grandi protagonisti della vicenda idrica del paese siano il settore idroelettrico, gli agricoltori e i consumi domestici: M. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull’uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi* 2013.

Si noti che, per la crisi, nel 2012, i consumi totali di energia elettrica sono calati a 307,2 miliardi di kWh (-2,1%). La distribuzione dei consumi di energia elettrica per settore di attività evidenzia una significativa flessione soprattutto dei consumi dei comparti industriali, con una flessione complessiva dell’industria pari a -6,6%. Il settore industriale, con un consumo di 130,8 miliardi di kWh, ha rappresentato nel 2012 il 42,6% del totale dei consumi elettrici italiani (era il 44,6% nel 2011. Relativamente ai consumi del settore domestico, si osserva nel 2012 una flessione pari a -1,0% rispetto all’anno precedente, con una riduzione dei volumi al livello di 69,5 miliardi di kWh. In controtendenza il settore terziario ove sono stati superati i cento miliardi di kWh, precisamente 101,0 miliardi di

Per soddisfare tale consumo l'energia elettrica di produzione nazionale non è purtroppo sufficiente (basta solo a coprire circa l'85%) e il nostro paese deve importare energia dall'estero per circa il 15% (13,1%) così evidenziando un grave problema di mancata autosufficienza dal punto di vista dell'approvvigionamento energetico.

Quanto alle fonti, la produzione nazionale di energia elettrica proviene per circa due terzi da fonti fossili o termico³³ e per circa un terzo da fonti rinnovabili (tra cui, appunto, l'idroelettrico).

Tra le fonti rinnovabili la più importante è tuttora senza dubbio (esattamente come avveniva nell'ottocento) l'acqua: l'energia prodotta da fonte idroelettrica, nonostante l'enorme sviluppo che hanno avuto le altre fonti come l'eolico e il solare, è circa il quadruplo di ognuna delle altre fonti: in particolare su un totale di 27,1% di energia prodotta da fonti rinnovabili il 12,3% viene dall'acqua, il 5,5% dal solare, il 3,9% dall'eolico e il 3,7% dalle biomasse.

E dunque, sebbene oggi, nella vulgata comune, quando si pensa alle energie rinnovabili si faccia assai spesso riferimento all'eolico e al solare, in realtà la più importante, almeno nel nostro paese, fonte di energia rinnovabile, resta ancora l'acqua: i fiumi e i corsi d'acqua del nostro paese ci forniscono un'energia che è pari a quella che importiamo dall'estero e che, nel complesso, è molto di più di tutte le altre fonti rinnovabili messe insieme.

E l'energia da fonte idroelettrica - si noti - continua a crescere negli anni: basti considerare che nel 2013 la produzione idroelettrica è aumentata del 21,4%³⁴.

Per avere un'idea comparativa, infine, tra il totale dell'energia elettrica prodotta da fonte idroelettrica a livello mondiale e quella nel nostro paese si consideri che la prima è stata pari a 3288 TWh (tale produzione è di poco superiore al 16% dell'energia elettrica complessivamente prodotta a livello mondiale nel corso del

kWh, pari a +3,4% rispetto al 2011. I consumi nell'agricoltura, attestati a 5,9 miliardi di kWh, sono risultati pressoché stabili sui volumi dell'anno precedente (+0,3%). (*Dati statistici 2012*, Terna distribuzione, in *www.terna.it*).

³³ In percentuale tra i combustibili fossili il più utilizzato è il gas (37,9%), poi il carbone e, infine, il petrolio (2,8%).

³⁴ fonte *Assorinnovabili*; gennaio 2014

2008) e la nostra si attesta grosso modo tra i 36 e i 46 TWh a seconda della piovosità (a fronte ad esempio della Cina con 585 TWh, degli USA con 282 TWh o della Svezia con 69TWh).

Secondo il World Energy Council (WEC) il potenziale idroelettrico tecnicamente sfruttato nel mondo è attualmente un quarto di quello potenzialmente sfruttabile³⁵: l'Europa sfrutta circa il 29% del suo potenziale, mentre l'Italia lo sfrutta abbondantemente (abbiamo una potenza installata che è pari a circa un quinto della potenza installata negli USA ma non possiamo ulteriormente aumentarla in modo rilevante)³⁶.

3. Le concessioni per la derivazione di acque: i numeri degli impianti e le unità di misura

Una volta chiarito che l'energia idroelettrica è senz'altro la più rilevante tra tutte le fonti rinnovabili può essere utile fornire qualche numero in relazione agli impianti idroelettrici.

In base ai dati di Terna distribuzione al 31 dicembre 2012 gli impianti di energia idroelettrica nel nostro paese erano circa 3000 (per la precisione 2977)³⁷.

³⁵ M. MASI M. e S. CARRA', *Le energie rinnovabili*, in *Le fonti di energia* (a cura di Sergio Carrà), Il Mulino, 2008, 139.

³⁶ Molti esperti ritengono che il territorio italiano sia quasi al limite di sfruttamento, avendo realizzato grandi impianti in ogni sito ove fosse opportuno e conveniente dal punto di vista tecnico ed economico e pertanto non si possa prevedere un sostanziale incremento di tale fonte di energia: cfr. M. MASI M. e S. CARRA', *Le energie rinnovabili*, in *Le fonti di energia* (a cura di Sergio Carrà), Il Mulino, 2008, 139 e D.FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *L'acqua e il diritto, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, 2011. Si pensi che dal 2000 risultano costruiti solo 6 nuovi impianti superiori ai 10 MV...: G. RUGGERI - S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 77.

³⁷ E' stato calcolato che fino al 1945 sono state realizzate nel nostro paese 160 dighe per uso idroelettrico e che nel periodo 1945-1970 ne siano state costruite altrettante: G. RUGGERI - S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 75

La gran parte di essi è ovviamente situata nell'Italia settentrionale (2318), più ricca di montagne e corsi d'acqua, ma non mancano né impianti posizionati nell'Italia centrale (sono 368) né impianti ubicati nella parte meridionale del paese (sono 222).

Il mercato delle imprese che producono energia idroelettrica è molto limitato: tra gli attuali concessionari va considerata innanzitutto l'ENEL con più di 500 impianti in tutto il paese³⁸ (come vedremo si tratta del soggetto che ancora di fatto può considerarsi monopolista), poi una serie di altri grandi produttori³⁹, infine vi è una pluralità di società con un unico impianto⁴⁰.

Le associazioni di riferimento del settore sono l'*International Energy Agency* (IEA), l'*European Small Hydropower Association* (ESHA), l'Associazione Produttori Energia da fonti Rinnovabili (APER) e la Federazione Produttori Idroelettrici (FEDERPERN Italia) i cui siti istituzionali costituiscono una vera e propria miniera di dati sull'energia idroelettrica.

Dal punto di vista delle dimensioni quasi i due terzi di tutti gli impianti sono molto piccoli: ben 1866 impianti producono solo fino a 1 MV di energia elettrica e solo la parte restante produce più di 3 MV (una quarantina sopra i 100 MV)⁴¹.

A questo riguardo, dato che nel corso della presente trattazione si utilizzeranno inevitabilmente termini tecnici a cui non tutti i giuristi sono avvezzi al fine di descrivere aspetti di cui si occupa il legislatore, si è ritenuto opportuno far precedere alcune precisazioni terminologiche per facilitare la lettura innanzitutto sulle unità di misura.

³⁸ Gli impianti ENEL sono 539 come risulta dal sito web della stessa società (www.enel.it).

³⁹ Tra queste vi sono poi la Edison con circa 70 impianti, la Compagnia Valdostana delle Acque con 31 impianti, l'A2A con 15 impianti. Vi sono poi altre società con pochi impianti come Secab con 5 impianti, Idroelettriche riunite con 4 impianti, IREN con 4 impianti; Edipower con 3 impianti e Sorgenia con 2.

⁴⁰ Per es. Sistemi energia o Botto.

⁴¹ Gli impianti sopra i 10MV sono oggi circa 300. Essi rappresentano l'11% degli impianti ma offrono quasi l'80% della produzione idroelettrica: G. RUGGERI - S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L'acqua*, 2011, n. 6, 77

Com'è noto l'unità di misura dell'energia elettrica è il Watt (abbreviato "W") ma si tratta di un'unità di misura talmente piccola da risultare inutile ai nostri fini⁴²; già più utile è la nozione di chilowatt (abbreviato "KW") che si riferisce a 1000W⁴³. Ma si tratta ancora di misure piccole se rapportate alla produzione: per queste si usa il MegaWatt (abbreviato "MW") che equivale a 1000kW⁴⁴.

E, come si è detto, quasi due terzi degli impianti esistenti nel nostro paese (1886 su 2977), producono fino a 1 MV ossia ognuno di essi è in grado di dare energia a poco più di trecento appartamenti.

L'unità di misura costituita dal MegaWatt (MV) è assai rilevante sotto il profilo giuridico dal momento che, come si vedrà, il legislatore ha fissato la soglia convenzionale tra impianti piccoli (piccole derivazioni) e grandi (grandi derivazioni) è stata fissata nel nostro paese in 3MV (in altri paesi la situazione è assai diversa⁴⁵).

Proseguendo con le grandezze multiple si arriva dai MegaWatt ai GigaWatt (GW): con 1000 MW si ha 1GW che è l'unità con cui si misura, come abbiamo visto, il fabbisogno nazionale lordo.

⁴² Tutti siamo abituati a vedere lampadine da 100W o da 60W e abbiamo pertanto l'idea che il W sia un'unità di misura talmente piccola da risultare di fatto inutile se non come base per altre unità.

⁴³ Generalmente con una fornitura di 3KW si riesce a far funzionare un appartamento medio (ed infatti i contratti sono assai spesso da 3KW o anche da 6KW).

⁴⁴ Tanto per avere un'idea con un 1 MW si riescono a fornire 333.33 appartamenti con contratti da 3kW ciascuno.

⁴⁵ Cfr. paragrafo su "La situazione in Europa" nel capitolo sulla tutela della concorrenza

4. Gli impianti per la produzione di energia idroelettrica: funzionamento e distinzioni (pico idroelettrico, microidroelettrico, minidroelettrico)

Il funzionamento di un impianto idroelettrico è estremamente semplice: l'acqua, dopo aver percorso le condotte forzate⁴⁶, raggiunge la turbina, un particolare macchinario che permette di convertire l'energia potenziale gravitazionale posseduta dall'acqua stessa in energia meccanica. La girante della turbina è collegata tramite un albero ad un alternatore, un particolare macchinario in grado di convertire l'energia meccanica in energia elettrica⁴⁷.

Sotto il profilo delle tipologie vi sono impianti ad acqua fluente⁴⁸, a serbatoio⁴⁹ o a bacino: questi ultimi sono ad oggi gli impianti idroelettrici più potenti e sfruttati; presentano però un notevole impatto ambientale determinato soprattutto dagli invasi, che occupano significative porzioni di territorio e richiedono accurate indagini geologiche e costante monitoraggio. Comprendono impianti a bacino idrico naturale (laghi) o artificiale; a volte sono bacini naturali nei quali si aumenta

⁴⁶ Fanno eccezione gli impianti ad acqua fluente che sono gli unici a non essere dotati di condotte forzate.

⁴⁷ In generale sul punto cfr. L. CERE', *La produzione di energia elettrica – Le centrali*, in *L'energia un quadro di riferimento*, Torino, 2001, 104ss.

⁴⁸ Gli impianti ad acqua fluente erano molto diffusi all'inizio del secolo scorso, soprattutto per azionare macchine utensili di piccoli laboratori; oggi il loro potenziale, a detta dei tecnici, sarebbe sottoutilizzato. Non dispongono di alcuna capacità di regolazione degli afflussi, e la portata sfruttabile coincide con quella disponibile nel corso d'acqua (a meno di una quota detta deflusso minimo vitale, necessaria per salvaguardare l'ecosistema); pertanto le turbine producono con modi e tempi totalmente dipendenti dalla disponibilità del corso d'acqua. Il loro impatto ambientale è di solito contenuto e limitato. Gli impianti ad acqua fluente in genere possono avere un serbatoio con durata di invaso sempre inferiore alle 2 ore.

⁴⁹ Gli impianti a serbatoio prendono il nome dal serbatoio di regolazione stagionale, essi hanno una durata di invaso maggiore o uguale a 400 ore.

la capienza con dighe di sbarramento. L'utilizzazione dei bacini di accumulo svincola il funzionamento degli impianti dal regime di portata degli affluenti⁵⁰.

Partendo dai più piccoli vi sono impianti così ridotti che di fatto servono a coprire il fabbisogno di un singolo appartamento: si tratta del cd. "picoidroelettrico" che arriva a produrre fino a 5KW (come abbiamo visto un appartamento medio ha una fornitura di 3kW). Vi è poi il cd. "microidroelettrico" che produce sino a 100KW (servirebbe a coprire circa una trentina di appartamenti tanto per avere un'idea) e, soprattutto, il cd. "mini-idroelettrico" che produce sino a 1500KW (o 1,5 MV)⁵¹.

Si noti che mentre generalmente si ritiene che le possibilità di sfruttare il "grande idroelettrico" nel nostro paese siano di fatto molto limitate, invece per il mini idroelettrico, appaiono ancora ampie le possibilità di sfruttamento⁵².

Vengono considerati grandi impianti quelli sopra i 3 MV (il limite dei 3MV viene utilizzato per definire, ad esempio, come si vedrà, la competenza al rilascio della concessione che può appartenere alla Regione oppure alla Provincia).

Per avere un'idea approssimativa di come si distinguano gli impianti idroelettrici in Italia occorre distinguere tre categorie fondamentali: la prima è quella degli impianti da 0 a 1 MV (quindi tutto il pico-idroelettrico ed il microidroelettrico) che sono circa 1900 (1886) in tutto il nostro paese; la seconda è quella da 1 a 5MV, le piccole derivazioni (il mini-idroelettrico), che sono circa 650 (643) in tutto il nostro paese; infine, le derivazioni superiori ai 5MV (definite appunto come "grandi derivazioni") che sono circa 450 (448) (tra i 100 e i 200MV sono 25 e oltre i 200MV sono 17).

⁵⁰ Questo tipo di centrali hanno in genere potenze superiori ai 10 MW e possono arrivare a potenze enormi, come ad esempio nell'impianto di Itaipu in Brasile, che ha un bacino con estensione di 1.350 Km² ed una potenza di 12.600 MW.

⁵¹ Secondo l'analisi di Legambiente del 2011 riportata da M.RAGAZZO, *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Giappichelli, 2011, 3 i Comuni del minidroelettrico sono 946. Il Rapporto prende in considerazione gli impianti fino a 3 MV e la potenza totale installata nei Comuni italiani è di 988MV pari al fabbisogno di 1,6 milioni di famiglie.

⁵² Per D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *L'acqua e il diritto, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, 2011 "il mini o micro idroelettrico appare come una vera e propria nuova frontiera".

Dato che un'importante battaglia si gioca oggi sul mini-idroelettrico, data la sostanziale saturazione del mercato delle grandi derivazioni, converrà soffermarsi brevemente su di esso.

In linea di massima, come si è anticipato, per mini-idroelettrico si intendono quegli impianti di piccole dimensioni (in termini di potenza media installata) ad acqua fluente (e quindi non a serbatoio o a bacino) che, non disponendo di alcuna capacità di regolazione degli afflussi, sfruttano la portata naturalmente disponibile di un corso d'acqua.

Si noti che non esiste una definizione convenzionalmente accettata né a livello europeo né a livello mondiale di impianto "mini", vista la facoltà di ciascuno Stato di scegliere autonomamente la soglia per definire questi impianti e come si vedrà la legislazione italiana è tra le più restrittive in materia rispetto a quelle degli altri paesi europei (il nostro paese fissa la soglia dei 3 MV per la grande derivazione mentre negli altri paesi europei generalmente si usano i 10 MV⁵³).

Dato che nel nostro paese il sistema dei Certificati Verdi incentiva quegli impianti con potenza compresa tra 1 e 3 MW, 3 MW si considera il limite italiano oltre il quale non vi è più mini-idroelettrico.

Le opinioni sul ruolo e la convenienza del mini-idroelettrico sono assai discordanti: da una parte vi sono le posizioni favorevoli di coloro i quali (come ad es. le associazioni ESHA, SHERPA, APER) ritengono che esso produca un limitato impatto sull'ambiente (produzione di energia rinnovabile, riduzione del rischio di inondazioni, etc.), e, dall'altra, vi sono le posizioni contrarie delle associazioni ambientaliste per le quali l'intensivo sfruttamento idroelettrico dell'ultimo secolo ha già ampiamente compromesso l'ambiente montano, e l'odierno sviluppo del mini-idroelettrico viene dunque vissuto come un vero e proprio assalto ai pochi corsi d'acqua non ancora captati.

Nel mezzo si pongono coloro che, considerando che il mini-idroelettrico produce impatti contenuti solo in termini di alterazione del regime idrologico, del trasporto solido e del paesaggio, ma rilevanti impatti in termini di alterazione della morfologia di alveo/sponde e di interruzione della continuità fluviale, propongono

⁵³ Cfr. paragrafo sul t.u. del 1933.

di considerare accettabile la realizzazione di nuovi impianti mini-idroelettrici solo in presenza di talune condizioni⁵⁴.

Per tali posizioni intermedie il mini-idroelettrico potrebbe svilupparsi lungo le condotte degli acquedotti di montagna, lungo i canali irrigui artificiali e su tutti quei corpi idrici naturali in cui esistono già dei manufatti trasversali o dei salti da sfruttare.

Uno sviluppo idroelettrico così calibrato permetterebbe di recuperare una residuale producibilità idroelettrica indubbiamente limitata, ma senza compromettere la naturalità e la funzionalità ecologica di ecosistemi ancora integri, né peggiorare la situazione per quelli già sottoposti a stress ed impatti antropici.

5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 114 del 2013: la legittimità della soglia dei 3MV

In ordine alla legittimità di distinguere tra concessioni di piccola e grande derivazione e di sottoporre le une e le altre a regimi giuridici differenziati la Corte Costituzionale è intervenuta da ultimo con la sentenza n. 114 del 2013.

La questione di costituzionalità era stata sollevata dal Tribunale superiore delle acque pubbliche nei confronti di una legge della Provincia di Bolzano⁵⁵ che prevedeva la necessità del titolo comprovante la disponibilità delle aree interessate per le domande di derivazione a scopo idroelettrico con una potenza nominale

⁵⁴ Tra queste condizioni si annoverano il fatto che l'impianto non interessi un corpo idrico naturale inserito in un contesto ambientale di pregio, ancora vergine e inalterato (si pensi ai torrenti delle vallate d'alta montagna) e non comporti alcuna derivazione d'acqua (la tipologia richiesta è dunque quella di un impianto con opera di ritenuta e centrale incorporata, in cui cioè la presa e la restituzione sono ridotte al minimo e l'energia potenziale da sfruttare è data dalla differenza di quota che la ritenuta crea tra il pelo libero a monte e a valle della stessa).

⁵⁵ In particolare si discuteva degli articoli 10, comma 1, e 11 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 22 gennaio 2010, n. 2 (Norme in materia di agricoltura, usi civici, utilizzazione delle acque pubbliche, energia, urbanistica e tutela dell'ambiente).

media fino a 3 MW e di un'altra legge sempre della stessa Provincia⁵⁶ per la quale venivano considerate di pubblica utilità le opere per impianti con potenza nominale superiore a 3 MW.

Secondo il Tribunale remittente tali norme sarebbero costituzionalmente illegittime dal momento che violerebbero il principio fondamentale della legislazione statale⁵⁷ per il quale «le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili [...] sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti», senza alcuna differenza, tra centrali superiori od inferiori ai 3 MW.

In sostanza per il Tribunale remittente (e per le società di produzione di energia che erano intervenute nel giudizio) non sarebbe legittimo un regime giuridico differenziato tra piccoli e grandi derivazioni.

Da ciò discenderebbe - sempre secondo il Tribunale - la manifesta irragionevolezza della disciplina regionale sotto il profilo della diversa regolamentazione, non rispondente ad alcun interesse pubblico, tra centrali inferiori o superiori ai 3 MW, in ordine alla disponibilità dei terreni (richiesta solo per le prime) ed alla dichiarazione di pubblica utilità (prevista solo per le seconde).

La Provincia, viceversa, aveva concluso per la manifesta infondatezza della questione sostenendo, in particolare, che la previa disponibilità delle aree interessate è sancita dal nostro ordinamento quale condizione necessaria per qualsiasi attività edilizia. Sicché le disposizioni impugnate - nel quadro della materia espropriativa, riservata alla sua competenza primaria - sarebbero destinate solo a rendere più efficace e sicura l'azione amministrativa, e ad accelerare le procedure di concessione delle piccole derivazioni a scopo idroelettrico ove l'elemento concorrenziale tra più domande assume connotati più sfumati in considerazione del ridotto valore economico delle stesse.

⁵⁶ Si trattava dell'articolo 24, comma 1, della legge della Provincia autonoma di Bolzano 21 dicembre 2011, n. 15 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione per l'anno finanziario 2012 e per il triennio 2012-2014 - legge finanziaria 2012), nella parte in cui si pronunciava ai fini della legge provinciale 15 aprile 1991, n. 10.

⁵⁷ Di cui all'art. 12, comma, 1, del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità).

La previsione di un regime differenziato tra le piccole e le grandi derivazioni non si porrebbe, poi, in contrasto con il principio di ragionevolezza, essendo l'intera disciplina delle derivazioni caratterizzata da tale distinzione, conosciuta anche nella legislazione statale.

Per la Corte le argomentazioni della Provincia sono fondate.

Il fatto che la Provincia avrebbe legiferato in materia di sua competenza concorrente (che, ancorché non esplicitamente indicata, si deduce dalla motivazione dell'ordinanza di rinvio essere quella della "produzione dell'energia") in dissonanza con il principio fondamentale, di cui all'art. 12 del d.lgs n. 387 del 2003 che sancirebbe una generalizzata qualificazione «di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti» di tutti gli impianti alimentati da fonti rinnovabili e quindi violando il precetto di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione non è, per la Corte Costituzionale, sostenibile.

Per un verso, infatti, la scelta del legislatore provinciale - di richiedere per gli impianti di minore dimensione, che la disponibilità dell'area venga acquisita bonariamente, nella ritenuta assenza di un interesse prevalente che giustifichi la compressione del diritto del proprietario del fondo attraverso l'introduzione di una procedura ablativa (in un contesto territoriale, per altro, in cui già insistono oltre 900 centrali idroelettriche che, come afferma la resistente, «coprono più del doppio del fabbisogno regionale») - riflette una scelta politica legittimamente esercitata nel quadro, come esattamente puntualizzato dalla Provincia, della sua competenza legislativa primaria in tema di «espropriazioni per pubblica utilità per tutte le materie di competenza provinciale»⁵⁸, tra cui anche quella, appunto, delle piccole derivazioni a scopo idroelettrico (articolo 9, numero 9, dello statuto stesso).

E dunque la Corte conclude per la piena legittimità delle norme provinciali che hanno sottoposto ad un regime diverso le concessioni di piccola derivazione da quella di grande derivazione.

⁵⁸ Art. 8, num. 22 del d.P.R. 31 agosto 1996, n. 670, recante «approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige».

CAPITOLO II: Dalle origini al testo unico del 1933

1. *Il diritto romano: la triplice qualificazione delle acque*

Passando ora dalla parte per così dire tecnica delle acque a quella giuridica per delinearne i tratti essenziali bisogna ripercorrere, seppur per cenni, le fasi essenziali del suo sviluppo.

E l'analisi non può che prendere le mosse dal diritto romano dal momento che in esso tale disciplina affonda le sue radici⁵⁹ data l'importanza sociale delle acque che in tale ordinamento venne avvertita in modo sensibile⁶⁰.

E' in questa epoca storica che si sviluppa una sensibilità particolare⁶¹ e una consapevolezza forte sia da parte dei pubblici poteri che da parte degli antichi giureconsulti delle molteplici utilità della risorsa "acqua" capace di soddisfare le esigenze vitali dell'uomo considerato sia come singolo che come *civis* ossia come membro di una società civile più ampia ed articolata.

Per il diritto romano le acque sono un'entità dalle molteplici utilità: esse, infatti, erano rilevanti sia sotto il profilo dell'economia dello Stato sia per la vita dei cittadini e venivano distinte in acque pubbliche e private in modo non sempre del tutto chiaro⁶².

⁵⁹ Cfr. M. LONGO, *Il regime romano delle acque pubbliche*, in *Riv. it. per le sc. Giur.*, 1918, 475; G. COSTA, *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, 83ss.

⁶⁰ Cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, 2012, 229. Secondo l'A. il "sostanzioso sistema di governo delle acque che venne elaborato nella romanità lascia intravedere i prodromi di un diritto pubblico *ante litteram*". In argomento cfr. anche G. LANDI, *Derivazioni di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 297.

⁶¹ In argomento cfr. G. ASTUTI, *Acque (storia)*, in *Enc. dir.*, I, 348. Nel quale l'A. sottolinea la fondamentale importanza del diritto romano in materia di acque che crea in un certo qual modo le basi per il diritto moderno. Al riguardo l'A. ricorda il giudizio di VITTORIO SCIALOJA, "il diritto dei Romani, anche in materia di acque, si avvicina molto di più al diritto modernissimo, che non al diritto immediatamente precedente al nostro".

⁶² Secondo il giureconsulto Ulpiano "*Flumina quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassium definit quod perenne est*" (*Digesto*, 43.12.1,3). In tal senso Ulpiano

Nel diritto romano l'importanza e il rilievo delle acque giustificò l'istituzione di specifici organi amministrativi per la gestione delle stesse se qualificate come acque pubbliche⁶³: in un primo periodo, quello repubblicano, si occupavano di acque pubbliche i censori, gli edili e i questori⁶⁴; in un secondo tempo (22 a.C.) il Senato investì l'imperatore della *cura annonae* e nell'anno 11 a.C. venne incaricato anche della *cura aquarum*⁶⁵; in un terzo periodo, ai tempi dall'Imperatore Augusto e di Claudio, vennero istituiti i *curatores*.⁶⁶

Nel diritto romano si assisteva ad un tendenziale libero accesso alla risorsa acqua da parte di tutti i cittadini; la classificazione operata dai Romani elencava tre tipologie di acque ossia acque comuni, acque pubbliche e acque private.

Le acque comuni erano quelle necessarie ed essenziali alla vita dell'uomo per cui erano a disposizione di tutti ed erano sottratte a qualunque dominio sia da parte dello Stato sia da parte dei privati⁶⁷.

Marciano le definiva "*res communis omnium*"⁶⁸ ed esse superavano la dicotomia delle *res private* e delle *res publicae*: le acque comuni come *l'acqua profluens*

individua il crinale di separazione tra acque pubbliche e acque private nella perennità del corso d'acqua.

⁶³ Cfr. G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 4.

⁶⁴ Da una analisi delle diverse magistrature indicate, è facile riconoscere un ruolo di principale importanza ai censori che, come noto, erano organi preposti alla costruzione di opere pubbliche quali basiliche, vie, teatri e, evidentemente, dovevano occuparsi anche della costruzione dei grandi acquedotti.

⁶⁵ G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 5.

⁶⁶ Cfr. G. DE RUGGERO, *Dizionario epigrafico di antichità romane*, voce *Acqua*, vol. I, 544; G. LANDI, *Derivazioni di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 297.

⁶⁷ Cfr. DOVERI, *Ist. di diritto rom.*, I, 393: "nessuno può divenire proprietario del mare, dell'aria e dell'acqua corrente, considerate queste cose in astratto; ma si diviene proprietari di quella porzione d'acqua che fu raccolta ad un fonte o attinta dal mare, ed allora quella parte o porzione di queste cose comuni che né è stata separata o disgiunta perde il suo significato di *res communis omnium*".

⁶⁸ Sul contributo di Marciano in relazione all'emersione della categoria delle *res communes omnium* cfr. G. GROSSO, *Precisazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche*, in *Scritti*

appartengono a tutti per diritto di natura⁶⁹ e “chiunque le può usare nei limiti dei propri bisogni purchè non venga leso il diritto concorrente di altri che hanno analoga facoltà di uso”.

L'appartenenza comune della risorsa consente il suo sfruttamento da parte di ciascuno incontrando però, un duplice limite e cioè, che ciò non fosse di nocumento ad altri usi pubblici e non pregiudicasse la navigabilità del corso d'acqua⁷⁰. Tradizionalmente, infatti, la navigazione viene considerata come il principale tra gli usi delle acque pubbliche e tale uso era preminente rispetto ad

giuridici in onore di Santi Romano, IV, Padova, 1940, 177; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 230 e 231, nel quale l'A. osserva che “Marciano recuperava echi di un assetto comunitario primordiale in cui nessuno aveva ancora rivendicato l'esclusività del dominio su alcuni beni ...ma proiettava nel presente un limite all'appropriabilità di alcuni beni destinati a rimanere nella generalizzata disponibilità di tutti gli uomini”. Inoltre cfr. G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. III, Milano, 1948, 59. Un richiamo alla categoria delle *res communis omnium* si trova in G. TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, Torino, 2003, 47 ed anche M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a “res communis omnium” a bene collettivo*, in *Anal. Giur. econ.*, 2010, 39.

⁶⁹ Cfr. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, 258-259. Secondo l'A. il giurista Marciano nell'inquadrare questa categoria delle *res communis omnium* sembra riprendere gli spunti del *De officiis* di Cicerone. In posizione critica G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. III, 1948, 59: l'A. considera sia le acque fluenti che quelle lacuali come demaniali prima di ogni altro elemento e ritiene che “l'opinione che l'acqua corrente costituisca *res communis omnium* è stata appunto più volte sostenuta, per influsso della tradizione romanistica e per la difficoltà di alcuni autori a considerare oggetto di proprietà un bene continuamente variabile nelle sue parti costitutive. E' chiaro, che il diritto moderno considera l'acqua come oggetto di dominio sia pubblico che privato; quanto alla variabilità dei suoi elementi, essa resta superata...”. In tal senso cfr. DE CUPIS, *Del concetto di proprietà sulle acque fluenti*, Roma, 1909.

⁷⁰ M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a “res communis omnium” a bene collettivo*, in *Anal. giur. econom.*, 2010, 50 ss. ove, deducendo tale dato da un frammento di Pomponio, si mette in luce come le acque fossero liberamente derivabili da chiunque con il duplice limite che ciò non fosse di nocumento ad altri usi pubblici e non pregiudicasse la navigabilità del corso d'acqua.

altri⁷¹, cosicchè non era lecito derivare acque da un fiume navigabile o da un suo confluente per il timore che tali prelievi potessero inevitabilmente pregiudicare la navigabilità del corso.

Le acque pubbliche erano invece quelle destinate agli usi pubblici dallo stesso legislatore ed era lo stesso Stato che le poneva a disposizione dei singoli perché fossero usate.

Dall'analisi della dottrina che si è occupata del tema emerge con chiarezza che il legislatore romano individuasse nell'*aqua profluens* una titolarità comune a tutti gli individui diversa dall'acqua che scaturisce dal *flumen*, a tale vocabolo infatti i Romani diedero un significato di grande rilevanza dal momento che questo costituiva la linea di demarcazione tra ciò che è pubblico e ciò che è privato⁷².

Il *flumen*, ossia ogni acqua corrente dal fiume reale al più piccolo ruscello (di maggiore o di minore portata) purché perenne, rientrava nel novero delle acque pubbliche⁷³ invece i corsi d'acqua non perenni, quali i *flumina* torrenti, che durante l'estate si essiccavano, appartenevano ai privati.

Questa classificazione così netta in ciò che era perenne, e ciò che non lo era, sta certamente nel fatto che il legislatore al continuo scorrere del fiume dava un significato di "costanza"(continuità) del bene e laddove è presente ciò che è continuo e scorre costantemente, il bene può divenire di pratica utilità.

Pubbliche pertanto erano le acque perenni, mentre tutte le altre erano suscettibili di appropriazione da parte dei privati.

⁷¹ In argomento cfr. V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, I, 7; U. POTOTSCHING, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1013.

⁷² Sul punto cfr. F. VASSALLI, *Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, in *Acqua e trasporti*, 1917, ed ora in *Id.*, *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 39. L'A. nel suo scritto dimostra che i *flumina pubblica* erano- nella romanità-, come nel primo novecento- " lasciati all'uso pubblico".

⁷³ Sulla classificazione delle acque in epoca romana cfr. G. ASTUTI, *Acque (storia)*, in *Enc. dir.*, I, 351

Il principio generale è, infatti, quello che riconosce l'“*usus publicus*”, ossia che le acque sono aperte all'uso libero e gratuito di tutti, senza che occorra alcuna autorizzazione o concessione da parte dei pubblici poteri, dal che se ne deduce che la disciplina delle acque “appare caratterizzata da una netta prevalenza degli interessi pubblici e collettivi sopra quelli puramente privati”⁷⁴.

Le acque private invece erano quelle assoggettate all'assoluto dominio dei privati, rientravano in tale classificazione le acque che scaturivano da sorgenti o quelle che confluivano in un acquedotto privato.

2. Il diritto medievale: le acque come proprietà del Principe e la necessità del titolo per la derivazione

Con la caduta dell'Impero romano d'occidente e la conseguente invasione barbarica⁷⁵ si assiste ad una svalutazione dell'eredità classico-romana e alla volgarizzazione del diritto⁷⁶.

L'arbitrio e la violenza del popolo barbaro stravolsero le regole rigorose e inflessibili attraverso le quali gli stessi cittadini in epoca romana avevano salvaguardato le acque sottoponendole a tutela.

Si assiste, quindi, al passaggio da una disciplina giuridica ben definita e completa ad una “deregolamentazione” totale del sistema.

⁷⁴ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 235; G. ASTUTI, *Acque (storia)*, in *Enc. Dir.*, vol. I, 229

⁷⁵ In argomento cfr. G. LANDI, *Derivazioni di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 298; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 239.

⁷⁶Sul punto cfr. G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8.

Il tramonto della fase “florida” e “luminosa” costituita dall’esperienza classico-romana, lascia lo spazio ad un periodo secolare nel quale si affermano concezioni privatistico-patrimoniali tipiche degli ordinamenti feudali⁷⁷.

Le acque, soprattutto quelle meno importanti, divennero, infatti, oggetto di appropriazione da parte dei privati il che limitò fortemente l’uso pubblico dell’acqua.

Si giustificò, quindi, che il Principe assumesse il dominio delle acque di maggiore importanza (quelle necessarie a soddisfare i bisogni della collettività) per sottrarle alle usurpazioni dei privati.

Il risultato di questa signoria (dominio), soprattutto dopo la dominazione dei Longobardi e dunque nel periodo feudale, fu l’affermarsi del concetto di *regalia*, cioè della proprietà regia dei beni di interesse pubblico⁷⁸.

In tal modo vennero a concentrarsi nelle mani del Principe e dei feudatari dei veri e propri diritti patrimoniali sulle acque⁷⁹ con la conseguenza di una profonda confusione tra il *dominium* del sovrano e i beni in pubblico uso.

⁷⁷ Un chiaro esempio di quanto è riportato ci viene illustrato da G. CASTELLI-AVOLIO, *Commento alle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici*, Napoli, 1936. Infatti, l’A. scrive del particolare regime a cui furono sottoposte le acque nell’Italia longobarda. Sembra che scomparsa inizialmente la differenza tracciata “faticosamente” dai giuristi romani tra acque pubbliche e acque private, l’utilizzo fosse consentito praticamente a chiunque.

⁷⁸ Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 239; G. LANDI, *Derivazioni di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 298; G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8.

⁷⁹ Tale aspetto è sottolineato da H. FRITSCH, in *Jus fluvialium*, Jena, 1672, Capitolo I, 7. I corsi di primaria importanza erano proprietà patrimoniale del Principe il quale in base a questo diritto di proprietà poteva vendere cedere o donare l’uso della cosa pubblica o la cosa pubblica stessa. Cfr. G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8 nonché A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Padova, 1874, vol. IV, 376 il quale riferisce molti documenti di concessioni di acque. In tal senso anche E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 238.

La *lex Quominus* avvalorata dalla tradizione medievale e consacrata dalla Dieta di Roncaglia considera, infatti, i “*flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia*” facenti parte dell’istituto della regalia⁸⁰.

La concezione per la quale i fiumi sono di proprietà del Principe, ben si adatta con il conseguente sistema delle concessioni per l’utilizzazione delle stesse o per la costruzione di mulini⁸¹.

Il concetto di fondo è che i fiumi appartengono al Principe⁸² e che si possano utilizzare/derivare solo con un suo permesso.

Sebbene in alcuni Statuti del XIII secolo e del XIV, come quelli di Verona, Brescia e Parma⁸³, si dia facoltà ai privati di estrarre l’acqua anche dal fiume pubblico, la regola generale (che si trova ad es. nelle consuetudini milanesi e negli statuti di Lodi e di Novara)⁸⁴ è, già allora, il sistema delle concessioni.

Le costituzioni di Carlo V sono tra le prime a stabilire espressamente un divieto di derivazione d’acqua quando manchi il titolo.

Il principio era chiarito anche dalla dottrina dell’epoca: Bartolomeo Cipolla, avvocato, consulente e giudice ma soprattutto uno dei redattori delle norme statutarie veronesi delle acque del 1455, mette in primo piano il *dominium* del principe sui corsi di acqua.

⁸⁰ Sul punto cfr. G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 9 e soprattutto cfr. L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell’esperienza storico- giuridica*, Torino, 1994, 323.

⁸¹ Sul punto molto interessante il lavoro di L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell’esperienza storico- giuridica*, Torino, 1994, 323 e ss.

⁸² L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell’esperienza storico- giuridica*, Torino, 1994, 323 e ss.; G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8.

⁸³ Così G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 9.

⁸⁴ Sulla condizione dei comuni lombardi di allora cfr. S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, 531e L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell’esperienza storico- giuridica*, Torino, 1994, 324;

Il giureconsulto sottolinea che se il fiume è pubblico è necessaria la concessione da parte del principe stesso a cui appartengono fiumi di tale natura (ma al contempo ricorda l'acquisizione da parte della città lombarda dopo la pace di Costanza, del mero imperio su di essi)⁸⁵.

E' chiara l'idea che la concessione principesca sia necessaria per derivare l'acqua dai fiumi navigabili: è infatti facoltà del principe proibire qualunque estrazione da un fiume pubblico e anche da uno privato, come si può constatare in alcuni statuti, mentre in quelli mantovani, e soprattutto negli statuti di Milano, si dà non solo la facoltà di estrarre acqua dal fiume pubblico, ma al contempo l'autorizzazione di condurla verso fondi altrui in contrasto con la tradizione del diritto comune⁸⁶.

La dottrina ritiene indispensabile l'autorizzazione del Principe o del Senato per la derivazione di acque ma si consente che le concessioni possano essere acquistate anche con uno speciale privilegio.

La dottrina si trova, pertanto, nella necessità di conciliare il diritto statutario prima e principesco poi, con il diritto comune; e si connota per le oscillazioni tra l'esigenza di una derivazione libera e gratuita delle acque dai fiumi pubblici e il sistema delle concessioni, senza elaborare una vera e propria teoria della destinazione e dell'utilizzazione delle acque.

Nel corso dei secoli XVI e XVII, la concezione patrimoniale dei diritti regali spettanti ai principi sulle acque pubbliche si accentua con la costituzione di rapporti di concessione che richiamano quelli di tipo feudale.

Negli stati sabaudi per manifesta influenza della concezione teorica francese del *domaine royal*, almeno dal XV secolo vige l'applicazione del principio che le acque

⁸⁵ In riferimento alla Pace di Costanza , tra i tanti lavori cfr. L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico- giuridica*, Torino, 1994, 325; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 2; G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8.

⁸⁶ Si noti, tuttavia, che successivamente nel Mantovano i Gonzaga instaurarono maggiori restrizioni nelle derivazioni di acque; e che anche nel Milanese il duca Filippo Maria Visconti aveva stabilito nel 1446 la proibizione di derivare acqua dai fiumi pubblici senza espressa licenza.

appartengono al dominio e al patrimonio della Casa di Savoia⁸⁷ e sono di conseguenza inalienabili come tutti gli altri beni della Corona⁸⁸.

Già con Emanuele Filiberto i corsi d'acqua vengono considerati di proprietà del duca, il quale ne dispone a favore di collettività e di privati mediante atti di concessione⁸⁹, affermando in tal modo i propri diritti eminenti elargendo solo diritti di uso ed esercitando al contempo poteri di polizia amministrativa e giurisdizionali attraverso l'istituzione nel 1577 di un controllore specifico, il Magistrato delle acque, per "la cura di intendere di tutte le querele, et differenze che occorreranno né Stati di qua da' monti per conto delle dette acque".

Un'istituzione analoga per la tutela delle acque compare anche a Venezia, con alcune peculiarità⁹⁰.

Il Senato veneto, per non lasciare il patrimonio idrico regolato soltanto in base alle consuetudini locali, dichiara nel 1556⁹¹ tutti i corsi, senza distinzione di pubblici e

⁸⁷ In argomento cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 245, nonché L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 1994, 327 e ss.

⁸⁸ In argomento M. A. BENEDETTO, *Acque e diritto intermedio*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 203 e ss.

⁸⁹ Sul punto cfr. G. ASTUTI, *Acque (storia)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 385.

⁹⁰ In argomento, sulla storia di Venezia cfr. S. AMOROSINO, *Il governo delle acque. La salvaguardia di Venezia: una storia amministrativa italiana*, Roma, 2002 ed anche I. CACCIAVILLANI, *Il regime giuridico della laguna di Venezia. Storia e ordinamento*, Padova, 2000.

⁹¹ Sul punto cfr. U. MOZZI, *I magistrati veneti alle acque e alle bonifiche*, Bologna, 1926, 25; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 244 nel quale l'A. sottolinea che tutte le acque presenti nel territorio di San Marco, vennero dichiarate senza alcuna eccezione di dominio della Signoria.

privati di proprietà della Serenissima; e istituisce nello stesso anno il Magistrato dei beni Inculti⁹².

Le concessioni delle acque, attraverso un'ampia casistica, vengono vincolate al pagamento all'erario pubblico di un canone generalmente a fronte di un riconoscimento di possesso trentennale.

Le numerose terminazioni del Senato mostrano, infatti, come tutte le acque, comprese le sorgenti siano demaniali: pertanto non si può parlare di proprietà ma soltanto di utilizzazione.

Per tornare agli Stati sabaudi, Vittorio Amedeo II nella seconda edizione delle Regie Costituzioni del 1729 estende ai corsi d'acqua il principio della demanialità dichiarando regali tutti i fiumi e i torrenti.

Tale principio che lega i corsi d'acqua al patrimonio della Corona, trova ulteriore conferma in un'altra disposizione, dove si stabilisce che non si possono alienare ed infeudare beni appartenenti al demanio come le "ragion d'acqua".

Si conferma in tal modo, l'interesse pubblico verso le acque: il sovrano ne controlla e regola l'utilizzazione attraverso le concessioni.

Ottenuta la concessione, si proibiscono opere di ostacolo alla navigazione: qualsiasi tipo di danno deve essere risarcito sulla base di precise regole disposte dalla Camera dei Conti, quale organo di controllo amministrativo e giurisdizionale.

L'orientamento della giurisprudenza sabauda più frequentemente riscontrabile nelle motivazioni delle sentenze si rivolge in particolare al diritto di proprietà delle acque, in un'ottica intesa all'utilizzazione del patrimonio idrico al fine di un miglioramento economico e sociale, legando la prosperità del paese alla regolamentazione del regime giuridico delle acque.

Sulla base del principio di demanialità espresso dalle Regie Costituzioni 1729 e della conseguente instaurazione di un regime di concessione, la giurisprudenza

⁹² In argomento, T. ISENBURG, *Acque e Stato, Energie, bonifiche, irrigazione in Italia fra 1939 e 1950*, Milano, 1981, 9 e G. LANDI, *Derivazioni di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 298.

insiste sul diretto controllo governativo delle risorse idriche per la salvaguardia del pubblico interesse alla produttività delle terre⁹³.

Mentre negli stati sabaudi viene definito, anche se con lentezza, il problema della demanialità delle acque con una disciplina adeguata a favorirne il controllo pubblico, nel vicino Milanese la questione si pone solo all'inizio dell'800, senza peraltro giungere ad una adeguata soluzione fino al Codice unitario.

Anche nei territori del Modenese non viene stabilito il principio della demanialità.

Nonostante il rilievo di tutte le innovazioni nella materia delle acque presenti nelle Regie Costituzioni sabaude, che sono fonte precisa per la compilazione del Codice estense emanato da Francesco III nel 1771, esse non vengono recepite a Modena.

Il Codice estense, infatti, non presenta alcun articolo relativo alle acque all'infuori di uno riguardante lo stillicidio.

In sintesi, quindi, nel periodo medievale si afferma il principio che le acque sono di proprietà del Principe e che per derivarle si necessita di un provvedimento dello stesso.

3. La legge del 1865 e il codice civile: le diverse estensioni del concetto di demanialità riferito alle acque

La determinazione giuridica del concetto giuridico delle acque pubbliche o demaniali, diede luogo a non pochi contrasti giurisprudenziali e dottrinari soprattutto a partire dall'unificazione del Regno di Italia.

All'indomani dell'unificazione amministrativa, infatti, venne emanata la prima legge concernente il regime delle acque, allegato F della legge 20 marzo 1865, n. 2248, relativo ai lavori pubblici e, solo tre mesi dopo, il codice civile unitario⁹⁴.

⁹³ L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 1994, 327

⁹⁴ Molto importanti sul punto i lavori di G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. III, Milano, 1948, 49 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, I, 1 e ss.; L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 1994, 321; F. PACELLI, *Le acque pubbliche*, Padova, 1934; G.

Le due disposizioni presentavano una forte antinomia sulla condizione giuridica dei corsi d'acqua e cioè sull'estensione o meno della demanialità ai cosiddetti "corsi minori". Del resto, tale antinomia è originata specificamente dalla polivalenza dei concetti di demanialità e pubblicità delle acque⁹⁵.

Il termine demaniale è ancora usato nel significato di patrimoniale, proprio del codice albertino⁹⁶ e della precedente legislazione sabauda; e l'espressione acqua pubblica viene considerata nel duplice senso di acqua destinata all'uso pubblico e di acqua appartenente al patrimonio dello Stato.

Dal dettato normativo presente nel Codice civile del 1865 il legislatore limita sensibilmente il concetto della demanialità o pubblicità delle acque stabilendo che fra le acque avrebbero avuto carattere demaniale solo i fiumi e i torrenti (art. 427), mentre i corsi minori invece sarebbero stati a disposizione dei proprietari dei fondi, i quali potevano usarne liberamente per l'irrigazione dei loro terreni e l'esercizio delle loro industrie (art. 543).

La legge del 1865 intitolata "dei fiumi, torrenti, laghi, canali, righe e colatori naturali" riconosceva, invece, che al Governo era affidata la suprema tutela sulle acque pubbliche (art. 91) e poneva fra le acque pubbliche, oltre ai fiumi e i torrenti,

MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 25; G. LANDI, *Derivazioni di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 298; M. COSTANTINO, *Sfruttamento delle acque e tutela giuridica*, Napoli, 1975; C. PETROCCHI, *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, I, 210 e ss.

⁹⁵ L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 1994, 320; U. PERNIGOTTI, *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, I, 400; R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 153.

⁹⁶ Il Codice Albertino del 1865 si occupò in parte del regime delle acque infatti all'art. 420 stabiliva che "le strade pubbliche...i fiumi e i torrenti, il lido del mare, i siti occupati o abbandonati dal medesimo, i porti, seni e spiagge e generalmente tutti i punti del territorio dello Stato, non sono suscettibili di proprietà privata, sono pertinenze del Regio Demanio". L'impostazione accolta rispecchiava in un certo qual modo l'impianto predisposto anni addietro dagli Statuti comunali che estesero il carattere della demanialità a tutti i corsi di acqua.

anche i corsi minori (ampliando, quindi, il concetto di demanialità rispetto al Codice), distinti con i nomi di fossati, rivi e colatoi pubblici (art. 102)⁹⁷.

Si aveva quindi, in sintesi, un codice civile per il quale le acque pubbliche erano di meno (i corsi minori erano ancora riconosciuti di proprietà privata) e una legge sui lavori pubblici più ampia dal momento che ricomprendeva anche i corsi minori.

L'aspetto pubblicistico di tutte queste acque veniva esaltato dall'art. 132 (legge sui lavori pubblici) il quale vietava l'utilizzazione e la derivazione di acqua a chi non avesse ottenuto dal Governo un titolo legittimo o una concessione⁹⁸.

Sui contrasti tra le disposizioni normative del codice e della legge sui lavori pubblici del 1865 diverse furono le elaborazioni da parte della dottrina del tempo.

Vi fu chi ritenne che l'antinomia potesse essere superata escludendo che l'espressione acque pubbliche inserita nella legge fosse equivalente a quella di acque demaniali usata dal Codice civile⁹⁹ e di conseguenza le acque pubbliche non sarebbero di proprietà dello Stato, ma dei privati, nonostante la loro utilità a fini di interesse generale: i proprietari quindi avrebbero potuto utilizzare l'acqua richiedendo apposita concessione governativa ai sensi dell'art 132 della legge ma ciò non eliminava il contrasto con la disposizione del codice all'art. 543 che non

⁹⁷ Cfr. sulle distinzioni tra il concetto di demanialità contenuto nel codice civile del 1865 e la coeva legge del 1865 cfr. U. PERNIGOTTI, *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 1958, vol. I, 400; nonché R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 153 che sottolinea l'opinione della dottrina classica tra cui Cammeo, Mazza, Vitta che era orientata nel ritenere come appartenenti allo Stato anche i minori corsi d'acqua "aggiungendosi tuttavia che non tutti i corsi dovessero ritenersi pubblici, ma solo quelli che pur diversi dai fiumi e torrenti, presentassero una certa importanza per l'interesse generale e sociale tale da giustificare la demanialità". Su quest'ultimo punto l'A. cita altri classici tra cui Tiepolo, Ratto e Ranelletti .

⁹⁸ In questo senso cfr. G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. III, Milano, 1948, 50 e ss.

⁹⁹ Questo orientamento appartiene a S. GINZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, Torino, 1900, vol. I, 35. Sul punto confronta anche G. GIORGI, *Persone giuridiche*, vol. II, 358.

poneva delle limitazioni all'uso delle acque da parte dei proprietari frontisti. Tale ricostruzione non sembrava affatto convincente.

Un altro filone dottrinario interpretò le espressioni "acque pubbliche" e "acque demaniali" identiche e quindi come appartenenti al demanio dello Stato i corsi minori nonché i fiumi e i torrenti. Questa interpretazione certamente era coerente con il dettato normativo previsto dalla legge sui lavori pubblici ma contrastava con le disposizioni degli articoli del codice civile ed in particolare agli art. 427 e 543.

Per questo si ritenne che una volta sposata questa teoria si imponesse necessariamente stabilire una distinzione e cioè che non tutti i corsi di acqua minori si dovessero ritenere pubblici ma solo quelli che sebbene diversi dai fiumi e dai torrenti presentassero una certa importanza per l'interesse generale e sociale tale da giustificare la demanialità (questo avrebbe inteso la legge sui lavori pubblici)¹⁰⁰ tutti gli altri corsi invece restano nel dominio del diritto privato a questi ultimi sarebbe riferito il dettato dell'art. 543; mentre tutti gli altri corsi demaniali potrebbero ritenersi compresi (da qui un'interpretazione estensiva) nei fiumi e nei torrenti di cui all'art 427¹⁰¹.

¹⁰⁰ Secondo U. POTOTSCHING, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 1012, gli usi diversi da quello pubblico erano certamente possibili ma si trattava di utilizzazioni del tutto prive di interesse pubblico regolate dal codice civile nelle norme sugli scoli, sulle colature ecc.. oppure di interesse pubblico limitatissimo, come ad esempio la costruzione di molini o di opifici; utilizzazioni che intanto venivano consentite perché non arrecavano pregiudizio agli usi pubblici e soprattutto alla navigazione che nella legge era considerata "l'oggetto principale a cui servivano i laghi, i fiumi i canali e a "questo primo fine erano subordinati tutti gli altri vantaggi che si fossero potuti ottenere dalle loro acque". Sulla disputa che riguardava l'opportunità o meno di mantenere come uso preminente la navigazione cfr. S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, I, Torino, 1879, 50 e A. MAZZA, *Delle acque nei rapporti con la Pubblica amministrazione*, I, Torino, 1893, 202 e ss.

¹⁰¹ Cfr. ZANOBINI, *Diritto amministrativo IV edizione*, III, 1948, 50; R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di A. M. SANDULLI), 153ss.; U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, vol. I, 400ss.

Questa impostazione per quanto non priva di difficoltà e contrasti con le norme, è forse quella che ha corrisposto meglio le esigenze di conciliazione e che ha il merito di aver riconosciuto come già nella legislazione del 1865 il demanio idrico si estendesse oltre i fiumi e i torrenti ad una quantità di altre acque aventi interesse sociale¹⁰².

In ogni caso si può dire che prevalse l'approccio della legge del 1865, che estendeva l'ambito soggettivo della demanialità a tutte le acque, rispetto a quello del codice civile che, come abbiamo visto, lo restringeva.

L'estendersi della demanialità a un numero sempre maggiore di acque minori trovava la sua ragion d'essere nella crescente possibilità della loro utilizzazione per fini di interesse generale: gli usi dell'irrigazione, della bonifica, dell'igiene e dell'alimentazione (a parte l'uso della navigazione limitato soltanto ai maggiori fiumi e laghi) ebbero applicazione sempre più vasta con lo sviluppo della tecnica e della scienza¹⁰³.

Tuttavia, l'applicazione che ha portato nell'utilizzazione delle acque un progresso veramente profondo fu quella dovuta alle scoperte relative alla possibilità della trasformazione dell'energia idraulica in energia idroelettrica e alle sue conseguenti applicazioni industriali che, come si è visto, avvenne nel 1883¹⁰⁴.

¹⁰² Era questa l'opinione di G. D. TIEPOLO, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Torino, 1889, 61 e di O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, parte III, in *Giur. ital.*, 1898, 46.

¹⁰³ R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 153 e 154; così anche ZANOBINI, *Diritto amministrativo IV edizione*, III, Milano, 1948, 51 "si giunse così allo sfruttamento di ogni specie di acqua anche di quelle in passato disperse e trascurate".

¹⁰⁴ Si veda il paragrafo sulla storia dell'energia elettrica nel primo capitolo nonché G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, IV edizione, III, Milano, 1948, 51 secondo il quale "però l'applicazione che ha portato all'utilizzazione di questi beni un progresso inaspettato e profondo è dovuta alle scoperte relative alla trasformazione dell'energia idraulica in energia elettrica e alle sue multiformi applicazioni industriali".

Soprattutto in Italia dove la mancanza di carbone aveva fatto sentire la necessità di sostituire l'energia termica con altre fonti di energia, l'importanza dell'energia idroelettrica ebbe, come si è anticipato, un'importanza davvero fondamentale¹⁰⁵.

E' nell'ultimo ventennio dell'ottocento che si elaborarono progetti di legge diretti a facilitare lo sfruttamento di tutte le ricchezze idriche del nostro Paese.

Presupposto necessario per il conseguimento di questo scopo era la sottrazione di tutte le acque di una certa consistenza all'economia privata e la proclamazione di un monopolio di Stato. Questo monopolio avrebbe permesso allo Stato di regolare opportunamente la loro utilizzazione da parte dell'industria privata.

4. La legge n. 2644/1884: la prima legge sulle acque pubbliche

Per giungere alla migliore utilizzazione delle acque al fine di consentire la massima industrializzazione del Paese bisognerà aspettare la legge n. 2644 del 1884 (*legge concernente la derivazione di acque pubbliche*)¹⁰⁶ che fu la prima legge che modificò la parte relativa alle acque della legge sui lavori pubblici del 1865: essa tuttavia, emanata in tempi in cui non si sentiva ancora la necessità di una vera e propria riforma, non portò innovazioni sostanziali sul tema della demanialità¹⁰⁷ ma si limitò a completare le norme relative alla derivazione di acqua¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Così R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 154.

¹⁰⁶ Tra i tanti lavori cfr. U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, vol. I, 400 e ss.; G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, IV edizione, III, Milano, 1948, 51; G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 25 ; L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 1994, 320; U. POTOTSCHING, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 1012 per il quale è attraverso questa legge che l'ordinamento comincia ad arricchirsi con norme più dettagliate e organiche circa i diversi usi dell'acqua pubblica che, a seguito dello sviluppo dell'industria e dell'agricoltura, richiede una maggiore utilizzazione infatti " in pochi decenni gli interessi per le possibili utilizzazioni dell'acqua si sono moltiplicati a dismisura..".

¹⁰⁷ Infatti nella regolamentazione della legge continuò a perdurare l'assenza di una definizione di acque pubbliche, lasciando quindi, nell'incertezza e alla sola interpretazione giurisprudenziale l'individuazione del confine con le acque private.

Il merito dell'articolato della legge n. 2644/1884, oltre ad essere quello di aver semplificato enormemente le procedure per l'ottenimento della concessione¹⁰⁹, fu quello di fornire alla materia una disciplina pressoché organica, sulla cui base si venne a determinare, negli anni successivi alla sua entrata in vigore, una consistente e preziosa elaborazione giurisprudenziale¹¹⁰.

La legge affermò il principio che nessuno poteva derivare acque pubbliche se non in base ad un titolo legittimo o a seguito di concessione, regolò inoltre il procedimento per la compilazione degli elenchi di acque pubbliche da formarsi nel territorio di ciascuna provincia del Regno, nonché la formazione e la pubblicazione in ogni provincia di un catasto delle derivazioni di acque pubbliche, senza, tuttavia fornire alcun criterio atto a distinguere le acque pubbliche da quelle private.

Le imperfezioni della legge del 1884 non tardarono a farsi avvertire e, dopo circa dieci anni dalla sua entrata in vigore, ebbero inizio gli sforzi tesi a modificarla¹¹¹.

¹⁰⁸ Così G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, cfr. anche L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 1994, 320 nel quale l'A. sottolinea che tale legge a differenza di quella sui lavori pubblici del 1865 considera di natura essenzialmente pubblicistica l'atto di concessione, distinguendolo dagli atti della vendita e della locazione.

¹⁰⁹ Sul procedimento per l'ottenimento della concessione cfr. G. COLETTI, *Il procedimento per ottenere la concessione sulle acque pubbliche nel più recente ordinamento giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, V, 1955

¹¹⁰ Sul punto cfr. C. PETROCCHI, voce *Acque (diritto pubblico)*, in *Nov. ssmo Dig. it.*, I, 211. Si è sottolineato però che neppure la legge del 1884 comportò chiarimenti in ordine al concetto di acqua pubblica che erano richiesti dalle accennate incongruenze tra la legge del 1865 e il coevo codice civile: U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. Dir.*, 1958, vol. I, 400.

¹¹¹ Cfr. F. PACELLI, *Le acque pubbliche*, Padova, 1934, 58 che sottolinea che questa legge si dimostrò insufficiente principalmente per una causa: "essa era emanata quando non si potevano neanche prevedere i meravigliosi progressi che la scienza italiana avrebbe compiuto nell'elettro-tecnica, nel trasporto dell'energia elettrica a distanza e nelle derivazioni per produzione di forza motrice, per l'irrigazione e per la bonifica".

Per di più, l'Italia era in quegli anni un Paese che aveva intrapreso la strada della crescita: il mercato in espansione e le industrie fiorenti pretendevano un apparato statale più agile e una burocrazia più fluida.

Anche la scienza conquistava sempre più terreno.

Grazie alle nuove scoperte la seconda metà dell'Ottocento fu caratterizzata da una massiccia impennata nelle costruzioni di centrali idroelettriche necessarie per far fronte alla crescita di domanda di energia.

L'Italia, come molti altri paesi era una grande importatrice di carbone minerale, con il quale venivano alimentate le centrali termiche, e ciò, senza alcun dubbio, rappresentava un fattore di enorme rischio, considerata l'inevitabile soggezione agli altri Stati stranieri¹¹².

Sotto la spinta delle nuove esigenze furono incrementati gli studi. Tenuto conto delle nuove interazioni tra energia elettrica e acqua si può capire come fu questo il motivo per il quale il legislatore diede avvio ad una riforma organica per l'intera materia.

Fu così che nel 1898, presso il Ministero dei lavori pubblici, veniva istituita una Commissione di studio, presieduta dall'allora illustre giurista Oronzo Quarta, con l'obiettivo di proporre al Parlamento le necessarie modifiche alla legislazione esistente¹¹³.

Sembra che si debba a questa Commissione il primo tentativo di definire i concetti di acque pubbliche/acque private¹¹⁴: in buona sostanza si propose di dichiarare

¹¹² Cfr. G. PACELLI, *La competenza dei tribunali delle acque pubbliche in materia di energia elettrica*, in *Giur.it.*, 1942, 4 l' A. sottolinea infatti che l'Italia produceva energia elettrica in buona parte con il carbone ed essendo l'Italia uno stato povero di questa materia sentì subito il peso della dipendenza dall'estero per la produzione di energia che oltre a servire a tanti scopi di vita normale in tempo di pace, era essenziale per il funzionamento delle sue industrie da guerra ed in questo senso si pensò subito ad un migliore sfruttamento delle energie idrauliche esistenti nel nostro Paese e ad un sistema più rapido di concessione di derivazione d'acqua.

¹¹³ G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 13.

¹¹⁴ Sostanzialmente si propose di dichiarare pubblici tutti i corsi d'acqua, ad eccezione per quelli dedicati ad esclusivo uso privato.

pubblici tutti i corsi d'acqua, fatta eccezione per quelli dedicati ad esclusivo uso privato.

Il 17 marzo del 1899 veniva presentato al Senato un progetto di legge recante modificazioni e integrazioni alla legge sulle derivazioni del 1884.

Tale bozza sebbene presentasse molti pregi non pervenne tuttavia all'esame del Senato, perché fu considerata lacunosa.

Un secondo progetto, più elaborato e completo del primo, raggiunse l'esame del Senato, fu da questo approvato, ma non ebbe ulteriore seguito presso la Camera e restò "insabbiato" a causa di varie traversie parlamentari¹¹⁵.

Il 6 marzo 1907 fu la volta di un terzo progetto presentato dall'allora ministro delle Finanze On. Massimini, di concerto con quello dei Lavori Pubblici (Granturco), dell'agricoltura (Cocco-Ortu) e dell'interno (Giolitti) che, dopo un'attenta revisione venne refuso nel nuovo disegno di legge "Sulle derivazioni e usi delle acque pubbliche".

Tale progetto, facendo proprie le istanze avanzate più di un decennio prima dalla IV Commissione, forniva una definizione, seppure indirettamente di acque pubbliche¹¹⁶.

Anche a questo disegno toccò la sorte delle due bozze precedenti e non ebbe il seguito sperato¹¹⁷.

Nacque difatti nel legislatore la consapevolezza di dover necessariamente fornire alla materia in questione una disciplina quanto più possibile organica e compiuta, che ne riducesse l'eccessiva frammentazione, risolvendo i problemi che maggiormente ne avevano complicato l'applicazione.

¹¹⁵Cfr. G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo*, IV edizione, III, Milano, 1948, 52.

¹¹⁶ Cfr. G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 14.

¹¹⁷ Cfr. G. CASTELLI-AVOLIO, *Commento alle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici*, Napoli, 1936, 84. Secondo il quale l'esito negativo anche di questo disegno di legge fu un "gran bene" dal momento che "maturi come erano le discussioni e gli studi per dare un'organica sistemazione della materia delle acque pubbliche, la mancata discussione e approvazione del disegno di legge, ... accentuò quelle discussioni e quegli studi ... che reclamavano una definitiva sistemazione della materia".

5. Il d. lgt. 20 novembre 1916, n. 1664

Con lo scoppio della Grande Guerra il problema divenne urgentissimo e improrogabile¹¹⁸.

L'Italia era venuta ad acquisire il ruolo di grande Paese debitore delle importazioni di carbone, necessario per l'alimentazione e il funzionamento delle centrali termiche e per la produzione di energia elettrica.

Con l'esplosione del conflitto mondiale il fabbisogno di energia crebbe considerevolmente come pure il costo della materia prima infatti molteplici furono i disagi causati dal cambio molto elevato¹¹⁹.

Queste ed altre necessità portarono alla realizzazione di tre riforme attuate con il D.L 16 gennaio 1916, n. 27¹²⁰; con il D.L 25 gennaio 1916, n. 57; con il D.L 3 settembre 1916, n. 1149.

Si trattava di riforme parziali che subito dopo sboccarono alla radicale riforma attuata con D.L. del 20 novembre 1916, n. 1664¹²¹, perfezionato, dopo un'ampia

¹¹⁸ G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 15.

¹¹⁹ Prima dell'inizio della guerra del 1914-1918 la legge fondamentale in materia di acque pubbliche era quella del 10 agosto 1884. Sul punto cfr. G. PACELLI, *La competenza dei tribunali delle acque pubbliche in materia di energia elettrica*, in *Giur.it.*, 1942, 1.

¹²⁰ Cfr. G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, cit., secondo il quale, tale decreto fu tra i più significativi. Infatti, "ritenuta l'urgenza di favorire, nell'interesse dell'economia nazionale gravemente minacciata dal continuo notevole aumento dei prezzi del carbone, il più rapido incremento della produzione di energia idroelettrica" attraverso il d. lgt. 16 gennaio 1916, n.27, venne semplificato il procedimento per l'ottenimento delle concessioni per le derivazioni dai corsi d'acqua pubblici. Venne, infatti prescritto che le concessioni potevano essere autorizzate dal Ministero delle Finanze, anche senza formalità istruttorie e salvi i diritti dei terzi.

¹²¹ Con tale decreto, per la prima volta, vengono dettati criteri di massima per distinguere le acque pubbliche da quelle private. Il criterio discretivo della pubblicità delle acque è quello dell'attitudine dell'acqua ad essere utilizzata o comunque destinata ad usi di pubblico generale interesse. Sul punto cfr. U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. Dir.*, 1958, vol. I, 401; VALENTI, *Le ragioni economiche di un nuovo regime delle acque*, nel

discussione in Senato con il D.L 9 ottobre 1919, n. 2161, che incorporò anche le disposizioni sui laghi e serbatoi artificiali varate con il D.L 12 febbraio 1919, n. 242.

Sotto il profilo della competenza la riforma del 1916-1919 prevedeva un forte accentramento in capo all'amministrazione statale: ogni competenza amministrativa veniva attribuita al Ministero dei Lavori Pubblici¹²²; presso lo stesso Ministero veniva previsto il Consiglio Superiore delle acque al cui parere il Governo doveva conformarsi; veniva abolita la competenza dei Prefetti¹²³, salvo che per le licenze annuali di attingimento d'acqua.

Ai fini del monitoraggio della situazione delle acque pubbliche veniva previsto l'obbligo di iscrivere negli elenchi delle acque¹²⁴ tutte le acque sorgenti fluenti e lacuali che, considerate sia isolatamente per la loro portata o la loro ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, avessero o acquistassero l'attitudine a qualsiasi uso di pubblico generale interesse.

Veniva istituita, poi, una magistratura speciale (i Tribunali delle acque, costituiti anche di funzionari tecnici del Genio civile) per la risoluzione di tutte le controversie in materia di acque pubbliche¹²⁵.

volume *Il problema idraulico e la legislazione sulle acque*, Roma 1916; O. RANELLETTI, *La demanialità delle acque*, in *Riv. società commerciali*, 1917, 202; VASSALLI, *Premesse storiche alla nuova legge sulle acque pubbliche*, in *Acque e Trasporti*, 1917; CHIRONI, *Dottrina della demanialità e sue applicazioni alle acque*, in *Acque e Trasporti*, 1918, 413.

¹²² Cfr. C. PETROCCHI, voce *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig.it.*, I, 211, che individua tutte le modifiche intervenute con la riforma del 1916-19.

¹²³ La competenza del Prefetto era prevista nella legge del 1884.

¹²⁴ Il procedimento di individuazione delle acque come pubbliche e l'iscrizione negli elenchi è ben approfondito da V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, I, 3; cfr. anche U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. Dir.*, vol. I, 1958, 401 e C. PETROCCHI, voce *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig.it.*, I, 211.

¹²⁵ Sul punto cfr. G. CASTELLI-AVOLIO, *Commento alle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici*, Napoli, 1936, 90 che osservava che tra i capisaldi cui viene ispirata la riforma emerse appunto la necessità di "stabilire una speciale magistratura in materia di acque

Sul versante delle concessioni la disciplina del 1916-1919 prevedeva – e si tratta di un dato molto rilevante – l’abolizione delle concessioni perpetue.

Veniva poi parificato, anche agli effetti della durata, il diritto di antichi utenti (sia per titolo che per possesso trentennale) al diritto dei concessionari¹²⁶.

Al termine delle utenze, o nei casi di decadenza e rinuncia si prevedeva il diritto dello Stato di entrare in possesso, senza compenso, di tutte le opere di raccolta, regolazione e derivazione, principali ed accessorie dei canali adduttori dell’acqua delle condotte forzate e dei canali di scarico nonché il diritto di acquistare tutto il restante (edifici macchinari e impianti di utilizzazione e trasformazione) a un prezzo uguale al valore di stima¹²⁷.

In tale disciplina si trova anche la prima norma sulla concorrenza tra i richiedenti le concessioni d’acque pubbliche che attribuisce preferenza non alla domanda presentata per prima ma a quella che contempra la migliore utilizzazione idraulica o soddisfi ad altri prevalenti interessi pubblici.

Alle opere di grande derivazione veniva conferito con il decreto di concessione carattere di pubblica utilità.

Viene prevista la facoltà dell’amministrazione di includere nei disciplinari di concessione le norme relative alle tariffe dei consumi e l’obbligo di includere nel disciplinare delle grandi derivazioni, di rilevante interesse pubblico, la facoltà di riscatto della concessione da parte dello Stato.

Il potere dell’amministrazione emerge in modo chiaro nella previsione della facoltà per l’amministrazione di sostituire in ogni tempo, in tutto o in parte, alla quantità di acqua o di energia idraulica od elettrica goduta dai legittimi utenti, antichi o nuovi, una corrispondente quantità di acqua e di energia, senza aggravio dell’utente

pubbliche composta da giuristi e da tecnici per risolvere le questioni giuridiche in sede contenziosa con larghezza di vedute e con speciale competenza”.

¹²⁶ In argomento cfr. V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, I, 3; cfr. anche U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. Dir.*, vol. I, 1958, 401.

¹²⁷ Cfr. C. PETROCCHI, voce *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig.it.*, I, 213

Ancora: è proprio nella disciplina 1916-1919 che si trova la previsione della facoltà dell'Amministrazione di riservare una parte di energia prodotta dai concessionari ai Comuni rivieraschi e di imporre ai concessionari un supercanone a favore di detti comuni e delle Province quando l'energia sia trasportata fuori del territorio comunale e provinciale.

A riprova del favor per le acque pubbliche si evidenzia che in tale normativa erano ricomprese le agevolazioni speciali e le concessioni di cospicue sovvenzioni a favore di chi costruiva serbatoi o laghi artificiali e altre opere regolanti il deflusso delle acque pubbliche.

Infine, le utenze venivano distinte in due categorie a seconda che avessero ad oggetto grandi o piccole derivazioni, con durata massima, maggiore (60 anni per le utenze di forza motrice, 70 per quelle a scopo potabile, irriguo e di bonifica) quando si tratta di grandi derivazioni, e minore (30 anni) quando si tratta di piccole derivazioni.

Per l'applicazione del D.L. n. 2161 del 1919¹²⁸ fu necessaria l'emanazione di un Regolamento (il n. 1925 del 1920) che è tuttora in vigore in quanto compatibile con le norme attuali.

La riforma così delineata suscitò molte critiche da parte degli industriali idroelettrici (che videro un pericolo nel passaggio delle opere allo Stato al termine delle concessioni) sia da parte degli agricoltori che si allarmarono per l'ampiezza data ai criteri per la formazione degli elenchi delle acque pubbliche.

Ben presto però gli industriali idroelettrici si mostrarono a favore della riforma e ne divennero addirittura strenui difensori contro il tentativo di ulteriori, radicali innovazioni mentre gli agricoltori seguirono nella loro ostilità nei confronti della legge accusandola di essere stata improntata più ai bisogni di creare forza motrice, che di dare sviluppo all'irrigazione¹²⁹.

Effettivamente, la legge nata durante la prima guerra mondiale quando il bisogno di aumentare la forza motrice era assolutamente necessario per il Paese, aveva

¹²⁸ Fra i commenti al nuovo testo legislativo: L. VITALE, *Il regime delle acque nel diritto pubblico e privato*, Torino 1921; BRUGI, *Per il nuovo diritto delle acque*, in *Riv. di dir. agrario*, 1922, 5.

¹²⁹ C. PETROCCHI, voce *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig.it.*, I, 213

avuto di mira proprio questo grave problema come del resto dimostra il discorso del Ministro Bonomi inaugurando il 3 febbraio 1917 i lavori del Consiglio superiore delle acque; ma, ciononostante non poteva dirsi così rigida o deficiente tale da escludere il rispetto degli interessi agricoli, quando si pensi che prescrivendo la nuova legge che nell'esame delle domande concorrenti per concessione di acqua fosse data la preferenza a quella che presentasse la migliore utilizzazione o soddisfacesse ad altri prevalenti interessi pubblici, consentiva perfino che un'utilizzazione irrigua, la quale rappresentasse un interesse pubblico avesse la prevalenza su qualunque altra, anche se giudicata migliore dal punto di vista idraulico¹³⁰.

Comunque, riconosciuta la necessità di tutelare meglio gli interessi irrigui congiunta a quella di disciplinare le acque sotterranee e nonostante la legge del 1919 avesse provveduto a dare una disciplina organica alla materia delle acque apportando modifiche sostanziali al precedente assetto normativo, il legislatore dopo pochi anni, a seguito del mutato quadro della realtà socio-economica caratterizzato dall'emergere di nuovi settori che si andavano affermando nel mercato, è il caso soprattutto del settore dell'energia elettrica (fabbisogno)¹³¹, spinto da forti istanze riformatrici si affrettò ad emanare ulteriori norme integrative e di settore alla disciplina del decreto del 1919 per rendere la regolamentazione delle acque più armonica e meno frammentaria.

Ciò spinse il Governo a chiedere con disegno di legge n. 1117 del 1926, la delega per emanare un testo unico che tenesse conto delle norme legislative già emanate, nonché delle modifiche e integrazioni per il coordinamento e l'organica disciplina dell'intera materia riguardante le acque e gli impianti elettrici.

6. La giurisdizione sulle acque: l'istituzione del Tribunale superiore delle Acque pubbliche nel 1916

Mentre in origine la giurisdizione sulle acque venne affidata al neoistituito giudice amministrativo (sotto il profilo del controllo di legittimità del potere esercitato, alla IV sezione istituita nel 1889 e per quel che riguarda il merito alla V sezione

¹³⁰ Sul punto cfr. C. PETROCCHI, voce *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig.it.*, I, 213.

¹³¹ A. M. SANDULLI, *Lavori pubblici*, 153.

istituita nel 1907), nel 1916 (con il d. lg. 1664, seguito da due regolamenti approvati con d.lg. 17 gennaio 1917 n. 85) venne istituito in Roma, e per tutto il territorio nazionale, il Tribunale delle Acque¹³².

Si trattava di un giudice a struttura mista (come quella odierna) ma in unica composizione, con giurisdizione tanto in tema di diritti che interessi legittimi a cui venne affidata la giurisdizione in materia di acque¹³³.

Con il d.l. 5 ottobre 1919 n. 2161, vennero istituiti i Tribunali regionali delle Acque Pubbliche¹³⁴, ai quali, però, non poteva affidarsi una cognizione di primo grado in materia di interessi legittimi, perché in questo campo, allora, non esisteva un doppio grado di giurisdizione, né sarebbe stato praticamente possibile comporre un organo misto di primo grado. Conseguentemente, si delineò una nuova separazione fra diritti ed interessi, riservando al Tribunale romano, che avrebbe assunto due composizioni diverse, la cognizione in unico grado della giurisdizione amministrativa, nonché, in grado di appello di quella ordinaria in tema di diritti.

In questi termini, con alcune modifiche all'art. 66 del citato r.d. del 1919, ha disposto, poi, il t.u. del 1933, che, all'art. 139, innova la denominazione dell'organo centrale, definendolo Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

Si pervenne così al r.d. 11 dicembre 1933 n. 1175¹³⁵ che istituisce un sistema assai singolare sotto vari profili: in primo luogo le controversie che riguardano diritti

¹³² Sul punto cfr. G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009 dove l'A. in modo completo delinea l'*excursus* avutosi in materia di acque fino a giungere all'istituzione dei Tribunali delle acque.

¹³³ In argomento G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 28 che rileva che la continua compenetrazione di aspetti tecnici con le rilevanti e complesse questioni giuridiche rende irrinunciabile la composizione variegata del Tribunale

¹³⁴ Feroci furono le critiche mosse contro la natura di specialità di questi organi. Sul punto cfr. MARRACINO-CONTE, *Commentario delle nuove disposizioni legislative sulle acque pubbliche*, Roma, 1917, 477.

¹³⁵ Vi è però da dire che nonostante il T.U del '33 avesse inserito delle sostanziali modifiche dando un assetto definitivo alla materia delle acque, a quanto pare, invece il procedimento davanti a questi organi non ha mai subito, nel tempo, neanche dopo la

soggettivi prevedono un doppio grado di giurisdizione in cui il primo grado è attribuito alla giurisdizione ordinaria il Tribunale regionale delle acque pubbliche (sono 8 in tutta Italia)¹³⁶, e un giudice di secondo grado a composizione mista ordinaria-amministrativa il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (quattro consiglieri di Stato e quattro consiglieri di cassazione oltre a tre esperti)¹³⁷; le

riforma, alcuna modifica tanto è che in riferimento a tali Tribunali vi è chi li ha etichettati un “relictto storico”; infatti il disegno di legge approvato nella seduta del 6 settembre 2002 dal Consiglio dei Ministri prevedeva la soppressione di questi tribunali. Sul punto G. MASTRANGELO, *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 28 .

¹³⁶ L’art. 138 R.D. n. 1775/1933 prevede che “presso ciascuna delle sottoindicate sedi di corte d'appello è istituito un tribunale regionale delle acque pubbliche: 1 - Torino: per le circoscrizioni delle corti d'appello di Torino e Genova; 2 - Milano: per le circoscrizioni delle corti d'appello di Milano e Brescia; 3 - Venezia: per le circoscrizioni delle corti d'appello di Venezia e Trieste; 4 - Firenze: per le circoscrizioni delle corti d'appello di Bologna e Firenze; 5 - Roma: per le circoscrizioni delle corti d'appello di Roma, Aquila ed Ancona; 6 - Napoli: per le circoscrizioni delle corti d'appello di Napoli, Bari e Catanzaro; 7 - Palermo: per le circoscrizioni delle corti d'appello di Palermo, Catania e Messina; 8 - Cagliari: per la circoscrizione della corte d'appello di Cagliari. Il Tribunale regionale è costituito da una sezione ordinaria della Corte di appello designata dal presidente, integrata con tre esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri e nominati con decreto del Ministro della giustizia in conformità alla deliberazione del Consiglio superiore della magistratura adottata su proposta del presidente della Corte di appello. Essi saranno in carica cinque anni e possono essere riconfermati”. Si noti che la Corte costituzionale, con sentenza 17 luglio 2002, n. 353, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell’articolo, nella parte in cui prevedeva che fossero aggregati al Tribunale regionale delle acque pubbliche tre funzionari dell'ex Genio civile, uno dei quali deve intervenire nel collegio giudicante.

¹³⁷ L’art. 139 del R.D. n. 1775/1933 prevede che “è istituito in Roma, con sede nel palazzo di Giustizia, il Tribunale superiore delle acque pubbliche. Esso è composto di: a) un presidente, nominato con decreto del Capo dello Stato su proposta del Ministro Guardasigilli, sentito il Consiglio dei Ministri, avente grado 2° corrispondente a quello di procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione; b) quattro consiglieri di Stato; c) quattro magistrati scelti fra i consiglieri di Cassazione; d) tre esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri. In assenza del presidente, presiede il più anziano di grado fra i membri indicati nelle lettere b) e c). I giudici del Tribunale superiore sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministro Guardasigilli e designati: i consiglieri di Stato dal presidente del Consiglio stesso; i consiglieri di Cassazione dal

controversie in materia di interessi legittimi prevedono un doppio grado in cui il Tribunale superiore è giudice di primo grado sui provvedimenti presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche¹³⁸ e, in questo caso, le sue decisioni possono essere appellate avanti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹³⁹.

Si noti che tale "peculiare" sistema ha resistito al decreto legge 11 novembre 2002 n. 251 con il quale si era inteso sopprimere definitivamente la giurisdizione speciale del tribunale delle acque disponendo l'abolizione dei Tribunali regionali e del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche con il decorso di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione.

primo presidente della Corte di cassazione; «gli esperti sono nominati con decreto del Ministro della giustizia in conformità alla deliberazione del Consiglio superiore della magistratura adottata su proposta del presidente del Tribunale superiore. Tutti i componenti del Tribunale superiore durano in carica cinque anni e possono essere riconfermati. Il presidente del Tribunale superiore può essere collocato temporaneamente fuori del ruolo organico della magistratura”.

¹³⁸ L'art. 143 R.D. n. 1775/1933 dispone che “appartengono alla cognizione diretta del Tribunale superiore delle acque pubbliche: a) i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge avverso i provvedimenti definitivi presi dall'amministrazione in materia di acque pubbliche; b) i ricorsi, anche per il merito, contro i provvedimenti definitivi dell'autorità amministrativa adottata ai sensi degli artt. 217 e 221 della presente legge; nonché contro i provvedimenti definitivi adottati dall'autorità amministrativa in materia di regime delle acque pubbliche ai sensi dell'art. 2 del testo unico delle leggi sulle opere idrauliche approvato con R.D. 25 luglio 1904, n. 523, modificato con l'art. 22 della L. 13 luglio 1911, n. 774, del R.D. 19 novembre 1921, n. 1688, e degli artt. 378 e 379 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F; c) i ricorsi la cui cognizione è attribuita al Tribunale superiore delle acque dalla presente legge e dagli artt. 23, 24, 26 e 28 del testo unico delle leggi sulla pesca, approvato con R.D. 8 ottobre 1931, n. 1604. Il termine per ricorrere nei casi indicati nel presente articolo è di giorni sessanta dalla data in cui la decisione amministrativa sia stata notificata nelle forme e nei modi stabiliti. Nelle materie indicate nel presente articolo, il Tribunale superiore decide con sette votanti, cioè con tre magistrati, con tre consiglieri di Stato e con un tecnico”.

¹³⁹ L'art. 201 R.D. n. 1775/1933 stabilisce che “contro le decisioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche nelle materie contemplate nell'art. 143 è ammesso il ricorso alle sezioni unite della Corte di cassazione soltanto per incompetenza o eccesso di potere a termini dell'art. 3 della L. 31 marzo 1877, n. 3761”.

Secondo tale decreto legge la giurisdizione in materia di acque pubbliche avrebbe dovuto essere distribuita tra il Tribunale ordinario (in composizione collegiale) ed il tribunale amministrativo. Avrebbero dovuto essere attribuite al giudice ordinario le controversie relative alle materie previste dall'art. 140 t.u.¹⁴⁰ ed al giudice amministrativo quelle previste dal già citato art. 143.

Il tentativo non andò in porto dal momento che la successiva legge di conversione 10 gennaio 2003 n. 1 non convertì in legge l'abrogazione dei Tribunali regionali e del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche: conseguentemente oggi continua ad essere vigente nel nostro ordinamento la ripartizione di competenza stabilita dal Testo Unico sulle acque.

Un'ulteriore anomalia sta nel fatto che il Tribunale Superiore ha duplice competenza, infatti, giudica con diversa composizione sia in materia di diritti soggettivi¹⁴¹ che di interessi legittimi¹⁴².

¹⁴⁰ Per l'art. 140 T.U. n. 1775/1933 "appartengono in primo grado alla cognizione dei Tribunali delle acque pubbliche: a) le controversie intorno alla demanialità delle acque; b) le controversie circa i limiti dei corsi o bacini, loro alvei e sponde; c) le controversie, aventi ad oggetto qualunque diritto relativo alle derivazioni e utilizzazioni di acqua pubblica; d) le controversie di qualunque natura, riguardanti la occupazione totale o parziale, permanente o temporanea di fondi e le indennità previste dall'art. 46 della L. 25 giugno 1865, n. 2359, in conseguenza dell'esecuzione o manutenzione di opere idrauliche, di bonifica e derivazione utilizzazione delle acque. Per quanto riguarda la determinazione peritale dell'indennità prima dell'emissione del decreto della espropriazione resta fermo il disposto dell'art. 33 della presente legge; e) le controversie per risarcimenti di danni dipendenti da qualunque opera eseguita dalla pubblica amministrazione e da qualunque provvedimento emesso dall'autorità amministrativa a termini dell'art. 2 del T.U. 25 luglio 1904, n. 523, modificato con l'art. 22 della L. 13 luglio 1911, n. 774; f) i ricorsi previsti dagli artt. 25 e 29 del testo unico delle leggi sulla pesca approvato con R.D. 8 ottobre 1931, n. 1604.

¹⁴¹ L'art. 142 T.U. n. 1775/1933 prevede che "al Tribunale superiore delle acque pubbliche appartiene la cognizione in grado di appello di tutte le cause decise in primo grado dal Tribunale delle acque pubbliche. Il Tribunale decide con intervento di cinque votanti, dei quali tre magistrati, un consigliere di Stato ed un tecnico."

¹⁴² Per l'art. 143 T.U. n. 1775/1933 quando il Tribunale Superiore agisce come giudice di primo grado "nelle materie indicate nel presente articolo, il Tribunale superiore decide con sette votanti, cioè con tre magistrati, con tre consiglieri di Stato e con un tecnico."

Ai sensi dell'art. 144 poi, la competenza del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, sia in grado di appello che in sede di legittimità, sussiste anche per le controversie relative alle acque pubbliche sotterranee e per quelle concernenti la ricerca, l'estrazione e l'utilizzazione delle acque sotterranee nei comprensori soggetti a tutela sempre che le controversie interessino la pubblica amministrazione.

Un'ulteriore singolarità della procedura del Tribunale suddetto è che essa prevede un'istruttoria condotta da un giudice delegato dal Presidente che non esiste nelle altre giurisdizioni superiori.

Le "singolarità" di questo sistema giurisdizionale è stato rilevato dal parere del 19 dicembre 2001 con il quale il Consiglio Superiore della Magistratura ha dovuto sciogliere alcuni quesiti in ordine al Tribunale Superiore delle Acque.

Si era posta la questione dell'esatta posizione di tale Ufficio giudiziario nel quadro degli organi di giurisdizione ordinaria, rilevando in particolare che, mentre in relazione ai Tribunali regionali delle Acque è indiscussa la posizione di sezioni della Corte di appello in virtù della specifica previsione di cui all'art. 138 del t.u. n. 1775 del 1933, per quanto riguarda, invece, il Tribunale Superiore manca una corrispondente « collocazione », con riferimento, ovviamente, agli organi della giurisdizione di vertice.

Nel proprio parere il CSM precisa che la natura del Tribunale superiore è tuttora controversa: una parte della dottrina ritiene che esso sia organo specializzato della giurisdizione ordinaria, altra parte gli attribuisce la qualifica di giurisdizione speciale, mentre secondo la consolidata giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione l'organo in questione rivestirebbe una duplice natura, ordinaria quando giudica in grado di appello, speciale quando giudica in unico grado.

In ogni caso il CSM si è istituzionalmente attenuto ai profili ordinamentali affermando che il presidente del Tribunale resti tuttora inquadrato nell'organico della Corte di cassazione e che per quanto riguarda, poi, le relazioni intercorrenti tra la Corte di cassazione e l'ufficio del Tribunale superiore non è stato previsto un ruolo autonomo per i magistrati che lo costituiscono, né detto ufficio è del resto menzionato dall'ordinamento giudiziario (a differenza del tribunale regionale delle acque pubbliche, disciplinato invero dall'art. 64, a norma del quale esso «costituisce una sezione della Corte di appello presso la quale è istituito»).

Il CSM ha affermato, quindi, che tra il Tribunale superiore, pur dotato di una propria autonomia sul piano funzionale, e la Corte di cassazione sussista un collegamento di carattere organizzativo ed ordinamentale, alla luce del quale vanno definiti quegli aspetti che non hanno trovato nell'ordinamento una loro disciplina specifica.

CAPITOLO III: La normativa vigente: il testo unico sulle acque (R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775) e il decreto sull'autorizzazione unica (art. 12 d.lgs. 387/2003)

1. La struttura del testo unico, il principio di pubblicità e la necessità della concessione

Con R.D. 11 dicembre 1933 n. 1775 venne, dunque, approvato il testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici che costituisce tuttora il testo fondamentale in materia¹⁴³.

Il T.U del '33 prospetta una demanialità idrografica globale esaltando il rapporto tra il bene e gli "usi di pubblico generale interesse"¹⁴⁴. Infatti sebbene mantenga in via transitoria la disciplina giuridica creata da ordinamenti precedenti ha il merito di essere riuscito a creare finalmente un' "armonia" nelle norme, ponendo fine alle incertezze della dottrina e della giurisprudenza¹⁴⁵ intorno alla contrastata definizione del concetto di acque pubbliche e acque demaniali e della loro conseguente utilizzazione¹⁴⁶.

¹⁴³ Sul punto cfr. C. PETROCCHI, *Le nuove norme sulle acque e sugli impianti elettrici*, in *Bonifica integrale*, 1934; CASTELLI-AVOLIO, *Commento alle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici*, Napoli, 1936; G. PACELLI, *Acque pubbliche e acque private nella teoria di F. Pacelli e nel nuovo codice civile*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1943, 278 e 325; F. PACELLI, *Le acque pubbliche*, Padova, 1934; A. GILARDONI, *Acque pubbliche e impianti elettrici*, vol. II, Roma, 1935-1937; G. COLETTI, *Il procedimento per ottenere la concessione sulle acque pubbliche nel più recente orientamento giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 1024ss.

¹⁴⁴ In argomento cfr. L. MOSCATI, *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Torino, 1994, 320.

¹⁴⁵ In argomento F. CAMMEO, *Demanio*, in *Dig. ital.*, IX, I, Torino, 1887-1898.

¹⁴⁶ Infatti, successivamente all'emanazione del testo unico, anche il codice civile si uniforma al nuovo concetto giuridico, enumerando all'art. 822 fra i beni del demanio pubblico oltre "ai fiumi e ai torrenti e laghi le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia". Si è in tal modo sancita legislativamente l'equivalenza delle due espressioni "acque pubbliche" e acque demaniali. In proposito, è il caso di porre in rilievo la decisione della Corte di Cassazione n. 667/1954 che osservò che un lento ma costante

L'art. 1, oggi abrogato, recitava: "sono pubbliche tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse"¹⁴⁷ (tale articolo ha sostanzialmente riprodotto (ampliandolo) l'art. 3 del precedente D.L n. 2161 del 1919)¹⁴⁸.

indirizzo legislativo ha portato ad estendere la demanialità ad un numero sempre crescente di acque minori, in vista appunto delle sempre crescenti possibilità del loro sfruttamento per usi di interesse generale, per cui molte acque che prima erano considerate private sono divenute "ope legis" pubbliche senza diritto di indennità, il che ha fatto dubitare dell'esistenza stessa delle acque private. Sul punto cfr. R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 155.

¹⁴⁷ Cfr. G. ASTUTI, *Acque private*, *Enc. dir.*, I, 349; U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti della disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1016. Secondo l'A. la definizione utilizzata dal legislatore all'art.1, può apparire tautologica perché conferisce carattere pubblico alle acque che hanno attitudine all'uso pubblico. Difende, invece la formula V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in *Enc. Giu.*, I, 1988, 2.

¹⁴⁸ L'art. 1 del T. U del '33 riprende quasi totalmente la formula contenuta nell'art. 3 del r. d, n. 2161 del 1919, ma ha aggiunto un inciso di notevole importanza, ove dichiara pubbliche le acque sorgenti, fluenti, e lacuali anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate. Infatti sotto la vigenza del testo del 1919 restava il dubbio circa le acque sotterranee fu per questo che il legislatore del 1933 si affrettò a chiarire questo aspetto seguendo i suggerimenti della migliore dottrina disponendo che le acque sono pubbliche "anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate". In tal senso cfr. F. PACELLI, *Le acque pubbliche*, Padova, 1934, 197. Con tale aggiunta si è voluto contrastare la tesi che si possano dichiarare pubbliche solo le acque sorgenti e fluenti ex naturali causa, essendosi contestato, prima della nuova legge che potessero essere considerate pubbliche solo le acque che, come quelle dei fontanili, sgorgano dal suolo non naturalmente, quelle che sono convogliate in tutto o in parte per opera dell'uomo, quelle che essendo di natura privata, vanno ad incrementare corsi di acqua pubblica. Così R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 155 e ss.

Il decreto si compone di cinque titoli: il titolo I contenente norme sulle derivazioni e sulle utilizzazioni delle acque pubbliche che è quello più rilevante ai fini dell'oggetto del presente lavoro (che a sua volta contiene un capo sulle concessioni e riconoscimento di utenze (artt. 1-57) e un capo sui consorzi per l'utilizzazione di acque pubbliche (art. 58-72) e un capo sui provvedimenti speciali per la costruzione di serbatoi e laghi artificiali (artt. 73-91); il titolo II contenente disposizioni speciali sulle acque sotterranee (artt. 92-106); il titolo III sulla trasmissione e distribuzione dell'energia elettrica a sua volta diviso in vari capi (artt. 107-137); il titolo IV sul contenzioso che contiene le norme sul Tribunale Superiore delle acque pubbliche e le relative norme di procedura (artt. 138-210); il titolo V contenente disposizioni generali e transitorie (artt. 211-234).

Nella norma di apertura (art. 1) si ritrova il fondamentale "principio di pubblicità" di tutte le acque "sorgenti, fluenti e lacuali" che poi verrà ribadito nell'art. 1, comma 1 della Legge 5 gennaio 1994, n. 364 (cd. Legge Galli)¹⁴⁹ e la necessità dell'iscrizione in appositi elenchi al fine di dare all'amministrazione un quadro conoscitivo il più possibile esatto¹⁵⁰.

Per tale principio in Italia (come del resto nella maggior parte dei Paesi europei) tutte le acque superficiali, anche raccolte in invasi o cisterne, e tutte quelle sotterranee sono di proprietà pubblica, cioè demaniale, ad eccezione soltanto delle acque piovane non ancora convogliate in un corso d'acqua o non ancora raccolte in invasi o cisterne¹⁵¹.

¹⁴⁹Tale ultima norma è stata abrogata e sostituita dal comma 1 dell'articolo 144 del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e integrata dal D.P.R. 18 febbraio 1999, n. 238. Sulla legge Galli, cfr. S. PALAZZOLO, *Il regime delle acque pubbliche*, in *Rass. Giur. Energia elett.*, 2000, 298.

¹⁵⁰ L'art. 1, commi 2 e 3 prevede che "Le acque pubbliche sono iscritte, a cura del ministero dei lavori pubblici, distintamente per provincie, in elenchi da approvarsi per decreto reale, su proposta del ministro dei lavori pubblici, sentito il consiglio superiore dei lavori pubblici, previa la procedura da esperirsi nei modi indicati dal regolamento. Con le stesse forme, possono essere compilati e approvati elenchi suppletivi per modificare e integrare gli elenchi principali".

¹⁵¹ Per l'art. 1, comma 1, "sono pubbliche tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in

In conseguenza della pubblicità di tutte le acque meteoriche superficiali o sotterranee, l'utilizzo delle stesse da parte di qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica (pubblica o privata che sia), può legittimamente avvenire a lungo termine soltanto attraverso l'ottenimento di un provvedimento amministrativo inquadrabile nella categoria della concessione¹⁵² (oppure di permessi temporanei previsti dalla legge per periodi annuali).

La concessione d'uso delle acque è ovviamente vincolata all'individuazione del suo uso; in altre parole, viene concessa una certa quantità d'acqua per un ben determinato uso per un certo periodo di tempo; ne consegue che il titolare di una concessione d'acqua pubblica non ha alcun diritto per altri usi della medesima acqua, anche se fattibili.

E, dunque, l'art. 2 del T.U. n. 1775 del 1933 conferma la necessità del titolo concessorio affermata per la prima volta dall'art. 132 della legge 20 marzo 1865, n. 2248¹⁵³ che stabiliva che *"nessuno senza concessione può sfruttare l'acqua"* (si noti che

relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse".

¹⁵² Sulle concessioni la letteratura è sterminata: in generale cfr. M. D'ALBERTI, *La concessione amministrativa. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981 e dello stesso autore *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988; N. GRECO, *Le acque*, Bologna, 1983; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008; U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti della disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969; F. LIGUORI, *Ente locale, gestore del servizio e utenti: pluralità di soggetti e modelli contrattuali nei servizi pubblici locali*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi* (a cura di) G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA, 91 ess.; ma anche O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934.

¹⁵³ Cfr. G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo IV edizione*, III, 1948, 49. Secondo l'Autore l'analisi della disciplina delle acque non può prescindere da questa norma, perché sebbene tale norma non sia più in vigore, diverse sono le questioni che vi si ricollegano e che hanno interessato per lungo tempo la giurisprudenza e la dottrina, giungendo a influire sulla formazione delle leggi successive e sulla qualificazione del sistema oggi vigente. Per un approfondimento sulla legislazione e la dottrina straniera in materia di acque cfr. PICARD, *Traité des eaux*, Parigi, 1896; ROUSSET, *La législation sur le régime des*

in quel periodo vi erano solo mulini e opifici) e confermata dall'art. 2 della legge 10 agosto 1884, n. 2644¹⁵⁴ che all'art. 2 recitava "nessuno può derivare acque pubbliche, né stabilire su queste mulini ed altri opifici, se non abbia un titolo legittimo o non ne ottenga la concessione dal Governo ...".

Il testo unico del 1933 conferma, dunque, la necessità di un titolo¹⁵⁵ per derivare l'acqua pubblica e conferma altresì che questo titolo debba essere (generalmente) il provvedimento di concessione.

eaux, Parigi, 1907; FABREGUETTES, *Traité des eaux publiques et des eaux privées*, Parigi, 1911; KERNN, *Wasserwirtschaft und Wasserrecht*, Berlino, 1927.

¹⁵⁴ In G.U. 16 settembre 1884, n.227, è stata abrogata dal d.l. 20 novembre 1916, n.1664. Un'esaustiva panoramica sui progetti di riforma della materia delle acque presentati in quegli anni, viene sviluppata da L. VITALE, *Regime delle acque*, 334 e ss.

¹⁵⁵ Per titolo legittimo si intende quell'atto che secondo le leggi del tempo in cui fu posto in essere, era valido ed efficace a costituire il diritto alla disponibilità e al godimento dell'acqua poi dichiarata pubblica. Si tratta in genere di antichi provvedimenti feudali ma anche di atti ascrivibili al diritto privato. Cfr. sul punto R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia, I lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 159. Quindi il titolo legittimo di cui alla lettera a) dell'art. 2 T. U consiste in qualunque fatto giuridico che secondo il diritto vigente al tempo della sua formazione sia stato valido a costituire a favore dei privati il diritto di derivazione. Il riconoscimento in realtà era già stato fatto con le leggi del 1865 e del 1884; con esse il legislatore aveva voluto rispettare e conservare i diritti acquisiti dai singoli sulle acque demaniali anteriormente all'unificazione della legislazione italiana. Al titolo legittimo è stata equiparata la prescrizione trentennale purchè già compiuta alla data della pubblicazione della legge del 1884. Una volta accertata l'esistenza di un titolo legittimo o il possesso trentennale, l'autorità amministrativa emette il provvedimento di riconoscimento dell'utenza. Tale provvedimento ha carattere puramente dichiarativo in quanto l'amministrazione deve limitarsi all'accertamento dell'esistenza del titolo o del possesso trentennale, con esclusione di qualsiasi facoltà discrezionale di non riconoscere il diritto legittimamente costituito. Il riconoscimento ha in ogni caso valore puramente dichiarativo: dal che ne consegue che esso non può avere per oggetto se non il quantitativo di acqua ammesso dal titolo o effettivamente derivato entro il trentennio anteriore al 1884. Sulla natura dichiarativa del provvedimento di riconoscimento sono concordi sia la dottrina che la giurisprudenza: cfr. F. PACELLI, *Acque pubbliche*, Padova, 1934, 429; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano 1955, 92; Cass. Sez. Un. 9 marzo 1942 n.619, in *Foro it.*, I, 1942, 542.

Ed infatti, come chiarito dalla giurisprudenza, “la disponibilità di un bene demaniale, stante la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuita ad un soggetto diverso dall'ente titolare del bene stesso soltanto mediante concessione amministrativa”¹⁵⁶.

E' importante segnalare che tale provvedimento può essere sostituito solo dal riconoscimento di eventuali diritti d'uso consolidatisi nel trentennio precedente¹⁵⁷ (le cd. antiche utenze¹⁵⁸) e tale riconoscimento avviene, come chiarito dalla

¹⁵⁶ Cass. civ., 29 novembre 2011, n. 15190. Questo non significa, sempre secondo tale giurisprudenza, che se poi a sua volta il concessionario vuole disporre del bene nei confronti di un terzo debba necessariamente usare la subconcessione in luogo di un atto di diritto privato (“il carattere pubblicistico di tale concessione non è di ostacolo alla costituzione di un eventuale, ulteriore rapporto tra il concessionario ed un terzo. Tale rapporto non deve, peraltro, necessariamente assumere la veste giuridica della subconcessione, atteso che l'utilizzazione del bene da parte del concessionario (nella specie, le pubbliche acque, la cui cessione, in tutto o in parte, è subordinata al nulla - osta dell'amministrazione competente) ben può avvenire attraverso la stipula di atti negoziali propri del diritto privato (come un contratto di somministrazione), e ciò anche se il terzo beneficiario sia, a sua volta, un soggetto pubblico”).

¹⁵⁷ L'art. 2 stabilisce che “possono derivare e utilizzare acqua pubblica: a) coloro che posseggono un titolo legittimo; b) coloro i quali, per tutto il trentennio anteriore alla pubblicazione della L. 10 agosto 1884 n. 2644, hanno derivato e utilizzato acqua pubblica, limitatamente al quantitativo di acqua e di forza motrice effettivamente utilizzata durante il trentennio; c) coloro che ne ottengono regolare concessione, a norma della presente legge. Nel territori annessi al regno in dipendenza delle leggi 26 settembre 1920, n. 1322, e 19 dicembre 1920, n. 1778, conservano il diritto di derivare e utilizzare acqua pubblica coloro che lo abbiano acquistato in uno dei modi ammessi dalle leggi ivi vigenti prima dell'entrata in vigore della legislazione italiana sulle opere pubbliche”. Sul tema delle antiche utenze cfr. U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. Dir.*, I, 400ss. nonché G. LANDI, voce *Derivazione di acque pubbliche*, in *Enc.dir.*, 300. Secondo l'A. “... con il riconoscimento (delle antiche utenze) o con la concessione, la situazione giuridica del titolare della derivazione è tutelata, dinanzi a terzi, in modo diretto ed incondizionato (diritto soggettivo perfetto)...”.

¹⁵⁸ Nel riconoscere le antiche utenze, il legislatore ha tuttavia dovuto privarle di quegli elementi che le rendevano incompatibili con l'interesse pubblico e coi principi del diritto pubblico moderno: la gratuità e la perpetuità. Tali elementi sebbene non fossero comuni a tutte le antiche utenze, erano però propri di molte di esse, specialmente le utenze di

giurisprudenza, con atto di natura provvedimento¹⁵⁹ anche se di natura vincolata¹⁶⁰.

Nello stesso articolo se ne prevede la relativa disciplina¹⁶¹.

origine feudale e di quelle basate sull'immemorabile o sulla prescrizione. Come già descritto nei paragrafi precedenti, ad abolire la perpetuità fu il D.L. del 20 novembre 1916, prescrivendo per le utenze in questione la stessa durata di quelle derivanti da concessioni, con decorrenza, tuttavia, in ogni caso, dal 1 febbraio 1917. Fu anche affermata la facoltà dell'amministrazione di pronunziare la decadenza dell'utente negli stessi casi in cui è ammessa quella del concessionario. La gratuità fu invece abolita con il D.L. 25 febbraio 1924, n. 456 sulla revisione delle entrate demaniali: tutte le utenze furono così sottoposte a un canone annuo. Sul punto v. D. GIANNINI, *Sul riconoscimento di antiche utenze di acque pubbliche*, in *Bonifica integrale*, 1933, 446.

¹⁵⁹ Per Cass.civ., SS.UU., 9 febbraio 2011, n. 3162 "il riconoscimento dell'utenza per usi pregresso di cui al cit. art. 4, in precedenza considerato come "diritto soggettivo", analogamente a quanto previsto per le "antiche utenze" di cui agli artt. 2 e 3 del cit. R.D. (Cass. S.U. 1245/2000), deve essere qualificato come provvedimento amministrativo, in quanto emesso sulla scorta di un giudizio tecnico discrezionale compatibile con le esigenze di equilibrio del bilancio idrico".

E dunque, a norma dell'art. 34 L. 5 gennaio 1994 n. 36, e dell'art. 96, comma 7, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, i soggetti che avevano un diritto di derivazione riguardante acque che hanno assunto natura pubblica ai sensi dell'art. 1 della citata legge n. 36 del 1994, sono titolari di un vero e proprio diritto soggettivo — analogamente a quanto disposto, a suo tempo, dagli art. 2, 3 e 4 r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775, per le cd. "antiche utenze" - ad ottenere il rilascio della concessione in relazione a tali acque, con un provvedimento avente effetto "ex tunc", in quanto meramente dichiarativo del diritto di uso dell'acqua divenuta pubblica.

¹⁶⁰ Per Cass.civ., SS.UU., 1 dicembre 2000, n. 1245 "l'art. 4 r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775 riconosce agli utenti delle acque incluse in elenchi suppletivi, che non siano stati in grado di chiedere il riconoscimento del diritto d'uso dell'acqua ai termini dell'art. 3 dello stesso r.d., un "diritto" alla concessione di quelle stesse acque, mediante un provvedimento che ha la forma della concessione ma la sostanza del riconoscimento; pertanto, non differendo sostanzialmente tale diritto alla concessione (cosiddetta esclusiva o preferenziale) dal diritto al riconoscimento, quale è previsto e disciplinato dagli art. 2 e 3 r.d. cit., il suddetto provvedimento ha natura dichiarativa con efficacia "ex tunc" e non necessita di istruttoria, che occorre invece nella diversa ipotesi di concessione costitutiva con efficacia "ex nunc".

Sempre ai fini conoscitivi il testo unico del 1933 prevede, poi, l'istituzione di un vero e proprio catasto delle utenze di acqua pubblica¹⁶² che inizialmente avrebbe dovuto essere formato e conservato da un'amministrazione centrale (il Ministero delle Finanze) in ogni provincia¹⁶³ e che attualmente è di competenza Regioni e

¹⁶¹ In tal senso dispongono sia l'art. 3 (per cui "gli utenti di acqua pubblica menzionati alle lettere a) e b) e nell'ultimo comma dell'articolo precedente, che non abbiano già ottenuto il riconoscimento all'uso dell'acqua debbono chiederlo, sotto pena di decadenza, entro un anno dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dell'elenco in cui l'acqua è iscritta. Coloro che hanno ottenuto la concessione ai sensi delle LL. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F e 10 agosto 1884, n. 2644, e leggi successive, non hanno l'obbligo di chiedere il riconoscimento dell'utenza. Sulla domanda di riconoscimento si provvede, a spese dell'interessato, nel caso di piccole derivazioni in merito alle quali non siano sorte opposizioni, con decreto dell'ingegnere capo dell'ufficio del Genio civile alla cui circoscrizione appartengono le opere di presa. Negli altri casi si provvede con decreto del Ministro dei lavori pubblici, sentito il consiglio superiore. Avverso il decreto dell'ingegnere capo del Genio civile è ammesso ricorso, entro trenta giorni dalla notifica all'interessato, al ministero dei lavori pubblici, che provvede sentito il consiglio superiore. Entro sessanta giorni dalla notificazione del provvedimento definitivo, l'interessato può ricorrere ai tribunali delle acque pubbliche") sia l'art. 4 ("per le acque pubbliche, le quali, non comprese in precedenti elenchi, siano incluse in elenchi suppletivi, gli utenti che non siano in grado di chiedere il riconoscimento del diritto all'uso dell'acqua ai termini dell'art. 3, hanno diritto alla concessione limitatamente al quantitativo di acqua e di forza motrice effettivamente utilizzata, con esclusione di qualunque concorrente, salvo quanto è disposto dall'art. 45. La domanda deve essere presentata entro i termini stabiliti dall'art. 3 per i riconoscimenti e sarà istruita con la procedura delle concessioni").

¹⁶² In argomento, cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, 11 e P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo della Autorità di Bacino*, in *Riv.giur.amb.*, 1997, 844.

¹⁶³ Per l'art. 5 R.D. n. 1775/1933, infatti, "in ogni provincia è formato e conservato a cura del ministero delle finanze il catasto delle utenze di acqua pubblica. Per la formazione del catasto tutti gli utenti debbono fare la dichiarazione delle rispettive utenze. La dichiarazione deve indicare: a) i luoghi in cui si trovano la presa e la restituzione; b) l'uso a cui serve l'acqua; c) la quantità dell'acqua utilizzata; d) la superficie irrigata ed il quantitativo di potenza nominale prodotta; e) il decreto di riconoscimento o di concessione del diritto di derivazione. Le dichiarazioni di utenze devono essere fatte entro il 31 dicembre 1935 ove si tratti di acqua iscritta in un elenco, la cui pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia avvenuta entro il 31 dicembre 1933 e in

delle Province di Trento e Bolzano e su cui intervengono anche le Autorità di Bacino e l'ISPRA¹⁶⁴.

L'art. 6 del R.D. n. 1775/1933, che è stato poi modificato dal d.lgs. n. 275/1993, prevede la fondamentale distinzione tra concessioni di piccola e grande derivazione stabilendo in relazione alle concessioni per la derivazione di acqua per produzione di forza motrice (che sono quelle che interessano al fine di produrre energia idroelettrica) che il limite sia di 3MV o 3000kW: in sostanza, quindi, si qualificano piccole derivazioni tutte quelle inferiori a 3MV e grandi derivazioni quelle che ne derivano di più¹⁶⁵.

ogni altro caso entro due anni dalla pubblicazione dell'elenco in cui l'acqua è iscritta. In caso di ritardo, gli utenti sono puniti con la sanzione amministrativa da lire 20.000 a lire 200.000. Sono esonerati dal presentare la dichiarazione gli utenti che abbiano ottenuto il decreto di riconoscimento o di concessione posteriormente al 1° febbraio 1917”.

¹⁶⁴ L'art. 2 del D.Lgs. 12 luglio 1993, n. 275 ha aggiunto infatti al R.D. n. 1775/1933 l'art. 5 bis per il quale “con decreto del Presidente della Repubblica, emanato ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, sono dettati criteri per uniformare l'acquisizione dei dati statali e regionali, inclusi quelli concernenti il catasto di cui all'art. 5, relativi alle acque pubbliche superficiali e sotterranee e alle relative utilizzazioni, nonché ai prelievi e alle restituzioni sulla base delle misurazioni effettuate ai sensi dell'art. 42, comma 3, del presente testo unico. Con lo stesso decreto interministeriale sono fissate modalità per l'accesso ai sistemi informativi delle amministrazioni e degli enti pubblici e per l'interscambio dei dati, finalizzati al controllo del sistema delle utilizzazioni e dei prelievi, nonché per garantire adeguate forme di informazione al pubblico in ordine agli effetti dei provvedimenti di rilascio, di modificazione e di rinnovo delle concessioni di derivazione e delle licenze di attingimento di cui al comma 2. Le amministrazioni dello Stato, le regioni e le province autonome assicurano lo scambio delle informazioni relative ai provvedimenti di rilascio, di modificazione e di rinnovo delle concessioni di derivazioni e di licenze di attingimento, entro trenta giorni dalla data di efficacia del relativo provvedimento. Gli stessi dati sono inviati, entro il medesimo termine, alle Autorità di bacino e al Dipartimento per i servizi tecnici nazionali”. Si ricordi poi che in base al d. Lgs. 31 marzo 1998 n. 112, alla gestione del demanio idrico provvedono le regioni e gli enti locali, fatta eccezione per i compiti di rilievo nazionale che restano riservati allo Stato.

¹⁶⁵ L'art. 6, infatti, testualmente dispone che “le utenze di acqua pubblica hanno per oggetto grandi e piccole derivazioni. Sono considerate grandi derivazioni quelle che

Si ricordi che, come si è detto nel capitolo precedente, la prima distinzione tra concessioni di prima e seconda categoria era prevista nella legge del 1884 e nel d. lgt 1916 troviamo la prima definizione di grande derivazione come quella con più di 500 cavalli dinamici.

2. Il procedimento per il rilascio delle concessioni

Il procedimento per il rilascio di concessioni di derivazione a scopo idroelettrico è disciplinato dagli artt. 7-15 del testo unico del 1933.

L'art. 7 si occupa di disciplinare l'iniziativa del procedimento: individua l'amministrazione alla quale occorre presentare l'istanza (Ministero Lavori pubblici ma oggi le Regioni)¹⁶⁶; gli allegati tecnici che devono essere uniti all'istanza; il parere - si noti vincolante - delle autorità di Bacino¹⁶⁷; le forme di

eccedono i seguenti limiti: a) per produzione di forza motrice: potenza nominale media annua kW 3.000; b) per acqua potabile: litri 100 al minuto secondo; c) per irrigazione: litri 1000 al minuto secondo od anche meno se si possa irrigare una superficie superiore ai 500 ettari; d) per bonificazione per colmata: litri 5000 al minuto secondo; e) per usi industriali, inteso tale termine con riguardo ad usi diversi da quelli espressamente indicati nel presente articolo: litri 100 al minuto secondo; f) per uso ittiogenico: litri 100 al minuto secondo; g) per costituzione di scorte idriche a fini di uso antincendio e sollevamento a scopo di riqualificazione di energia: litri 100 al minuto secondo. Quando la derivazione sia ad uso promiscuo, si assume quale limite quello corrispondente allo scopo predominante. Il Ministro dei lavori pubblici, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, stabilisce, con provvedimento di carattere generale, a quale specie di uso debbano assimilarsi usi diversi da quelli sopra indicati. Il decreto ministeriale è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica”.

¹⁶⁶ Nel primo comma si stabilisce che “le domande per nuove concessioni e utilizzazioni, corredate dei progetti di massima delle opere da eseguire per la raccolta, regolazione, estrazione, derivazione, condotta, uso, restituzione e scolo delle acque, sono dirette al ministro dei lavori pubblici e presentate all'ufficio del genio civile alla cui circoscrizione appartengono le opere di presa”.

¹⁶⁷ Dispone il secondo comma che “le domande di cui al primo comma relative sia alle grandi sia alle piccole derivazioni sono altresì trasmesse alle Autorità di bacino territorialmente competenti che, entro il termine perentorio di quaranta giorni dalla data di ricezione ove si tratti di domande relative a piccole derivazioni, comunicano il proprio

pubblicità che devono essere date all'istanza e l'eventuale intervento del consiglio superiore dei lavori pubblici¹⁶⁸.

parere vincolante ai competente Ufficio Istruttore in ordine alla compatibilità della utilizzazione con le previsioni del Piano di tutela, ai fini del controllo sull'equilibrio del bilancio idrico o idrologico, anche in attesa di approvazione del Piano anzidetto. Qualora le domande siano relative a grandi derivazioni, il termine per la comunicazione del suddetto parere è elevato a novanta giorni dalla data di ricezione delle domande medesime. Decorso i predetti termini senza che sia intervenuta alcuna pronuncia, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio nomina un Commissario "ad acta" che provvede entro i medesimi termini decorrenti dalla data della nomina". Sul ruolo delle Autorità di Bacino cfr. il contributo di P.URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di Bacino*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1997, 843 e ss.

¹⁶⁸ Nei commi successivi si dispone che *"l'ufficio del genio civile ordina la pubblicazione della domanda mediante avviso nel Foglio degli annunci legali delle province nel cui territorio ricadono le opere di presa e di restituzione delle acque. Nell'avviso sono indicati il nome del richiedente e i dati principali della richiesta derivazione, e cioè: luogo di presa, quantità di acqua, luogo di restituzione ed uso della derivazione. L'avviso è pubblicato anche nella Gazzetta Ufficiale del regno. Nei territori che ricadono nella circoscrizione del magistrato alle acque per le province venete e di Mantova, questo deve essere sentito sull'ammissibilità delle istanze prima della loro istruttoria. Se il ministro ritiene senz'altro inammissibile una domanda perché inattuabile o contraria al buon regime delle acque o ad altri interessi generali, la respinge con suo decreto sentito il parere del consiglio superiore dei lavori pubblici. Le domande che riguardano derivazioni tecnicamente incompatibili con quelle previste da una o più domande anteriori, sono accettate e dichiarate concorrenti con queste, se presentate non oltre trenta giorni dall'avviso nella Gazzetta Ufficiale relativo alla prima delle domande pubblicate incompatibili con la nuova. Di tutte le domande accettate si dà pubblico avviso nei modi sopra indicati. Dopo trenta giorni dall'avviso, la domanda viene pubblicata, col relativo progetto, mediante ordinanza del genio civile. In ogni caso l'ordinanza stabilisce il termine, non inferiore a quindici e non superiore a trenta giorni, entro il quale possono presentarsi le osservazioni e le opposizioni scritte avverso la derivazione richiesta. Se le opere di derivazione interessano la circoscrizione di più uffici del genio civile, l'ordinanza di istruttoria è emessa dal ministro dei lavori pubblici. Nel caso di domande concorrenti l'istruttoria è estesa a tutte le domande se esse sono tutte incompatibili con la prima, se invece alcune furono accettate al di là dei termini relativi alla prima; per essere compatibili con questa e non con le successive, l'istruttoria è intanto limitata a quelle che sono state presentate e accettate entro novanta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'avviso relativo alla prima domanda"*.

Nell'art. 8 viene disciplinata, invece, la fase istruttoria in cui intervengono gli uffici del Genio civile oltre agli uffici di volta in volta ritenuti necessari come il Ministero delle Comunicazioni, il ministero delle politiche agricole e forestali e dell'interno¹⁶⁹.

L'art. 9 è la norma fondamentale in materia di concorrenza dal momento che specifica i criteri di scelta tra più domande concorrenti che sempre di più inseriscono considerazioni di carattere ambientale: viene infatti preferita la domanda che *“da sola, o in connessione con altre utenze concesse o richieste, presenta la più razionale utilizzazione delle risorse idriche in relazione ai seguenti criteri: a) l'attuale livello di soddisfacimento delle esigenze essenziali dei concorrenti anche da parte dei servizi pubblici di acquedotto o di irrigazione e la prioritaria destinazione delle risorse qualificate all'uso potabile; b) le effettive possibilità di migliore utilizzo delle fonti in relazione all'uso; c) le caratteristiche quantitative e qualitative del corpo idrico oggetto di prelievo; d) la quantità e la qualità dell'acqua restituita rispetto a quella prelevata”*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Dispone l'art. 8 *“l'Ufficio del Genio civile, alla cui circoscrizione appartengono le opere di presa, raccoglie le opposizioni, procede alla visita dei luoghi, alla quale possono intervenire il richiedente e gli interessati, e redige una relazione dettagliata su tutta la istruttoria, mettendo in evidenza le qualità caratteristiche delle varie domande in rapporto alla più razionale utilizzazione del corso di acqua, agli interessi pubblici connessi, alla natura ed attendibilità delle opposizioni. Alla visita di istruttoria, per domande di grande derivazione, comprendano o no la costruzione di serbatoi idrici, sono invitati ad intervenire altresì un funzionario del competente ufficio idrografico, i rappresentanti dei ministeri militari interessati, per le opportune constatazioni, osservazioni e proposte di condizioni da inserire a verbale. Sarà altresì invitato il rappresentante del Ministero delle comunicazioni quando questo vi possa essere interessato. Quando la derivazione sia chiesta a scopo di bonifica integrale, alla visita di istruttoria è invitato ad intervenire un delegato del Ministero delle politiche agricole e forestali. Nei casi previsti all'ultimo comma dell'art. 218, concernente acquedotti a uso potabile, alla visita d'istruttoria è invitato a intervenire un delegato del Ministero dell'interno. Dove esistono uffici regionali del Ministero dei lavori pubblici aventi giurisdizione in materia di acque pubbliche, questi danno parere sui risultati dell'istruttoria. Sulle condizioni interessanti la difesa territoriale, il Genio civile promuove il benessere del ministero militare competente per il tramite del comando di corpo d'armata territorialmente interessato”*.

¹⁷⁰ La norma originaria è stata modificata sino al testo che si è riportato dall'articolo 4 del D. Lgs. 12 luglio 1993, n. 275 e, successivamente, dall'articolo 23 del D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 152.

Lo stesso codice dell'ambiente ha inserito ulteriori criteri che consentono di preferire la domanda che consenta al meglio il rispetto della tutela ambientale¹⁷¹.

Solo come criterio residuale resta quello dell'antiorità della presentazione della domanda per cui "qualora tra più domande concorrenti si riscontri che i progetti sono sostanzialmente equivalenti, quantunque in alcuna di quelle posteriormente presentate la utilizzazione sia più vasta, è di regola preferita la prima domanda quando non ostino motivi prevalenti d'interesse pubblico e il primo richiedente si obblighi ad attuare la più vasta utilizzazione".

In ogni caso "sulla preferenza da darsi all'una od all'altra domanda decide definitivamente il Ministro dei lavori pubblici sentito il consiglio superiore. Il consiglio indica, per la domanda prescelta, gli elementi essenziali che devono essere contenuti nel disciplinare"¹⁷².

L'art. 10 riguarda le cd. domande in concorrenza eccezionale ossia quelle specifiche domande che soddisfano uno speciale e prevalente motivo di interesse pubblico: "qualora una nuova domanda incompatibile con le preesistenti sia presentata al di là dei termini di cui all'ottavo ed all'ultimo comma dell'art. 7, ma prima che il consiglio superiore si sia pronunciato definitivamente sulle domande già istruite, la domanda potrà, in via eccezionale, e con ordinanza ministeriale, essere ammessa ad istruttoria e dichiarata concorrente con le altre, se soddisfi ad uno speciale e prevalente motivo di interesse pubblico, riconosciuto dal Ministro dei lavori pubblici, sentito il consiglio superiore. In tal caso viene sospesa ogni

¹⁷¹ Sono stati introdotti dall'art. 23 del D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 152 i commi 1 bis e 1 ter che prevedono "è preferita la domanda che, per lo stesso tipo di uso, garantisce la maggior restituzione d'acqua in rapporto agli obiettivi di qualità dei corpi idrici. In caso di più domande concorrenti per usi produttivi è altresì preferita quella del richiedente che aderisce al sistema ISO 14001, ovvero al sistema di cui al regolamento (CEE) n. 761/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2001, sull'adesione volontaria delle organizzazioni a un sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) (1-bis)" e "per lo stesso tipo di uso è preferita la domanda che garantisce che i minori prelievi richiesti siano integrati dai volumi idrici derivati da attività di recupero e di riciclo (1-ter)".

¹⁷² Nelle concessioni a prevalente scopo irriguo, a parità di utilizzazione, è preferita fra più concorrenti la domanda di chi abbia la proprietà dei terreni da irrigare o del relativo consorzio dei proprietari.

decisione su tutte le domande fino a che per la nuova ammessa sia completata la istruttoria”¹⁷³.

L’art. 11 si occupa del disciplinare che deve essere allegato alla concessione di derivazione e della cauzione che deve essere versata¹⁷⁴.

L’autorità procedente può invitare i richiedenti a modificare i progetti o obbligarli a consorzarsi ai sensi dell’art. 12¹⁷⁵.

L’art. 12 bis inserito dal d.lgs. n. 275/1993 prevede i requisiti che consentono l’emanazione del provvedimento di concessione che ancora una volta evidenziano

¹⁷³ Sul punto appare interessante la sentenza Cass.Civ., SS.UU., 22 dicembre 2011, n. 28338 che ha dato ragione alla Regione Valle d’Aosta che aveva preferito la domanda della Compagnia Valdostana delle acque rispetto ad altre sulla base della “sua idoneità a garantire una maggiore sicurezza del sistema elettrico regionale (...)”.

¹⁷⁴ La norma dispone che *“per la domanda prescelta l’ufficio del Genio civile redige il disciplinare e invita il richiedente a firmarlo. Il richiedente deve depositare presso la cassa dei depositi e prestiti una cauzione non inferiore alla metà di un’annata del canone demaniale e in ogni caso non minore di lire cento. La cauzione può essere incamerata nei casi di rinuncia e di dichiarazione di decadenza”*.

¹⁷⁵ La norma dispone che *“per conseguire la più razionale utilizzazione del corso d’acqua o per rendere tra loro compatibili alcune delle domande concorrenti, o per assicurare, nell’utilizzazione per forza motrice, la restituzione dell’acqua a quota utile per l’irrigazione il Ministero dei lavori pubblici, sentito il consiglio superiore, può invitare i richiedenti a modificare i rispettivi progetti. Occorrendo opere in comune, il Ministro, sentito il consiglio superiore, può imporre ai concessionari l’obbligo di consorzarsi per quanto si riferisce a dette opere, salvo quanto è stabilito al capo II. Le domande modificate a termine del primo comma sono sottoposte, ove occorra, a breve istruttoria, limitata alle varianti introdotte. Non possono però, fino alla decisione definitiva, accettarsi per nessun motivo altre domande incompatibili con quelle in esame. Fra più concorrenti, le cui domande tendano a soddisfare notevoli interessi pubblici, si può in ogni caso, sentito il consiglio superiore, far luogo alla concessione a chi richiede la migliore e più vasta derivazione, con l’obbligo di fornire agli altri richiedenti, con le modalità indicate dal consiglio stesso, acqua o energia elettrica al prezzo di costo, tenuto conto delle caratteristiche della fornitura occorrente, limitatamente alle quantità indispensabili per gli usi di essi richiedenti”*.

l'attenzione del legislatore per i profili di tutela ambientale¹⁷⁶ e per la preferenza dell'uso per consumo umano rispetto agli altri usi¹⁷⁷.

Si arriva dopo alcune norme sulle tempistiche di inizio lavori¹⁷⁸, sulle derivazioni riservate¹⁷⁹, sulla forma del provvedimento di concessione¹⁸⁰ alle norme penali:

¹⁷⁶ I commi 1 e 2 della norma dispongono che *“il provvedimento di concessione è rilasciato se: a) non pregiudica il mantenimento o il raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti per il corso d'acqua interessato; b) è garantito il minimo deflusso vitale e l'equilibrio del bilancio idrico; c) non sussistono possibilità di riutilizzo di acque reflue depurate o provenienti dalla raccolta di acque piovane ovvero, pur sussistendo tali possibilità, il riutilizzo non risulta sostenibile sotto il profilo economico. I volumi di acqua concessi sono altresì commisurati alle possibilità di risparmio, riutilizzo o riciclo delle risorse. Il disciplinare di concessione deve fissare, ove tecnicamente possibile, la quantità e le caratteristiche qualitative dell'acqua restituita. Analogamente, nei casi di prelievo da falda deve essere garantito l'equilibrio tra il prelievo e la capacità di ricarica dell'acquifero, anche al fine di evitare pericoli di intrusione di acque salate o inquinate, e quant'altro sia utile in funzione del controllo del miglior regime delle acque”*.

¹⁷⁷ Il comma 3 dispone che *“l'utilizzo di risorse prelevate da sorgenti o falde, o comunque riservate al consumo umano, può essere assentito per usi diversi da quello potabile se: a) viene garantita la condizione di equilibrio del bilancio idrico per ogni singolo fabbisogno; b) non sussistono possibilità di riutilizzo di acque reflue depurate o provenienti dalla raccolta di acque piovane, oppure, dove sussistano tali possibilità, il riutilizzo non risulta sostenibile sotto il profilo economico; c) sussiste adeguata disponibilità delle risorse predette e vi è una accertata carenza qualitativa e quantitativa di fonti alternative di approvvigionamento”*.

¹⁷⁸ L'art. 13 dispone che *“nei casi di accertata urgenza, il Ministro dei lavori pubblici, sentito il Consiglio superiore, può permettere che siano iniziate subito le opere, purché il richiedente la concessione si obblighi, con congrua cauzione, da depositare alla Cassa dei depositi e prestiti, ad eseguire le prescrizioni e condizioni che saranno stabilite nell'atto di concessione, oppure a demolire le opere in caso di negata concessione. La esecuzione è sempre fatta a rischio e pericolo del richiedente. Per le piccole derivazioni, quando non vi siano domande concorrenti né opposizione, l'autorizzazione all'inizio delle opere può essere data, in casi di accertata urgenza, con le condizioni suddette, dall'ufficio del Genio civile competente, che ne riferisce immediatamente al Ministero dei lavori pubblici”*.

¹⁷⁹ L'art. 14 dispone che *“le domande per derivazioni da corsi d'acqua riservati ai sensi del successivo art. 51 sono ammesse ad istruttoria dopo esame preliminare del consiglio superiore ai fini indicati dal quarto comma di detto articolo. Le domande per utilizzazioni su corsi d'acqua riservati occorrenti alle amministrazioni dello Stato sono presentate al Ministero dei lavori pubblici che provvede alla concessione, sentito il consiglio superiore, senza bisogno di formare istruttoria”*.

“salvo quanto previsto dall'articolo 93 e dal comma 2, è vietato derivare o utilizzare acqua pubblica senza un provvedimento autorizzativo o concessorio dell'autorità competente (...). Nel caso di violazione delle norme di cui al comma 1, Amministrazione competente dispone la cessazione dell'utenza abusiva ed il contravventore, fatti salvi ogni altro adempimento o comminatoria previsti dalle leggi vigenti, è tenuto al pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria da 3.000 euro a 30.000 euro. Nei casi di particolare tenuità si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 300 euro a 1.500 euro”¹⁸¹.

3. Il decreto legislativo 387/2003: l'autorizzazione unica per la costruzione degli impianti

Singolarmente una volta ottenuta la concessione per la derivazione di acqua non si può procedere immediatamente alla realizzazione dell'impianto ma occorre ottenere un'ulteriore autorizzazione per la realizzazione degli impianti.

Il diritto vigente prevede, quindi, la compresenza di due procedimenti: uno disciplinato dal RD 1775/1933 che peraltro non prevede un termine di conclusione e che è finalizzato al rilascio del provvedimento di concessione, e uno disciplinato

¹⁸⁰ L'art. 15 prevede che *“le concessioni di acqua pubblica per le grandi derivazioni sono fatte con decreto del Ministro per i lavori pubblici, di concerto col Ministro per le finanze. Per le piccole derivazioni la concessione è fatta con decreto del provveditore alle opere pubbliche, sentito l'intendente di finanza competente per territorio, salvo che siano state presentate opposizioni o domande concorrenti, nei quali casi la concessione è fatta con decreto del Ministro per i lavori pubblici, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici e d'intesa col Ministro per le finanze”*.

¹⁸¹ La norma si conclude prevedendo che *“alla sanzione prevista dal presente articolo non si applica il pagamento in misura ridotta di cui all'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689. E' in ogni caso dovuta una somma pari ai canoni non corrisposti. L'autorità competente, con espresso provvedimento nel quale sono stabilite le necessarie cautele, può eccezionalmente consentire la continuazione provvisoria del prelievo in presenza di particolari ragioni di interesse pubblico generale, purché l'utilizzazione non risulti in palese contrasto con i diritti di terzi e con il buon regime delle acque”*.

dal decreto legislativo 387/2003¹⁸² che è finalizzato al provvedimento di autorizzazione alla realizzazione degli impianti.

Per ognuno dei due procedimenti le normative regionali dispongono in modo diverso.

Il procedimento per la realizzazione degli impianti da fonti rinnovabili è un procedimento semplificato¹⁸³ che si conclude con il rilascio di un'autorizzazione unica rilasciata dalla regione o dalle province delegate e che è disciplinato dall'art. 12 del citato decreto¹⁸⁴.

¹⁸² Tale decreto recepisce la Direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 settembre 2001, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità. La direttiva in questione, esortava i Paesi membri ad adottare misure per l'incremento della produzione e dell'impiego dell'energia rinnovabile. In particolare in materia di procedure amministrative, la direttiva auspicava un'azione rivolta ad una maggiore razionalizzazione e accelerazione, nonché a garantire che le norme fossero oggettive, trasparenti e non discriminatorie e tenessero pienamente conto delle particolarità delle varie tecnologie. La disciplina menzionava altresì, il coordinamento fra i diversi organi amministrativi in materia di scadenze, ricezione, e trattamento delle domande di autorizzazione nonché l'eventuale definizione di linee guida per il rilascio dell'autorizzazione. Da ciò se ne deduce che le istituzioni comunitarie avevano guidato le problematiche relative alle procedure amministrative vigenti in alcuni Paesi membri e mediante la direttiva 2001/77 avevano fornito una valida linea programmatica, molto dettagliata nelle misure ipotizzabili, da attuare repentinamente nel diritto interno in vista del raggiungimento di risultati maggiormente incoraggianti sul tema. Per un'attenta analisi sul punto cfr. S. QUADRI, *Energia sostenibile, diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Giappichelli, Torino, 2012, 168 e ss.

¹⁸³ Sulla semplificazione del procedimento cfr. M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Il Mulino, Bologna, 2008, 125 e ss.

¹⁸⁴ Per l'art. 12 d.lgs. 387/2003 recante razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative *“le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti, autorizzate ai sensi del comma 3, sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti. 2. Restano ferme le procedure di competenza del Ministero dell'interno vigenti per le attività soggette ai controlli di prevenzione incendi. 3. La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di*

In tale procedimento interviene la conferenza di servizi¹⁸⁵ e l'autorizzazione viene rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241¹⁸⁶.

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 altro soggetto istituzionale delegato dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico". La disposizione ha dato luogo a non poca confusione sui soggetti legittimati al rilascio dell'autorizzazione dal momento che prevedeva che quest'ultima potesse essere rilasciata oltre che dalla Regione, da altro soggetto istituzionale dalla stessa delegato. Si sono così generate situazioni difformi e disomogenee. A porre rimedio alla situazione, è intervenuto l'art. 2, comma 158, della L. n. 244 del 24 dicembre 2007, il quale ha prescritto che la predetta autorizzazione potesse essere rilasciata oltre che dalla Regione, dalle sole Province da essa delegate, ma vi è da dire che un chiarimento definitivo sul punto, si è avuto attraverso la giurisprudenza amministrativa. Sul punto, in dottrina, cfr. C. VIVANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 778, nonché in senso analogo le sentenze del Cons. Stato, sez. V, n. 1139/2010; TAR, Puglia, Lecce, sez. I, n. 358/2008; TAR, Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 32/2011.

¹⁸⁵ Il comma 3 dispone che *"a tal fine la Conferenza dei servizi è convocata dalla regione entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione"*. In relazione alla Conferenza di servizi, per quanto la configurazione della stessa come "istruttoria" assicurerebbe più facilmente la radicale semplificazione del procedimento amministrativo, si propende per il carattere "decisorio" della stessa. Sul punto cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 1020/2010 e TAR, Sicilia, sez. II, n. 1539/2009. In dottrina C. VIVANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 781. In generale sul tema della conferenza istruttoria e decisoria cfr. F. CARINGELLA- M. PROTTO (a cura di) *Il nuovo procedimento amministrativo*, Dike giuridica, Roma, 2009, 153; nonché M. A. SANDULLI, (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, 607.

¹⁸⁶ Sul procedimento di autorizzazione all'installazione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile tra i tanti lavori cfr. G. M. CARUSO, *La complessità organizzativa nel settore delle fonti energetiche rinnovabili*, in *Astrid*, 2009, dal sito <http://www.astrid-online.it>; A. MILONE, *Il procedimento autorizzatorio degli impianti di*

Il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato e deve contenere l'obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto esercente a seguito della dismissione dell'impianto e, per gli impianti idroelettrici, l'obbligo alla esecuzione di misure di reinserimento e recupero ambientale.

Viene fissato un termine massimo di novanta giorni per la conclusione del procedimento al netto dei tempi necessari per le procedure di valutazione ambientale¹⁸⁷ e si prevede la possibilità di utilizzare la denuncia di inizio attività per gli impianti di dimensioni più piccole¹⁸⁸.

produzione di energia rinnovabile: rapporti con VIA e AIA, in Ambiente e Sviluppo, 2009, 1123; E. PICOZZA (a cura di), Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica, Torino, 2003 M. T. SEMPREVIVA, Procedure per la realizzazione di impianti di produzione di energia eolica, in Urbanistica e Appalti, 2009, 947 e ss.; A. FARI, Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione, in Quaderni di Italianieuropei, 2010. S. FIENGA, Energia da fonti rinnovabili e procedure autorizzatorie (nota a Corte Cost. n. 119/2010), in Ambiente e Sviluppo, 2010, 645 e ss; F. DI DIO, D.lgs. n. 28/2011, il nuovo regime speciale delle autorizzazioni per impianti da rinnovabili, in Ambiente e Sviluppo, 2011, 564 e ss.; P. BRAMBILLA, Semplificazioni procedurali e protezione dell ambiente nella localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili, in M. DE FOCATIIS - A. MAESTRONI (a cura di) Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia, Giuffrè, Milano, 2011, 155 e 169.

¹⁸⁷ Per il comma 4 “fatto salvo il previo espletamento, qualora prevista, della verifica di assoggettabilità sul progetto preliminare, di cui all’articolo 20 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, il termine massimo per la conclusione del procedimento unico non può essere superiore a novanta giorni, al netto dei tempi previsti dall’articolo 26 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, per il provvedimento di valutazione di impatto ambientale (comma così modificato dall’articolo 2, comma 154, legge n. 244 del 2007, poi dall’articolo 27, comma 44, legge n. 99 del 2009, poi dall’articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 28 del 2011)”.

¹⁸⁸ Il comma 5 dispone che “all’installazione degli impianti di fonte rinnovabile di cui all’art. 2, comma 1 lettere b) e c) per i quali non è previsto il rilascio di alcuna autorizzazione, non si applicano le procedure di cui ai commi 3 e 4. Ai medesimi impianti, quando la capacità di generazione sia inferiore alle soglie individuate dalla tabella A allegata al presente decreto, con riferimento alla specifica fonte, si applica la disciplina della denuncia di inizio attività di cui agli articoli 22 e 23 del testo unico di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell’ambiente e della

L'autorizzazione non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione a favore delle regioni e delle province.

In relazione all'ambito di applicazione di tale procedimento le varie normative regionali dispongono sulle soglie in relazione alle quali si applica l'autorizzazione unica, la denuncia di inizio d'attività, la procedura semplificata o il procedimento ordinario.

De jure condendo si rileva che dato che gli interessi pubblici da tutelare sono molti, e a molti livelli (Regione, enti locali, Comuni, stakeholders), da più parti tra gli operatori, considerato anche che nel nostro paese si sente viva l'esigenza di espandere la produzione di energia da FER, si è richiesta una modifica normativa volta ad introdurre uno Sportello Unico a livello regionale, che raccolga tutte le domande di questo tipo, le renda pubbliche, le analizzi, convochi una Conferenza delle varie parti interessate e stabilisca, in tempi tecnici precisi e senza prevaricare le autonomie di nessuno, l'iter affinché l'intero progetto disponga di tutte le autorizzazioni, concessioni e licenze necessarie per l'inizio della costruzione e dell'operatività ma di tutto questo ancora non si vede evidenza¹⁸⁹.

4. Competenze e soglie nelle varie normative regionali

Com'è noto in conseguenza dell'entrata in vigore del d.lgs. 112/1998 le funzioni in materia di concessioni idroelettriche sono state attribuite alle Regioni¹⁹⁰.

tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono essere individuate maggiori soglie di capacità di generazione e caratteristiche dei siti di installazione per i quali si procede con la medesima disciplina della denuncia di inizio attività (comma così modificato dall'articolo 2, comma 154, legge n. 244 del 2007)".

¹⁸⁹ G. GARIONI, *Finanziare un progetto idroelettrico*, in *Ambiente e Sviluppo*, 5/2007, 427

¹⁹⁰ Si noti che quasi tutte le regioni hanno adottato normative al riguardo e in alcuni casi hanno stabilito delle durate delle concessioni inferiori a quelle stabilite dalla legge nazionale (vedi ad esempio molto di recente l'Emilia Romagna con la delibera G.R. 2102 del 30 dicembre 2013 recante individuazione dei parametri per la durata massima delle

Può essere interessante riportare sia per quel che riguarda il procedimento di concessione che per quello di autorizzazione la situazione in alcune regioni per avere un'idea di massima delle differenze che intercorrono tra Regione e Regione.

Nel caso della Regione Lombardia per quel che riguarda le concessioni di grandi derivazioni il referente è la Regione; per quel che riguarda le concessioni di piccole derivazioni i referenti sono le Provincie.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica si prevede che da 0 a 100KW sia sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione; da 100KW a 3000kW l'autorità competente è invece la Provincia e il provvedimento è di autorizzazione unica; sopra i 3000KW (grandi derivazioni) la competenza è della Regione (secondo quanto disposto dalla legge regionale n. 26/2003 e dal regolamento regionale n. 2/2006).

Nel caso della Regione Piemonte per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni i referenti sono le Provincie.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione e i referenti sono i Comuni; la Regione è referente per l'autorizzazione unica dei progetti di impianti soggetti a VIA, per tutte le altre tipologie di impianti i referenti sono le Provincie.

Nel caso della Regione Valle d'Aosta per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni i referenti è la Regione.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione e i referenti sono i Comuni; da 100KW in su la competenza è della Regione.

Nel caso della Regione Veneto per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni referente è la Regione, ad eccezione del territorio della Provincia di Belluno in cui competente è la Provincia.

concessioni ad uso idroelettrico. La delibera è stata adottata sulla base del regolamento regionale n.41/2001).

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione e i referenti sono i Comuni; da 100KW in su la competenza è della Regione.

Nel caso della Regione Emilia Romagna per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni il referente è la Regione.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione e i referenti sono i Comuni; da 100KW a 50MV le Province sono referenti per il rilascio dell'autorizzazione unica; sopra i 50MV la competenza è della Regione.

Nel caso della Provincia autonoma di Trento per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni i referenti è la Provincia stessa.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica che da da 0 a 100KW è sufficiente la comunicazione e il referente è l'Agenzia provinciale per l'energia; sopra i 100kW è necessaria l'autorizzazione di competenza della stessa Agenzia provinciale per l'energia.

Nel caso della Provincia autonoma di Bolzano per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni il referente è la Provincia stessa.

Per quel che riguarda per gli impianti soggetti ad autorizzazione il referente è la Provincia; per gli impianti soggetti a procedure semplificate il referente è il Comune.

Nel caso della Regione Toscana per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni i referenti sono le Province.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione e i referenti sono i Comuni; sopra i 100KW le Province sono referenti per il rilascio dell'autorizzazione unica.

Nel caso della Regione Liguria per quel che riguarda le concessioni di grandi derivazioni il referente è la Regione; per quel che riguarda le concessioni di piccole derivazioni i referenti sono le Provincie.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la SCIA o la DIA e i referenti sono i Comuni; da 100KW a 3000kW l'autorità competente è invece la Provincia e il provvedimento è di autorizzazione unica; sopra i 3000KW (grandi derivazioni) la competenza è della Regione.

Nella Regione Campania per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni i referenti sono le Provincie.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione e i referenti sono i Comuni; da 100KW a 1MV l'autorità competente è invece la Provincia e il provvedimento è di autorizzazione unica; sopra 1MV la competenza è della Regione.

5. Il procedimento di autorizzazione degli impianti nel dettaglio

Volendo seguire in dettaglio lo sviluppo di un procedimento si è scelto di analizzare il caso della regione Veneto.

Come si è detto nella stessa per quel che riguarda le concessioni sia di grandi derivazioni che di piccole derivazioni referente è la Regione, ad eccezione del territorio della Provincia di Belluno in cui competente è la Provincia.

Per quel che riguarda il regime autorizzativo per gli impianti di produzione di energia idroelettrica prevede che da 0 a 100KW è sufficiente la procedura autorizzativa semplificata (PAS) o la comunicazione e i referenti sono i Comuni; da 100KW in su la competenza è della Regione.

Ipotizzando dunque una domanda di autorizzazione inferiore a 100 KW il Comune procede ai sensi dell'art. 12 del D.Lgs. 387/2003 ma anche degli artt. 22 e 23 del DPR 380/2001.

All'interno del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del D.Lgs. 387/2003 devono trovare adempimento le procedure eventuali,

concernenti la V.I.A., la valutazione di incidenza e il vincolo paesaggistico, ove dovute¹⁹¹.

Il procedimento di norma si conclude entro 90 giorni.

L'eventuale procedura espropriativa viene svolta secondo quanto previsto dal DPR 327/2001.

L'iter autorizzativo prevede che la domanda e il relativo progetto definitivo nonché, qualora necessari, gli atti concernenti la valutazione di incidenza nei confronti della Rete Natura 2000, il vincolo paesaggistico e quelli relativi a qualsiasi altra autorizzazione o parere, devono essere presentati all'Amministrazione competente.

Il Comune comunica al richiedente l'avvio del procedimento indicando il nominativo del responsabile del procedimento (R.U.P.) ed allo stesso tempo accerta la completezza del progetto, della relativa documentazione e richiede, ove necessario, integrazioni.

La medesima amministrazione procedente trasmette gli atti relativi alla domanda di concessione d'acqua all'Unità periferica del Genio Civile.

In materia di atti necessari alla presentazione di una domanda di concessione d'acqua, i riferimenti normativi sono l'art. 6 del R.D. 1775/1933, l'art. 9 del R.D. 1285/1920 e il DM 16 dicembre 1923 e loro modifiche ed integrazioni.

Con la ricezione degli atti allegati alla domanda di concessione, l'Unità periferica del Genio Civile (ovvero la Provincia di Belluno), analogamente a quanto avviene per gli impianti idroelettrici di competenza regionale, danno avvio agli adempimenti di cui al R.D. 1775/1933 relativamente alla derivazione d'acqua, fino al provvedimento finale di concessione che potrà essere rilasciato solo dopo lo svolgimento della conferenza di servizi di cui ai punti seguenti.

L'Unità periferica del Genio Civile (ovvero la Provincia di Belluno), provvede alla pubblicazione nel Bollettino Ufficiale della Regione di un avviso per rendere noto al pubblico il deposito della domanda di concessione d'acqua e relativo progetto, fissando il termine perentorio di trenta giorni, dalla data della pubblicazione

¹⁹¹ A. MILONE, *Il procedimento autorizzatorio degli impianti di produzione di energia rinnovabile: rapporti con VIA e AIA*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2009, 1123

medesima, per la presentazione di eventuali domande in concorrenza e di eventuali osservazioni e opposizioni ai sensi dell'art. 7 del R.D.1775/1933. La domanda in concorrenza deve essere corredata di documentazione tecnica analoga a quella prevista per la domanda del primo richiedente.

Nel caso in cui non siano pervenute domande concorrenti, l'Unità periferica del Genio Civile, ovvero la Provincia di Belluno, ne dà comunicazione al Comune. Quest'ultimo provvede quindi a trasmettere copia del progetto della derivazione all'Autorità di Bacino, per il parere di cui all'art. 96 comma 1 del D.Lgs.152/2006.

In caso di domande concorrenti ovvero di opposizioni l'Unità periferica del Genio Civile, ovvero la Provincia di Belluno, trasmette la documentazione alla Commissione tecnica istituita con DGRV 1609 del 09/06/2009, per il prescritto parere. La Direzione regionale Difesa del Suolo comunica il parere della Commissione tecnica al Comune competente.

Il Comune comunica ai richiedenti gli esiti della Commissione suddetta e provvede a trasmettere all'Autorità di Bacino copia del progetto della derivazione relativa alla domanda prescelta, affinché la stessa proceda alla formazione del parere di cui all'art. 96 comma 1 del D.Lgs. 152/2006¹⁹².

Il Comune inoltre provvede ad acquisire, ove necessario, il progetto completo dell'impianto correlato alla domanda di concessione di derivazione prescelta e a chiudere il procedimento a carico della domanda del primo richiedente.

Nel caso di parere negativo dell'Autorità di Bacino, il Comune determina l'interruzione del procedimento e il rigetto dell'istanza.

Nel caso di parere positivo dell'Autorità di Bacino il Comune invita il richiedente, nei casi previsti, a procedere con gli adempimenti concernenti la V.I.A. presso la

¹⁹² *"Le domande...relative sia alle grandi sia alle piccole derivazioni sono altresì trasmesse alle Autorità di bacino territorialmente competenti che, entro il termine perentorio di quaranta giorni dalla data di ricezione ove si tratti di domande relative a piccole derivazioni, comunicano il proprio parere vincolante al competente Ufficio Istruttore in ordine alla compatibilità della utilizzazione con le previsioni del Piano di tutela, ai fini del controllo sull'equilibrio del bilancio idrico o idrologico, anche in attesa di approvazione del Piano anzidetto....".Sul punto cfr. A. BERTANI, Art. 96, Modifiche al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, in Codice dell'Ambiente (a cura di) G. BOTTINO e altri, Giuffrè, 2008, 868 e ss.*

Struttura regionale competente, finalizzati ad ottenere la sola pronuncia regionale di compatibilità ambientale.

Il Comune convoca la Conferenza di servizi, di cui all'art. 12 del D.lgs.387/2003 e all'art.23 del D.P.R. 380/2001¹⁹³, finalizzata al rilascio dell'autorizzazione unica, ai sensi della L. n. 241/1990 e s.m.i.

Come si vede al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica intervengono a vario titolo: il Comune o i Comuni interessati; la Regione (Genio civile); la Provincia (servizio forestale); l'ARPA; l'Autorità di Bacino; l'ente parco; la soprintendenza per i beni archeologici.

6. Competenze in materia di energia tra Stato e Regioni

Non si potrebbe concludere il capitolo sulla normativa vigente senza porre attenzione al "tormentato" tema delle competenze in materia di energia¹⁹⁴.

Come è noto, infatti, l'energia è un settore che coinvolge una molteplicità di interessi, e che, come si vedrà più avanti nel corso del presente lavoro, può avere rilevanti riflessi sulla tutela e salvaguardia del bene ambiente, nonché sulle opzioni di sviluppo dei processi produttivi del Paese¹⁹⁵.

¹⁹³ Sul punto cfr. *Testo unico sull'edilizia*, (a cura di) M. A. SANDULLI con il coordinamento di M. R. SPASIANO, Milano, 2004.

¹⁹⁴ Per un approccio più generale al tema, tra gli studi più classici, G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 221 s.; *Il governo dell'energia* (a cura di) S. CASSESE, Rimini, 1992; G.G. GENTILE – P. GONNELLI, *Manuale di diritto dell'energia*, Milano, 1994; R. ALBANO, *Energia elettrica: profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, ad vocem, Roma, 1990 ed *Energia elettrica: impianti, ivi, ad vocem*; G. PAVANELLO, *Energia (disciplina amministrativa delle fonti di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1988 ed *Energia elettrica nel diritto amministrativo, ivi*; G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in *Trattato di diritto amm.* (a cura di) S. CASSESE, III parte spec., 2003, 2189ss.

¹⁹⁵ Con specifico riferimento ai rapporti tra le politiche energetiche e la tutela dell'ambiente cfr. M. S. GIANNINI, *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, in *Rass.giur.en.elettr.*, 1987, 631ss.; G. PERICU, *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti, ivi*, 1987, 575 s.; F. A. ROVERSI

E' chiaro dunque, che i rapporti e le situazioni giuridiche implicate nella vicenda energetico-ambientale rispondano a differenti e contrapposte esigenze di carattere funzionale.

Ciò comporta che ogni decisione relativa o in qualche modo connessa alla produzione e/o allo sfruttamento di fonti energetiche determini la considerazione di un intreccio di interessi pubblici così diversi ed eterogenei tra loro, da essere difficilmente (e razionalmente) composti e ordinati secondo un criterio gerarchico di priorità dei valori che neppure i principi costituzionali di riferimento permettono con chiarezza di individuare¹⁹⁶.

La configurabilità dell'energia e dell'ambiente quali settori caratterizzati da un fascio di funzioni riconducibili a più interessi¹⁹⁷ rende particolarmente complessa l'individuazione e l'allocatione delle competenze politico-amministrative fra i vari livelli istituzionali di governo.

A ciò, peraltro, piuttosto che concorrere a rendere la questione più "semplice" non sembrerebbe aver posto rimedio neanche il legislatore.

Per comprendere meglio le problematiche connesse al riparto di competenze occorre inevitabilmente richiamarsi alla riforma del titolo V della Costituzione.

In particolare, con riferimento all' articolo 117, è noto che il legislatore costituzionale colloca la materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" tra le competenze concorrenti; e dunque, lo Stato stabilisce i principi generali della materia, mentre alle Regioni spetta legiferare sulle norme di dettaglio.

La necessità di armonizzare le nuove competenze regionali con la dimensione nazionale delle politiche energetiche e le relative interdipendenze comunitarie ed

MONACO, *Ambiente ed energia: nuovi strumenti istituzionali e procedimenti autorizzativi*, ivi, 1985, 847.

¹⁹⁶ Così R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *GiustAmm.it*, 5/2005

¹⁹⁷ In questo senso cfr. L. MEZZETTI, *Energia e ambiente*, in L. MEZZETTI (a cura di) *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001, 1020.

internazionali ha dato luogo ad una prima fase di applicazione del nuovo assetto della *governance* del settore che è stata segnata da incertezze interpretative e da una forte conflittualità nel rapporto tra lo Stato e le Regioni, come testimoniato dal sensibile e significativo aumento dei ricorsi dinanzi alla Corte Costituzionale e dalla conseguente funzione di "supplenza" che ha dovuto assumere la giurisprudenza della Corte Costituzionale¹⁹⁸.

Le Regioni hanno infatti ripetutamente impugnato davanti alla Corte Costituzionale i provvedimenti legislativi adottati dal Parlamento, ritenendo che essi contenessero disposizioni aventi carattere di dettaglio e quindi incompatibili con il nuovo assetto costituzionale.

Il legislatore statale ha, invece, seguito una linea interpretativa che ha posto in primo piano, nella concreta definizione dei propri ambiti di intervento, le cd. materie "trasversali" ricomprese nelle competenze statali esclusive di cui all'art. 117, primo comma, della Costituzione.

Particolarmente significativo, in questo senso, l'articolo 1 della legge di riordino del settore energetico (legge n. 239/2004)¹⁹⁹ ove si afferma che la legge medesima,

¹⁹⁸ In argomento cfr. Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2-3, 2006, 422. Nel quale l'A. osserva che nonostante la Carta Costituzionale cerchi di armonizzare le attribuzioni di Stato e Regioni tanto sul versante legislativo, quanto sul piano amministrativo, la realtà è più complessa ed eterogenea di quella immaginata "spetta perciò alla Corte il delicato compito di supplire in via correttiva e integrativa alle lacune e alle incongruenze che, dal punto di vista interpretativo, di volta in volta, si materializzano". In tal senso cfr. anche C. BUZZACCHI, *Il prisma energia: integrazione di interesse e competenze*, Giuffrè, 2010, 4 e ss.

¹⁹⁹ Si tratta della legge Marzano che è esattamente intitolata "Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia". Sul punto cfr. R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *GiustAmm.it*, 5/2005 nel quale l'A. criticamente osserva "nonostante l'intento - "dichiarato" nel medesimo titolo della legge - di fornire sistematicità e coerenza alla numerosa e stratificata normativa relativa alla materia energetica, anche attraverso l'enucleazione di "principi fondamentali" posti dalla medesima legge, l'impressione che, in realtà, si trae dalla lettura dell'unico articolo (suddiviso in ben 117 commi!) nel quale si esaurisce tutto il testo normativo della

oltre a porre, nell'ambito dei principi derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, "i principi fondamentali in materia energetica, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione", detta, altresì, disposizioni che contribuiscono a garantire: la tutela della concorrenza; la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali; la tutela dell'incolumità e della sicurezza pubblica; la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema²⁰⁰.

In tal modo, come si legge nel citato articolo 1 della legge n. 239 del 2004, il legislatore statale tende a di garantire "l'unità giuridica ed economica dello Stato e il rispetto delle autonomie regionali e locali, dei trattati internazionali e della normativa comunitaria".

In questo contesto la Corte costituzionale ha avuto modo di intervenire definendo le linee di una giurisprudenza che ha assunto una portata non limitata al settore dell'energia, costituendo invece un asse importante di orientamento nella ricerca di un equilibrio tra i diversi livelli di governo rispetto alle materie di legislazione concorrente²⁰¹.

In particolare, la Corte, con la sentenza n. 6 del 2004²⁰², relativa al contenzioso costituzionale sorto tra Stato e Regioni relativamente alle disposizioni contenute nel decreto legge n. 7 del 2002, convertito dalla legge n. 55 del 2002, recante "*Misure urgenti per garantire la sicurezza del settore elettrico nazionale*", ha sciolto alcuni dubbi interpretativi relativi al rapporto fra le competenze legislative e le funzioni amministrative dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali in materia di

Marzano, è tutt'altro che quella di trovarsi al cospetto di un *corpus* organico di regole finalizzato al riassetto della disciplina vigente".

²⁰⁰In argomento cfr. S. AGOSTA, *La Corte Costituzionale dà finalmente la ..."scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (breve note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)*, in www.forumcostituzionale.it; O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004

²⁰¹ Sul punto cfr. R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali*, in *GiustAmm.it*, 5/2005.

²⁰² F. DE LEONARDIS, *La Consulta tra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2004, 145 e ss.

energia, con particolare riferimento alle procedure di autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli impianti.

Segnatamente, la Corte, nel dichiarare infondati i ricorsi delle Regioni Umbria, Basilicata e Toscana avverso il citato decreto legge n. 7 del 2002 - adottato dal Governo al fine di consentire che i processi di costruzione di nuove centrali e di ampliamento di quelle già esistenti potessero avviarsi nonostante gli impedimenti frapposti dalle autorità locali competenti a rilasciare le autorizzazioni - ha confermato il proprio indirizzo giurisprudenziale in base al quale per giudicare della legittimità costituzionale della norma impugnata bisogna "non già considerare la conformità rispetto all'articolo 117 Cost., bensì valutarne la rispondenza da un lato ai criteri indicati dall'articolo 118 Cost. per la allocazione e la disciplina delle funzioni amministrative, dall'altro al principio della leale collaborazione"²⁰³.

Nella sentenza citata la Corte, riprendendo nella sostanza l'orientamento della sentenza n. 303 del 2003²⁰⁴, oltre a confermare, almeno in parte, la tendenza ad una

²⁰³ Su tale principio cfr. M. R. SPASIANO, *Alcune riflessioni in tema di buon andamento e i modelli di cooperazione tra i diversi modelli di governo*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, 2010, 131

²⁰⁴ Con la quale la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi circa la competenza in capo al legislatore nazionale ad assumere e regolare l'esercizio di funzioni amministrative su materie in cui non sia stata ad esso attribuita una potestà legislativa esclusiva, ma solo concorrente. Tale decisione – definita dalla dottrina un vero "trattatello" di diritto costituzionale in forma di sentenza (R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2004, I, 1018 con nota di richiami di C. VIDETTA) – ha senza dubbio costituito il *leading case* di altre tre successive sentenze della Consulta che, proprio in relazione allo specifico tema dell'energia (cfr. sentenza 13 gennaio 2004, n. 6; 13 gennaio 2004 n. 7; 13 gennaio 2004 n. 8), ribadiscono e puntualizzano una serie di principi fondamentali circa l'esatta interpretazione del riparto di competenze (sia normative che amministrative), al fine di rendere più "flessibile" l'assetto di poteri disegnato nel nuovo titolo V della Costituzione. Inoltre cfr. A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni (nota a Corte cost. n. 303/2003)*; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale (nota a Corte cost. n. 303 del 2003)*; Q. CAMERLENGO, *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*; F. CINTIOLI, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*; E. D'ARPE, *La Consulta*

interpretazione restrittiva delle materie "trasversali" di competenza esclusiva statale, ha chiarito come nelle materie di competenza statale esclusiva o concorrente, in virtù dell'art. 118, primo comma, Cost., la legge possa attribuire allo Stato funzioni amministrative, nonché organizzarle e regolarle, al fine di renderne l'esercizio raffrontabile a un parametro legale.

In tale prospettiva, precisa la Corte, i principî di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel nuovo Titolo V e possono giustificare una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata.

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale, nell'identificazione di un preciso fondamento costituzionale per l'attribuzione delle competenze nel settore energetico al livello statale, assumono, quindi, una peculiare valenza gli accordi, le intese e le altre forme di concertazione e di coordinamento orizzontale delle rispettive competenze, che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione.

Con altre sentenze (nn. 7 e 8 del 2004)²⁰⁵ la Corte è stata chiamata invece a pronunciarsi su questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale dal Governo avverso leggi regionali.

censura le norme statali "cedevoli" ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza 303/2003; A. D'ATENA, L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale (Nota a Corte cost. n. 303/2003); A. MORRONE, La Corte costituzionale riscrive il titolo V?; A. RUGGERI, Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronuncia (Nota a Corte cost. n. 303 del 2003); L. VIOLINI, I confini della sussidiarietà: potestà legislativa "concorrente", leale collaborazione e strict scrutiny (nota a Corte cost. n. 303/2003), tutti consultabili in rete all'indirizzo [web.unife.it/progetti/forum costituzionale](http://web.unife.it/progetti/forum_costituzionale); S. AGOSTA, La Corte costituzionale dà finalmente la... "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (Brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale), 2 febbraio 2004, in www.forumcostituzionale.it.

²⁰⁵ F. DI PORTO, *Tre sentenze della Corte costituzionale su energia e titolo V della Costituzione*, in <http://www.amministrazioneincammino.it>. L'articolo prende in considerazione le

In particolare, con la sentenza n. 7 del 2004, la Corte ha dichiarato non fondata la questione sollevata dal Governo avverso la legge n. 32 della Regione Piemonte, recante disposizioni sulle procedure di formazione del Piano regionale energetico-ambientale.

sentenze della Corte Costituzionale n. 7 e 8 del 18 dicembre 2003 che ripropongono, se pur in tono minore, il problema delle competenze nel settore energetico. La sentenza n. 7/2004 trae origine dal ricorso attraverso cui il Governo intende far valere l'illegittimità costituzionale della l. regionale Piemonte n. 23/2002 nella parte in cui riconosce alla regione il potere di emanare "linee guida per la progettazione tecnica degli impianti di produzione, di distribuzione e di utilizzo dell'energia elettrica" (art. 2, co 2, lett. i)) per contrasto con l'art. 117, co 1 e 2 e per violazione del principio di ragionevolezza. Il dubbio di legittimità sollevato riguarda il potenziale conflitto fra le regole tecniche emanate dalla regione e le regole tecniche di fonte statale adottate dal Gestore della rete di trasmissione nazionale s.p.a. (GRTN) e dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), ai sensi dell'art. 3, co 1 e 6, del d.lgs. n. 79/99, il quale avrebbe come rischio implicito una differenziazione territoriale delle reti di trasmissione e di distribuzione di energia elettrica lesiva – a detta del Governo – della tutela della concorrenza, affidata alla competenza esclusiva dello Stato. La soluzione a favore della legittimità costituzionale della legge piemontese viene adottata dalla Corte inquadrando il problema sul piano delle funzioni amministrative, ma diversamente che nella sentenza n. 6/2004 (cfr. *infra* § 3), la possibilità per le regioni di dettare criteri relativi alla realizzazione degli impianti (entro gli standards fissati dal GRNTE dall'AEEG) viene riconosciuta non ai sensi dell'art. 118 Cost., ma sulla base della l. n. 59/97 e del decreto legislativo di attuazione n. 112/98, individuati come fonti statali abilitate a conferire le funzioni amministrative nel settore energetico in quanto ancora in vigore nonostante la riforma del titolo V della Costituzione. La sentenza n. 8/ 2004 affronta, invece, il tema delle competenze in campo energetico in relazione alla problematica delle importazioni di energia elettrica. L'occasione è costituita dalla impugnazione da parte del Governo di alcuni articoli della legge regionale Friuli- Venezia Giulia n. 30/2002, per contrasto con il d.lgs. n. 110/2002 (di trasferimento alla Regione di talune funzioni in materia di energia, miniere, risorse geotermiche e incentivi alle imprese) , le quali avrebbero invaso il campo delle attribuzioni riservate allo Stato. La Corte, nel dichiarare infondate le questioni di incostituzionalità sollevate «risolve il conflitto fra legislazione statale e regionale in materia di trasporto e importazioni di energia elettrica, ancorando la soluzione alla corretta interpretazione (sistematica) della legge esistente» senza peraltro affrontare l'annosa questione relativa all'inquadramento costituzionale dell'attività di regolazione (nazionale) svolta dall'AEEG. Cfr. in tal senso F. DI PORTO, *Tre sentenze della Corte costituzionale su energia e titolo V della Costituzione*, cit., 10.

Ad avviso del Governo, la legge, prevedendo la possibilità per la Regione di emanare linee guida per la progettazione tecnica degli impianti di produzione, di distribuzione ed utilizzo dell'energia, avrebbe arrecato pregiudizio alla compatibilità, da un punto di vista tecnico, della rete regionale di distribuzione dell'energia elettrica con la rete nazionale e le altre reti europee.

Al riguardo, la Corte ha ritenuto legittima la legge regionale sul presupposto che le norme tecniche da essa poste si conformino a quelle stabilite dal Gestore nazionale della rete, le quali non esauriscono i criteri di progettazione tecnica degli impianti. Conseguentemente, la regione può legittimamente adottare ulteriori criteri per la progettazione degli impianti che si aggiungano, rispettandole, alle regole tecniche individuate dal Gestore nazionale. In questo senso la salvaguardia delle esigenze di unitarietà della rete è garantita dal rispetto delle regole poste a livello centrale.

Più di recente, con la sentenza n. 383 del 2005, la Corte costituzionale si è pronunciata sui ricorsi promossi dalla Regione Toscana e dalla Provincia autonoma di Trento avverso numerose disposizioni del decreto legge 29 agosto 2003, n. 239, recante misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale (convertito con modificazioni, dalla legge n. 290 del 2003), e della legge di riordino del settore energetico (legge 23 agosto 2004, n. 239).

La sentenza, molto articolata n. 383/2005 decide ben 22 punti di impugnazione delle disposizioni del D.L., accogliendo i motivi di ricorso, con conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni del D.L., su 11 di tali punti.

In due casi la dichiarazione di incostituzionalità consegue al riconoscimento della natura di dettaglio delle disposizioni del D.L., non idonee come tali ad integrare gli estremi di principi fondamentali in materia di legislazione concorrente.

Il filo conduttore della sentenza è tuttavia la ricognizione, ai sensi dei principi affermati nella precedente sentenza n. 6/2004, dei requisiti necessari ad assicurare in concreto, in relazione alle fattispecie concrete oggetto di impugnazione, la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione.

In questa ottica la Corte ha dichiarato incostituzionali numerose disposizioni del D.L. n. 239/2003, per la parte nella quale non prevedono che i poteri attribuiti agli

organi statali debbano essere esercitati d'intesa, a seconda dei casi, con la Conferenza Unificata Stato regioni e Stato-città di cui all'art. 8 del D.Lgs. 28 agosto 1997, n. 281, oppure direttamente con le Regioni e le Province interessate.

Particolare rilievo assume poi la definizione da parte della Corte delle caratteristiche che le intese in questione debbono assumere, con la sottolineatura del carattere necessariamente paritario delle stesse.

A questo proposito si ritiene opportuno riportare un passo della motivazione della sentenza per la quale *“nell’attuale situazione, infatti, come questa Corte ha più volte ribadito a partire dalla sentenza n. 303 del 2003 (cfr., da ultimo, le sentenze n. 242 e n. 285 del 2005), tali intese costituiscono condizione minima e imprescindibile per la legittimità costituzionale della disciplina legislativa statale che effettui la “chiamata in sussidiarietà” di una funzione amministrativa in materie affidate alla legislazione regionale, con la conseguenza che deve trattarsi di vere e proprie intese “in senso forte”, ossia di atti a struttura necessariamente bilaterale, come tali non superabili con decisione unilaterale di una delle parti. In questi casi, pertanto, deve escludersi che, ai fini del perfezionamento dell’intesa, la volontà della Regione interessata possa essere sostituita da una determinazione dello Stato, il quale diverrebbe in tal modo l’unico attore di una fattispecie che, viceversa, non può strutturalmente ridursi all’esercizio di un potere unilaterale. L’esigenza che il conseguimento di queste intese sia non solo ricercato in termini effettivamente ispirati alla reciproca leale collaborazione, ma anche agevolato per evitare situazioni di stallo, potrà certamente ispirare l’opportuna individuazione, sul piano legislativo, di procedure parzialmente innovative volte a favorire l’adozione dell’atto finale nei casi in cui siano insorte difficoltà a conseguire l’intesa, ma tali procedure non potranno in ogni caso prescindere dalla permanente garanzia della posizione paritaria delle parti coinvolte. E nei casi limite di mancato raggiungimento dell’intesa, potrebbe essere utilizzato, in ipotesi, lo strumento del ricorso a questa Corte in sede di conflitto di attribuzione fra Stato e Regioni”*.

La sentenza n. 383/2005 rappresenta ad oggi il punto di riferimento di una giurisprudenza che cerca di definire forme e modalità di una leale e proficua collaborazione tra i diversi livelli di governo in materia energetica, nell’ambito del riparto di competenze disegnato dal nuovo titolo V della Costituzione.

Per risolvere tali problemi si sono moltiplicate le iniziative volte a modificare le norme costituzionali: ad esempio la legge costituzionale di riforma della Parte seconda della Costituzione (approvata in seconda deliberazione dalla Camera il 20

ottobre 2005 e dal Senato il 16 novembre 2005) prevedeva una significativa modifica di tale riparto di competenze.

Il testo della legge secondo comma, della Costituzione, introduceva infatti una distinzione tra “produzione strategica, trasporto e distribuzione nazionali dell’energia”, di esclusiva competenza statale, e “produzione, trasporto e distribuzione dell’energia”, ricompresi invece tra le materie di legislazione concorrente.

Ma allo stato attuale tali proposte sono rimaste lettera morta e le questioni di riparto di competenza tra Stato e Regioni in materia di energia continuano ad impegnare la Corte Costituzionale.

CAPITOLO IV: La tutela della concorrenza nella legislazione nazionale

1. I presupposti: la situazione di fatto e la nazionalizzazione

La normativa contenuta nel testo unico delle acque del 1933, tuttora vigente, è stata modificata più volte nel corso degli anni e con finalità di varia natura.

Una delle finalità più importanti che hanno ispirato tali modifiche può essere considerata senz'altro quella della tutela della concorrenza.

Come si è visto già nelle leggi antecedenti al testo unico e nel testo unico stesso si prevedevano norme per risolvere il conflitto nell'ipotesi in cui vi fossero più "pretendenti" per la stessa concessione e, quindi, si può dire che vi fosse una forma "embrionale" di attenzione per attuare la concorrenza tra operatori.

Ma, una volta ottenuta la concessione, data anche la lunga durata della stessa, si veniva a creare una situazione per la quale alla fine, di fatto, la si portava avanti a tempo indefinito così venendosi a creare un vero e proprio monopolio a favore del concessionario gestore e, dunque, una sorta di un "mercato chiuso" all'entrata di nuovi operatori.

La situazione venne ulteriormente complicata dalla legge con la quale si nazionalizzò il sistema dell'energia nel 1962 con la quale, come si vedrà, si attribuirono tutte le concessioni "in via perpetua" all'allora ente pubblico ENEL.

E, dunque, da tale normativa che l'analisi concernente i rapporti tra concessioni idroelettriche e concorrenza deve necessariamente prendere le mosse.

Occorre innanzitutto precisare che quando si parla di legge di nazionalizzazione ci si riferisce non solo alla più nota legge 6 dicembre 1962, n. 1643, concernente l'istituzione dell'ente Nazionale per l'Energia Elettrica-ENEL, ma anche alle leggi del 26 giugno 1964, n. 452, contenente norme integrative della precedente legge istitutiva, nonché ai decreti delegati 4 febbraio 1963 n. 36 e 18 marzo 1965, n. 342²⁰⁶.

²⁰⁶ L'iter parlamentare della legge di nazionalizzazione iniziò il 26 luglio 1962 con un disegno di legge sottoscritto dal presidente del Consiglio, Fanfani, e dai ministri del Bilancio (La Malfa), del Tesoro (Tremelloni) e dell'Industria (Colombo). La legge fu

Non una legge di nazionalizzazione, quindi, ma vari testi normativi.

Come è noto, il fondamento politico dei suddetti provvedimenti venne individuato nella particolare rilevanza assunta, nel quadro dell'economia nazionale, dagli usi industriali e agricoli dell'energia elettrica e dalla conseguente opportunità di sottrarre le attività relative – produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione distribuzione e vendita (come recita l'art .1) – all'iniziativa privata²⁰⁷, riservandole così alla gestione pubblica.

Con la legge di nazionalizzazione si provvedeva, quindi, per la prima volta²⁰⁸, ad una vera e propria organizzazione “programmatica” dell'economia del Paese con riferimento al settore dell'energia²⁰⁹.

approvata in prima lettura alla Camera il 21 settembre, passò quindi al Senato per poi tornare a Montecitorio per il voto definitivo. Nella seduta del 27 novembre arrivò il via libera con 371 voti favorevoli e 57 contrari

²⁰⁷ Prima della nazionalizzazione vi erano nel nostro paese oltre un migliaio di piccole aziende ed alcune imprese capofila si dividevano geograficamente la penisola. In Piemonte e Valle d'Aosta vi era la Società idroelettrica piemontese (Sip); in Lombardia, Emilia e Liguria la Edison, mentre la Società adriatica dell'elettricità (Sade), coinvolta nel disastro del Vajont, operava nelle Tre Venezie. In Toscana, Lazio e Sardegna vi era la Centrale; a Roma città, la Società romana di elettricità (Sre) e nel Sud Italia c'era infine la Società meridionale di elettricità (Sme). La loro forza derivava dalla posizione di oligopolio che avevano assunto nello scacchiere industriale italiano, dominando a piacimento l'offerta, rispetto ad una domanda sempre crescente di energia.

²⁰⁸ In realtà, la legge fondamentale in materia di acque pubbliche (T.U. del '33), già prevedeva una sorta di meccanismo (surrettizio) di riserva del settore idroelettrico allo Stato, in deroga alla normativa sul rinnovo delle concessioni: sul punto si veda V. CERULLI IRELLI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc.giur.*, 14. L'art. 25 del T.U sulle acque e sugli impianti elettrici del 1933 come si è detto prevedeva che *“al termine dell'utenza e nei casi di decadenza o rinuncia, nelle grandi derivazioni per forza motrice, passano in proprietà dello Stato, senza compenso, tutte le opere di raccolta, di regolazione e di derivazione, principali e accessorie, i canali adduttori dell'acqua, le condotte forzate ed i canali di scarico, il tutto in stato di regolare funzionamento. Lo Stato ha anche facoltà di immettersi nell'immediato possesso di ogni altro edificio, macchinario, impianto di utilizzazione, di trasformazione e di distribuzione inerente alla concessione, corrispondendo agli aventi diritto un prezzo uguale al valore di stima del materiale in opera, calcolato al momento dell'immissione in possesso, astraendo da qualsiasi valutazione del reddito da esso ricavabile. In mancanza di accordo la controversia è deferita ad un*

Il fondamento giuridico costituzionale della legge di nazionalizzazione (*rectius* leggi di nazionalizzazione) era individuato nell'art. 43 della Costituzione²¹⁰, al quale, per la prima volta nella storia repubblicana, si dava applicazione.

collegio arbitrale costituito di tre membri, di cui uno nominato dal ministro dei lavori pubblici, uno dall'interessato, il terzo d'accordo tra le parti, o in mancanza di accordo, dal presidente del tribunale delle acque. Per esercitare la facoltà di cui al precedente comma lo Stato deve preavvisare gli interessati tre anni prima del termine dell'utenza. Nel caso di decadenza o rinuncia non occorre tale preavviso. Agli effetti del secondo comma del presente articolo, per impianti di trasformazione e distribuzione inerenti alla concessione si intendono quelli che trasformano e trasportano prevalentemente energia prodotta dallo impianto cui si riferisce la concessione".

²⁰⁹ In argomento cfr. R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Lavori pubblici* (a cura di A. M. SANDULLI), 167. Prima della nazionalizzazione delle imprese elettriche le attività di trasmissione, produzione, distribuzione e vendita erano libere. La produzione era svolta da "aziende elettrocommerciali", autoproduttori e aziende municipalizzate di proprietà dei Comuni. Questa frammentazione del mercato e, di conseguenza, delle linee elettriche comportava problemi di qualità dei servizi erogati, di continuità della fornitura e di stabilità delle reti.

²¹⁰ Sull'interpretazione dell'art. 43 Cost., cfr., *ex multis*: S. FOIS, "Riserva originaria" e "riserva di legge" nei "principi economici della Costituzione", in *Giur. cost.*, 476 e ss.; S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 e ss.; A. PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, in *Enc.dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 418 e ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, voce *Nazionalizzazione (disciplina interna)*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XI, Torino, 1965, 146 e ss.; F. GABRIELE, *In tema di nazionalizzazione e di altre forme di intervento pubblico nell'economia. Esempi di nazionalizzazione nel settore petrolifero in alcuni ordinamenti stranieri*, in *Foro amm.*, 1972, 704 e ss.; E. CHELI, *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 305 e ss.; A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La Costituzione economica*, Padova, 1977, 333 e ss.; F. GALGANO, *Sub art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1982, 193 e ss.; M. STIPO, voce *Nazionalizzazione*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, 4 e ss.; G. CORSO, *Servizi pubblici e Costituzione*, in G. MARONGIU, G. C. DE MARTIN (a cura di) *Democrazia e Amministrazione*, Milano, 1992, 223 e ss.; M. CARABBA, voce *Nazionalizzazione nell'ordinamento italiano*, in *Digesto pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 103 e ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 137 e ss.;

Tale articolo, com'è noto, prevede la possibilità di *“riservare originariamente e trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”*.

Fu proprio sulla base di tale norma che il legislatore istituì, con l'art. 1 della legge del 1962, l'Ente Nazionale per l'Energia Elettrica²¹¹ (ente strumentale dello Stato ed ente pubblico economico²¹²), al quale veniva *“riservato”* l'esercizio di tutte le attività concernenti la produzione, il trasporto, la distribuzione ecc., dell'energia elettrica.

Tale sistema della nazionalizzazione dell'energia venne, a varie riprese, ritenuto conforme alla Costituzione dalla medesima Corte Costituzionale²¹³.

Essendo, ovviamente, le concessioni per la derivazione di acque pubbliche a scopo di produzione di forza motrice titoli necessari per l'esercizio delle attività idroelettriche, la legge di nazionalizzazione le comprendeva nel trasferimento²¹⁴

²¹¹ In argomento F. LIGUORI, *I servizi pubblici: nozioni giuridiche ed evoluzione del mercato*, in *Lavori* (a cura di G. PALMA), 2005/2006, 361.

²¹² In materia la dottrina è vastissima: per alcune considerazioni in ordine all'applicabilità della legge sui lavori pubblici a tale categoria normativa si veda S. CAPOZZI, *I soggetti e le autorità di vigilanza*, in *Legge quadro in materia di lavori pubblici: realtà e prospettive*, 1994, 108

²¹³ Si veda ad es. Corte Cost. 13 del 1964 e M. DE FOCATIIS, *Il sindacato della Corte Costituzionale sulle decisioni di politica energetica italiana: nuovi spazi per il mercato e per la libertà di impresa?*, in *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali* (a cura di A. Maestroni e M. De Focatiis), 2012, 49.

²¹⁴ Circa 1300 furono le aziende private coinvolte nella nazionalizzazione e particolarmente accesa fu la questione degli indennizzi. Il socialista Riccardo Lombardi voleva dilazarli nell'arco di quattro anni, mentre per il governatore della Banca d'Italia, Guido Carli, era preferibile liquidare immediatamente gli azionisti in un'unica soluzione. Prevalse questa seconda posizione e fu pagato un indennizzo fu di 1.500 miliardi, vietando però alle ex società elettriche investimenti nel settore immobiliare. Ci volle oltre un anno e mezzo per conglobare le società più importanti, sviluppando tutta una serie di interconnessioni nella rete nazionale che consentì all'Italia di avviare un notevole miglioramento della propria situazione energetica.

delle aziende elettriche all'Enel secondo quanto disposto all'art. 4 della legge e stabiliva che le concessioni trasferite all'Enel e quelle che dovessero essergli accordate dopo la sua costituzione "non hanno scadenza" e quindi, che ad esse non si applicavano i termini di durata delle concessioni previsti agli artt. 22, 23 e 24 del Testo Unico delle acque.

La norma della legge di nazionalizzazione che prevedeva la durata perpetua veniva così a costituire il punto finale di un processo di graduale innalzamento della durata delle concessioni: ed infatti mentre la legge del 1865 non conteneva alcuna previsione sulla durata di concessione; l'art. 5 della legge 10 agosto 1884 n. 2644, al contrario, stabiliva (per la prima volta) un termine e tale termine veniva individuato in 30 anni (ma prorogabili di altri 30); nel 1916 la durata veniva aumentata da 30 a 50 anni; l'art. 21 del R.D. 9 ottobre 191 n. 2161 ancora cresceva da 50 a 60 anni e questa durata veniva confermata dall'art. 21 del T.U. n. 1775/1933 che, appunto, prevedeva una durata di anni 60.

Sancendosi con la legge di nazionalizzazione, invece, la perpetuità delle concessioni ne derivava anche la inapplicabilità nei confronti dell'Enel dell'art 25 T. U delle acque, il quale prescrive, come evidenziato precedentemente, il passaggio in proprietà dello Stato, "al termine dell'utenza" delle opere costruite dal concessionario.

Si noti che la riserva allo Stato e per esso ad un ente ausiliario, Enel, delle attività di produzione e distribuzione di energia non era assoluta perché restavano fuori dal trasferimento tre categorie di imprese elettriche: le aziende municipalizzate, le piccole imprese e gli autoproduttori²¹⁵.

²¹⁵ In primo luogo le aziende municipalizzate di cui al Testo Unico del 1925 (a condizione che presentassero, entro due anni dall'entrata in vigore delle legge domanda volta ad ottenere la concessione dell'esercizio delle attività del settore elettrico da parte di Enel, previa autorizzazione del Ministero dell'Industria e del Commercio e dell'Artigianato - MICA); in secondo luogo le imprese minori che distribuivano meno di 15 GWh l'anno; in terzo luogo le imprese produttrici di energia elettrica destinata a soddisfare il proprio fabbisogno energetico, limitatamente alla copertura dei fabbisogni dei propri cicli industriali, a condizione che utilizzassero almeno il 70 per cento dell'energia prodotta, con l'obbligo di cedere a Enel le relative eccedenze.

Esclusivamente in capo a queste tre categorie di soggetti²¹⁶, dunque, restarono in piedi alcune concessioni idroelettriche anche se in via transitoria.

Proprio in relazione a tali casi, infatti, la legge integrativa di cui al d.p.r 18 marzo 1965, n. 342 stabilì che una volta che fossero scadute o altrimenti cessate le utenze idroelettriche lasciate fuori dalla riserva (aziende municipalizzate²¹⁷, autoproduttrici ecc.) queste sarebbero passate, comunque, all'Enel disponendo il subentro da parte dell'Enel "in tutti i diritti, poteri, e oneri conferiti allo Stato dall'art. 25" del T.U (acque).

Si noti che, invece, per le concessioni di piccole derivazioni, l'art. 30 del decreto del 1933 prevedeva (e prevede) che, qualora al termine della concessione persistessero i fini della derivazione e non si riscontrassero superiori ragioni di pubblico interesse, il concessionario sarebbe stata rinnovata la concessione, con quelle modificazioni che, per le variate condizioni dei luoghi e del corso d'acqua si fossero rese necessarie.

In buona sostanza, quindi, per le derivazioni di maggiore importanza, secondo un'idea non troppo lontana da quella dell'attuale *project financing*, il disegno legislativo originario prevedeva di far realizzare ai privati le centrali idroelettriche e consentire loro di remunerare l'investimento tramite lo sfruttamento economico dell'impianto, il quale avrebbe dovuto essere però trasferito allo Stato al termine del periodo di concessione²¹⁸.

²¹⁶ C. GALLUCCI, *Energia elettrica*, in *Concessioni e concorrenza* (a cura di M. D'ALBERTI), Temi e problemi – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, 76

²¹⁷ Sul punto cfr. F. LIGUORI, *Ente locale, gestore del servizio e utenti: pluralità di soggetti e modelli contrattuali nei servizi pubblici locali*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi* (a cura di G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA), 87

²¹⁸ D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *L'acqua e il diritto*, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 2011.

Le piccole derivazioni idroelettriche, invece, ritenute di scarsa rilevanza strategica ed economica, potevano rimanere in mano ai privati²¹⁹.

In tale sistema, alla fine, sostanzialmente soltanto Enel²²⁰ poteva essere concessionario di derivazione di forza motrice, alterandosi conseguentemente tutto il meccanismo di possibile redistribuzione tra altri aspiranti delle risorse disponibili con grave violazione dei principi concorrenziali.

Come è stato rilevato “sotto le vesti della concessione perpetua, si nascondeva una vera e propria riserva in favore dell’Enel”²²¹ di tutta l’acqua che, alla data in vigore della legge, formava oggetto di derivazione di forza motrice a sfavore delle imprese colpite dal trasferimento²²².

Il risultato dell’applicazione della riserva originaria fu che le attività elettriche per ogni altro soggetto diverso dall’Enel divennero per il futuro giuridicamente non più possibili, salvo quei casi che il legislatore aveva consentito in via eccezionale.

Un’altra considerazione degna di nota potrebbe essere svolta con riferimento alle attività elettriche assunte dai Comuni in base alla legge sulla municipalizzazione prevista nel T.U. n. 2578 del 1925.

²¹⁹ Sul punto cfr. M. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull’uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi* 2013

²²⁰ U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti della disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1031

²²¹ U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti della disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1031 e M. COSTANTINO, *Sfruttamento delle acque e tutela giuridica*, 1975, 340

²²² Di “riserva” parla, del resto, la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza del 7 marzo 1964, n. 13 in *Giur. cost.*, 1964, 33 e 90. E’ ben vero che la riserva di cui fa menzione la legge concerne propriamente le attività elettriche, non le concessioni di acque. Ma è anche certo - ha detto la Corte - che “essendo le derivazioni a scopo idroelettrico uno degli essenziali strumenti per la produzione di energia elettrica, la concessione dell’uso dell’acqua per tale scopo non può nascere e non può vivere se non nell’ambito della riserva stabilita con legge di nazionalizzazione”.

La legge sulla nazionalizzazione privava le amministrazioni comunali della potestà di municipalizzare le attività concernenti l'energia elettrica; si introduceva una deroga alla legge generale sulla municipalizzazione impedendo ai Comuni di assumere tra i propri servizi pubblici il servizio concernente l'energia elettrica (essendo tale servizio affidato dallo Stato specificamente ad Enel).

In dottrina vi fu chi commentò come la situazione che si venne a creare dopo la legge di nazionalizzazione non potesse essere considerata *sic et simpliciter* di monopolio dal momento che accanto alla riserva "originaria" in favore dell'Enel vi erano moltissime deroghe e tra queste certamente molto rilevante quella in favore degli enti locali (imprese municipalizzate), i quali potevano comunque esercitare, sia pure in base ad un rapporto di concessione, le stesse attività il cui esercizio era attribuito ad Enel, senza discriminazioni qualitative o quantitative, e non solo in via temporanea ma definitiva.

Comunque sia, gli effetti della legge di nazionalizzazione determinarono una vera e propria sostanziale riserva a fini idroelettrici di una parte cospicua delle risorse idriche in capo ad Enel, e di conseguenza, ne derivò un divieto assoluto da parte di soggetti privati (diversi da Enel) che pur forniti di capacità generale di iniziativa economica (e quindi capaci di essere titolari del diritto di impresa) si videro precluso l'esercizio di tali attività.

Si può dunque affermare, che a seguito della nazionalizzazione si instaurò sostanzialmente un vero e proprio monopolio legale da parte dell'Enel, con riflessi di non poco rilievo sul principio della concorrenza che - si può dire - venne "praticamente meno nel campo delle derivazioni idroelettriche"²²³.

Con la nazionalizzazione dell'energia elettrica, il monopolio della produzione e della distribuzione passò all'Enel e dato che questa avrebbe dovuto limitarsi ad erogare un servizio e non a fare utili, i suoi bilanci iniziarono ad essere in rosso: le perdite di bilancio venivano ogni anno ripianate dallo Stato che ne era il proprietario, mentre il Cip, il Comitato interministeriale prezzi, provvedeva, di volta in volta, ad adeguare le tariffe. Si aveva così un violazione del principio di economicità che, come è stato bene messo in evidenza, "costituisce il canone

²²³ T. COCO (a cura di), *La disciplina delle acque*, Roma, 1978, 96; V. CERULLI IRELLI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc.giur.*, 14.

economico classico di gestione dei servizi pubblici e trova conferma in numerose disposizioni e nell'essenza stessa (per l'appunto "pubblica") del servizio²²⁴.

Si andò avanti in questo modo per una decina d'anni fino a quando nel '74, con la prima crisi petrolifera, il prezzo del petrolio improvvisamente si impennò e il meccanismo non bastò più a reggere i costi: s'inventò, allora, il cosiddetto sovrapprezzo termico che consentiva l'adeguamento automatico delle tariffe ai costi di produzione e che segnò, purtroppo, la fine delle logiche aziendali nella produzione di energia elettrica²²⁵.

Dal meccanismo del sovrapprezzo venne escluso proprio il comparto idroelettrico che continuò a vendere a un prezzo amministrato, cioè basso, senza poterlo adeguare ai maggiori costi di produzione. La produzione idroelettrica diventò così, per la prima volta, meno conveniente e competitiva di quella termoelettrica.

La fine delle logiche aziendali nella produzione di energia elettrica iniziò quella crisi del monopolio nella gestione dell'energia idroelettrica che si evidenziò già a partire degli anni ottanta e nei primi anni novanta con alcune leggi "antesignane"²²⁶ e che sfociò, poi, negli anni novanta, soprattutto grazie al diritto comunitario, nella liberalizzazione del settore (ma non come vedremo in relazione all'energia idroelettrica per la quale tuttora resta una situazione di sostanziale monopolio).

²²⁴ S. CAPOZZI, *Il ruolo delle s.p.a., il sistema delle tariffe ed il regime dei prezzi*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi* (a cura di G. DI GIANDOMENICO e altri), 1997, 220 che con riferimento alle società per azioni a capitale prevalente privato afferma che tali società "sebbene abbiano ad oggetto l'erogazione di servizi pubblici o la realizzazione di opere di pubblico interesse devono essere tendenzialmente finalizzate alla remunerazione del capitale investito".

²²⁵ In presenza del meccanismo del sovrapprezzo che consente di trasferire direttamente sui consumatori finali i maggiori costi del petrolio, i manager non avevano alcun interesse a innovare, cioè a ricercare nuove fonti energetiche per abbassare i costi di produzione.

²²⁶ Si tratta delle l. 29 maggio 1982 n. 308 (tale legge consentiva deroghe al monopolio dell'ENEL per le imprese che producevano energia da fonti rinnovabili: sul punto si veda C. PIACENTINI, voce *Energie alternative*, in *Dig.Disc.pubbl.*, 30) e delle leggi 9 e 10 del 9 gennaio 1991 (su cui si veda M. FALCIONE, *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008, 62).

2. La privatizzazione e la liberalizzazione del servizio elettrico e i suoi riflessi sulle concessioni idroelettriche

All'inizio degli anni '90 iniziava, per esigenze di risanamento della finanza pubblica, quella politica di dismissione del patrimonio pubblico comunemente definita come di "privatizzazione" che si pone come una sorta di antecedente logico della politica di liberalizzazione²²⁷.

La legge fondamentale in materia di privatizzazioni, per quel che interessa in questa sede, può essere considerato il decreto-legge dell'11 luglio 1992 n. 333 (convertito con legge n. 359 del '92)²²⁸.

Con tale legge si stabiliva che anche l'Enel, fino ad allora ente pubblico economico, dovesse trasformarsi in società per azioni con azionista unico costituito dal Governo e che tutte le attività che prima svolgeva per legge gli fossero attribuite a titolo di concessione²²⁹.

²²⁷ Per un approfondimento: cfr. L. NAPOLANO e G. VACIAGO, *Liberalizzazione del mercato elettrico e consorzi d'acquisto*, in *Economia pubbl.*, 2000, fasc. 2, 7; M. COLLEVECCHIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario nonché Alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari 2000; E. DE SIMONE, *Il processo europeo di liberalizzazione del mercato elettrico, le diverse linee d'interpretazione*, in *Queste istituzioni* 2004, 129; P. QUAIA, *La liberalizzazione del mercato elettrico e la gestione dei servizi a rete nel rispetto degli interessi primari concorrenti: la sicurezza dell'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori*, in *Dir.com.scambi internaz.*, 2008, 591; P. CIRIELLI, *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2008, 280.

²²⁸ Sul punto cfr. C. GALLUCCI, *Energia elettrica*, in *Concessioni e concorrenza* (a cura di M. D'ALBERTI), Temi e problemi – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, 77 che rileva come "la trasformazione di ENEL in società per azioni è pertanto avvenuta in un quadro di sostanziale continuità con il passato caratterizzato come si è visto da una situazione di monopolio".

²²⁹ Sul punto v. I. CONTE, *Durata e proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche*, in *Gazzetta Ambiente*, 2009, 43.

La società per azioni Enel diventava, quindi, concessionaria per legge delle stesse attività prima riservate all'ente pubblico²³⁰: con tale legge di privatizzazione cambiava la forma ma non la sostanza, il mercato restava di fatto nelle mani di un unico soggetto solo che, mentre prima questo soggetto aveva le forme di ente pubblico, dopo il 1992 aveva assunto la forma di un soggetto privato (pur però con capitale interamente pubblico).

L'interesse pubblico che fino a quel momento era stato perseguito da un soggetto pubblico (un ente pubblico economico) veniva ad essere tutelato da un privato (un società per azioni) secondo uno schema prefigurato da un'attenta dottrina²³¹ e successivamente recepito anche dal legislatore che nella legge n. 241/90 prevede che anche i soggetti privati esercenti attività amministrative debbano applicare i principi del procedimento amministrativo.

Furono le esigenze di liberalizzazione del mercato sollecitate dalla Comunità Europea²³² a imporre, invece, alla fine degli anni novanta del secolo scorso, l'abolizione del monopolio statale della produzione di energia elettrica²³³,

²³⁰ Sul punto cfr. C. GALLUCCI, *Energia elettrica*, in *Concessioni e concorrenza* (a cura di M. D'ALBERTI), Temi e problemi – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, 76

²³¹ Cfr. M. R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Giannini Editore, 1996 in cui afferma che "il rapporto pubblico-privato è svincolato dunque dalla natura giuridica del soggetto, potendosi attribuire la qualifica di rilevanza pubblica anche ad interessi tutelati o a funzioni svolte da soggetti privati, a fronte di una programmazione, regolamentazione o di un semplice riconoscimento della pubblica amministrazione".

²³² Fondamentale sul punto è la Direttiva 96/62/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

²³³ In generale il c.d. decreto Bersani (D. Lgs. 16/03/1999, n. 79 in recepimento della direttiva europea 96/92/CE), con l'intento di liberalizzare gradualmente il mercato dell'energia elettrica, stabilì che a decorrere dal 1 gennaio 2003 a nessun soggetto fosse consentito produrre o importare, direttamente o indirettamente, più del 50 per cento del totale dell'energia elettrica prodotta e importata in Italia e che pertanto ENEL provvedesse alla cessione di non meno di 15.000 MW della propria capacità produttiva in modo da favorire la nascita di altri operatori elettrici; venisse creata una società proprietaria della concessione delle infrastrutture della rete di trasmissione in alta tensione, appartenenti all'ENEL, che operasse con un bilancio autonomo; le attività di

coinvolgendo evidentemente anche le concessioni di grandi derivazioni, per le quali non risultava ovviamente più sostenibile il regime ordinario di proroga previsto dal t.u. del 1933²³⁴.

Si pervenne così alla situazione attuale: la normativa di riferimento per il mercato idroelettrico è oggi costituita dall'art. 12 del d. lgs. 16 marzo 1999 n. 79 (cd. decreto Bersani) che, come si vedrà nel corso della presente trattazione, è stato modificato più volte (da ultimo dall'articolo 37 del d.l. 83/2012 convertito in legge 134/2012²³⁵).

Volendo riassumere il percorso evolutivo della legislazione in materia si possono evidenziare le seguenti tappe: un primo intervento normativo di (falsa) liberalizzazione costituito proprio dal decreto Bersani del 1999 che sanciva un sostanziale privilegio del concessionario uscente; gli interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e della Commissione; un secondo intervento normativo nel 2005 di maggior apertura alla concorrenza ma adottato senza il coinvolgimento delle Regioni (la l. 23 dicembre 2005 n. 266); un intervento della Corte Costituzionale (la sentenza n. 1/2008) di annullamento dell'intervento del 2005; un ulteriore intervento del 2010 (questa volta adottato in modo proceduralmente corretto ma con altre criticità) e, infine, la normativa del 2012 (ancora in attesa di attuazione) su cui assai di recente si è pronunciata la Corte Costituzionale.

trasmissione e dispacciamento fossero riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale al fine di garantire che tutti i produttori di energia elettrica avessero pari diritti di accesso alla rete. Il decreto portò poi all'istituzione del Gestore del mercato elettrico con il compito di gestire e organizzare, in maniera neutrale, trasparente, obiettiva e concorrenziale il mercato dell'energia elettrica; compito che in primis esercita gestendo la borsa elettrica, un sistema organizzato di offerte, di vendita e di acquisto di energia elettrica istituito in Italia a partire dall'1 aprile 2004. In generale cfr. C. GALLUCCI, *Energia elettrica*, in *Concessioni e concorrenza* (a cura di M. D'ALBERTI), Temi e problemi – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, 76

²³⁴ Sul punto si vedano N. LUGARESI, *Le acque pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1995 e V. CERULLI IRELLI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

²³⁵ Sulla norma si veda U. POTOTSCHNIG e E. FERRARI (a cura di), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, CEDAM, 2000.

3. Il decreto Bersani: il principio di “temporaneità” delle concessioni e la preferenza per il concessionario uscente

Come si è anticipato la norma chiave per quel che riguarda i rapporti tra concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza può essere senz'altro considerato l'art. 12 del d.lgs. 79/1999 che, come vedremo, è stato più volte modificato negli ultimi anni e che oggi è vigente in una versione abbastanza diversa da quello originale²³⁶.

Nella sua formulazione originaria il d. lgs. 79/1999 (meglio noto come “decreto Bersani”)²³⁷, una volta abbandonato in via definitiva il monopolio statale del mercato dell'energia elettrica dell'energia, e lasciato conseguentemente cadere anche il progetto di concentrare nelle mani dello Stato tutte le grandi derivazioni d'acqua, aveva, infatti, previsto, per la prima volta, un sistema di revisione delle

²³⁶ In particolare l'art. 12 del d. lgs. 16 marzo 1999 n. 79 stabiliva che *“almeno cinque anni prima della scadenza di una concessione di grande derivazione d'acqua per scopo idroelettrico, ogni soggetto, purché in possesso di adeguati requisiti organizzativi e finanziari, può richiedere il rilascio della medesima concessione a condizione che presenti un programma di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata, nonché un programma di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza. 2 In presenza di una o più richieste, l'amministrazione competente ne valuta l'idoneità e provvede a notificarne il contenuto al concessionario; tale notifica ha valore di preavviso di disdetta della concessione in scadenza. Il concessionario, entro tre mesi dal ricevimento del preavviso di disdetta, ove non abbia presentato un proprio programma per migliorare la produttività dell'impianto, può comunicare all'amministrazione il proprio impegno alla realizzazione di un programma avente contenuto identico o migliorativo rispetto a quelli giudicati idonei. La mancata comunicazione determina la rinuncia al rinnovo della concessione. 3 L'amministrazione competente ove non ritenga sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, in tutto o in parte incompatibile con il mantenimento dell'uso a fine idroelettrico, rilascia la concessione, per un periodo trentennale, preferendo, a parità di condizioni, il precedente concessionario.”*

²³⁷ In relazione al quadro sostanziale in cui interviene il decreto cfr. M. GRILLO, SCORCIARINI COPPOLA L., *La concorrenza nell'industria dell'energia: riassetto strutturale e intervento antitrust*, in *La concorrenza nell'industria dell'energia*, il Mulino, 1999 che descrive l'assetto dell'industria elettrica nei principali paesi europei che viene sintetizzato nei due modelli “francese” di monopolio e “inglese” di concorrenza.

scadenze delle concessioni e un nuovo modello di aggiudicazione delle utenze idriche al momento del verificarsi di tali scadenze²³⁸.

Veniva meno, quindi, il principio di perpetuità delle concessioni che aveva creato un evidente chiusura del mercato (e questo senz'altro era un ottimo risultato) ma, nello stesso tempo, si prevedeva non tanto (come pure si sarebbe potuto fare) che da quel momento in poi ci si doveva organizzare per procedere all'indizione di gare per tutte le concessioni ma una sorta di *stand still* di ben trent'anni nella prospettiva di garantire all'ex monopolista la "possibilità di adattarsi con ampio margine temporale alla progressiva apertura del mercato"²³⁹.

E dunque apertura alla concorrenza (con la sostituzione del principio di perpetuità delle concessioni con quella della durata limitata delle concessioni o della "temporaneità" delle concessioni²⁴⁰, come del resto avvenuto anche in materia di acque minerali e termali²⁴¹, e con la conseguente necessità di indire gare) ma con ritardata apertura dei mercati²⁴².

Oltre a ciò la normativa citata non abbandonava il riconoscimento di uno speciale regime di favore per il concessionario uscente, diretto in qualche modo a compensare l'abolizione della illimitata facoltà di proroga prevista dal t.u. del 1933

²³⁸ I. CONTE, *Durata e proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche*, in *Gazzetta ambiente*, 2/2009, 44.

²³⁹ S. CORNELLA, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giorn.dir.amm.*, 2011, 796

²⁴⁰ S. FANETTI, *Una nuova decisione della Corte Costituzionale in materia di energia. La sentenza n. 1/2008*, in *Riv. Giur.amb.*, 2008, 583 e E. GRIPPO – F. MANCA, *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008, 245ss.

²⁴¹ Sul punto si veda D. CASALINI, *Tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza e principio di proporzionalità nella durata dei monopoli naturali*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 5, 955 ss.

²⁴² Non a caso si è parlato di "intervento normativo [quello del decreto Bersani] caratterizzato da perplessità e ambiguità sia d'approccio che di contenuti": D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, cit., 2001, 7

con ulteriore violazione del principio concorrenziale consistente nel consolidamento di rendite di posizione acquisite²⁴³.

Il sistema del decreto Bersani era infatti, sotto questo secondo profilo, basato sulla possibilità (teorica) per chiunque di chiedere il rilascio della nuova concessione, proponendo un progetto migliorativo rispetto a quello esistente, ma – ed è questo un ulteriore punto - con un “diritto di prelazione” del concessionario uscente che si fosse impegnato a sua volta ad eseguire il progetto migliorativo presentato dall’aspirante concessionario.

In sostanza – e questo era l’ulteriore elemento negativo sotto il profilo della concorrenza – non solo si apriva alla concorrenza il mercato delle concessioni idroelettriche dopo trent’anni ma anche lo si faceva in modo solo nominale dal momento che il concessionario uscente, volendo, avrebbe potuto continuare a mantenere la concessione, purché si impegnasse a realizzare esso stesso il progetto migliorativo che era stato proposto dal candidato concessionario entrante.

Una norma analoga di *favor* per il concessionario uscente veniva adottata, come si vedrà nel capitolo successivo, per le Province di Trento e Bolzano: si trattava dell’articolo 11 del Decreto Legislativo n. 463/1999 che a ciò aggiungeva la possibilità di subentro per gli enti locali e per le società da essi partecipate.

Nel decreto Bersani vi era, però, sempre in relazione al rispetto dei principi concorrenziali, un elemento estremamente positivo: con specifico riferimento alla durata della concessione si introduceva il principio della “temporaneità” che costituisce, ovviamente, il presupposto necessario per le gare.

Per quel che riguarda la durata, infatti, l’art. 12 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 279 prevedeva che le concessioni rilasciate a ENEL S.p.a. scadessero al termine del trentesimo anno successivo alla data di entrata in vigore del decreto (e quindi nel 2029) e che le concessioni rilasciate ad altri soggetti, scadute o in scadenza entro il 31 dicembre 2010 venissero prorogate di diritto a tale data. Per quelle in scadenza dopo il 31 dicembre 2010, i termini di scadenza erano, sempre per il decreto Bersani, quelli stabiliti dai relativi atti di concessione.

²⁴³ S. CORNELLA, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giorn.dir.amm.*, 2011, 798

Sempre con riferimento alla durata, sulla base di tale normativa, si distingueva, quindi, tra quattro distinte ipotesi: a) concessioni nuove ossia rilasciate dopo il decreto Bersani per le quali veniva prevista una durata trentennale; b) concessioni rilasciate prima del decreto Bersani e prive di durata (quelle dell'ENEL) per le quali veniva fissata la scadenza al 1 aprile 2029; c) concessioni rilasciate prima del decreto Bersani e scadute ovvero in scadenza prima del 31 dicembre 2010: anche per esse trova applicazione la più lunga scadenza del 1 aprile 2029; d) concessioni rilasciate prima del decreto Bersani che avrebbero avuto naturale scadenza successivamente al 31 dicembre 2010: per esse non viene prevista alcuna modifica della naturale data di scadenza²⁴⁴.

In sostanza se, da una parte, la previsione di una scadenza per tutte le concessioni era indubbiamente positiva non potevano certamente essere considerati positivamente il ritardo con cui si sarebbe dovuti intervenire e, soprattutto, le disposizioni di vantaggio per i concessionari uscenti²⁴⁵.

²⁴⁴ Per esemplificare la situazione si prenda l'esempio della Lombardia: in questa Regione (che provvede al 25% circa dell'intera produzione idroelettrica nazionale) le concessioni di grande derivazione (ossia quelle superiori a 3MV di potenza) sono 82 (di cui 2 relative ad un accordo internazionale italo-elvetico). Di tali concessioni, in base al decreto Bersani, 10 sarebbero scadute nel 2010, 3 nel 2012, 2 nel 2013 e le restanti 67 avrebbero avuto scadenze comprese tra il 2014 e il 2045 (tra di esse ve ne sono 36 dell'ENEL). Sul punto cfr. M. ZANOTTI – C. E. CASSANI, *Le derivazioni idroelettriche in Lombardia, in Regione Lombardia*, 2012.

²⁴⁵ E' interessante segnalare la posizione "radicale" di chi in dottrina ha sostenuto che non vi sia nessun principio o disposizione di fonte comunitaria che imponga di concedere a terzi a fini produttivi – e seppure con gara – la risorsa acqua e dunque che la gara debba ritenersi necessaria solo nel caso in cui la p.a. abbia deciso di assegnare al mercato e, conseguentemente, agli operatori economici del settore, l'utilizzo della risorsa a fini produttivi: D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, cit., 2001.

4. Le osservazioni dell'AGCM sulla normativa del 1999 (osservazione n. AS233 del 21 marzo 2002)

Su tali peculiarità del decreto Bersani intervennero, a distanza di tre anni, sia l'Autorità Garante delle Concorrenza e del mercato sia, come si vedrà nel paragrafo successivo, la Commissione europea.

Con osservazione del 21 marzo 2002 (AS233) l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, seppur con specifico riferimento alla normativa adottata per le Province di Trento e Bolzano, evidenziò le possibili distorsioni della concorrenza in merito alle modalità di rilascio delle concessioni per grandi derivazioni a scopo idroelettrico nella Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Sudtirolo, contenute nel Decreto Legislativo 463/1999, che modifica il Decreto del Presidente della Repubblica 235/1977.

L'autorità sollevò obiezioni anche in merito alla condotta amministrativo-imprenditoriale della Provincia autonoma di Bolzano, sempre in tema di concessioni idroelettriche.

Le obiezioni riguardarono la preferenza accordata al concessionario uscente e agli Enti locali o alle aziende e alle società da essi controllate nel procedimento per il rilascio delle concessioni.

Veniva contestato che per partecipare alla gara pubblica ai fini del rilascio della concessione fosse necessario presentare un progetto comprendente un programma di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata ed un programma di miglioramento e risanamento ambientale e paesaggistico del bacino idrografico di pertinenza e che il concessionario uscente potesse essere preferito nel caso ottenesse lo stesso risultato di un altro operatore nella gara pubblica indetta per il rilascio della concessione.

Non poteva essere ritenuto legittimo, in particolare, che gli Enti locali, o le aziende o le società da essi controllate, ottenessero la preferenza sul candidato dopo il termine della gara, presentando un progetto uguale o migliore di quello del soggetto vincitore della gara, dopo aver potuto visionare tale progetto.

Per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato la consegna gratuita del progetto presentato dal vincitore della gara – che si presume avesse dovuto

sopportare gli oneri di elaborazione del progetto stesso e gli oneri di partecipazione alla gara – agli Enti locali i quali fino a quel momento avrebbero di fatto potuto rimanere totalmente inerti, non poteva essere giustificata in nessun modo in quanto totalmente discriminatoria nei confronti di nuovi operatori.

L'Antitrust ribadì come fosse obbligatorio, per tutte le amministrazioni pubbliche, di qualsiasi livello e categoria, rispettare e considerare la tutela della concorrenza, materia peraltro riservata alla legislazione esclusiva dello Stato.

5. La procedura d'infrazione contro il decreto Bersani (parere motivato n. C(2004)30 del 7 gennaio 2004)

Il sistema di privilegio per il concessionario uscente costituito dal decreto Bersani non poteva, come si è anticipato, non suscitare le critiche anche della Commissione europea.

Questa aprì una procedura d'infrazione comunitaria lamentando che, con il sistema introdotto dal decreto Bersani, si favorivano le imprese già titolari di una concessione e, principalmente, le imprese già stabilite in Italia.

Per la Commissione europea, inoltre, il sistema delineato dal decreto Bersani poteva indurre il mantenimento dei concessionari esistenti per una durata illimitata: il meccanismo, infatti, snaturava la procedura concorsuale impedendo la parità di trattamento tra i vari operatori economici.

Il sistema scelto dall'Italia, secondo la Commissione, rendeva la possibilità di accesso a tali concessioni da parte degli altri operatori estremamente remota se non addirittura teorica perché i potenziali candidati avrebbero rinunciato fin dall'inizio ad impegnarsi nel complesso lavoro tecnico di elaborazione e presentazione dell'offerta per partecipare ad una selezione soggetta a simili condizioni²⁴⁶.

²⁴⁶ Si noti che le medesime contestazioni venivano mosse sia alla Francia (che prevedeva anch'essa un regime preferenziale nei confronti del concessionario uscente) che alla Spagna (che non aveva previsto nella propria legislazione sulle concessioni idroelettriche una procedura ad evidenza pubblica per il rilascio di tali concessioni e che anzi aveva previsto una durata di 75 anni delle concessioni rafforzando la posizione di privilegio degli attuali titolari dei diritti di gestione del capitale idrico). Secondo la Commissione la

In particolare la Commissione con le procedure di infrazione n. 1999/4902 del 1999 e n. 2002/2282 del 2002 censurò sia l'articolo 11 del Decreto Legislativo 463/1999 riferito alle Province di Trento e Bolzano sia l'articolo 12 del Decreto Legislativo 79/1999 riferito all'intero territorio nazionale²⁴⁷.

Le censure erano analoghe a quelle già rappresentate e evidenziate dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato.

Si sottolineava, infatti, che l'articolo 11 del Decreto Legislativo 463/1999 prevedesse che alla scadenza di una concessione per grande derivazione a scopo idroelettrico sul territorio delle Province autonome di Trento e di Bolzano la concessione fosse rilasciata con preferenza al concessionario uscente o agli Enti locali o a società da essi controllate. Prevedeva inoltre una proroga fino a fine 2010 per le concessioni in scadenza prima di tale data.

Dal canto suo, con regola di ugual tenore, l'articolo 12 del Decreto Legislativo 79/1999, valido per l'intero territorio italiano prevedeva, al comma 3, la preferenza per il concessionario uscente e la proroga trentennale delle concessioni in vigore affidate ad Enel, mentre prorogava a fine 2010 le concessioni affidate ad altre società e in scadenza entro tale data.

La Commissione europea sottolineava come entrambi gli articoli nel garantire la preferenza al concessionario uscente o agli Enti locali andassero contro il principio della libertà di stabilimento previsto dall'articolo 43 del Trattato CE (oggi articolo 46 TFUE).

Nel corso della procedura d'infrazione intervennero con atti distinti la Provincia autonoma di Trento, la Provincia autonoma di Bolzano e il Governo italiano.

La Provincia di Trento con lettera del 12 giugno 2001 ribadiva che la preferenza fosse presente unicamente a parità di condizioni di offerta presentata e che questa

mancanza di una competizione aperta costituisce di per se una violazione del trattato, in particolare del principio di libero stabilimento.

²⁴⁷ In particolare, volendo seguire cronologicamente, lo sviluppo di tale procedura d'infrazione occorre considerare che la prima obiezione venne avanzata con lettera di messa in mora del 20 aprile 2001, relativa al solo Decreto Legislativo 463/1999 e successivamente era intervenuta la lettera di costituzione in mora complementare del 19 dicembre 2002, che riguardava entrambi i decreti contestati.

era stata introdotta solamente per compensare gli Enti locali delle penalizzazioni derivanti dalla presenza degli impianti idroelettrici sul territorio.

Si faceva riferimento anche alla Convenzione delle Alpi e ai suoi obiettivi di compatibilità dello sviluppo economico con l'ambiente. Ci si richiamava in particolare all'obiettivo contenuto nel protocollo di applicazione della convenzione riguardante l'equa ricompensa per le popolazioni locali per le prestazioni rese a favore della comunità intera.

Si richiamava, ancora, l'articolo 13 della Direttiva 96/92/CE che segnalava l'eccezione ai principi concorrenziali prevista per gli Enti pubblici: questi potevano esercitare in maniera esclusiva attività volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento, la protezione del consumatore e la protezione dell'ambiente anche a discapito del principio di libera concorrenza.

Si ricordava, nella stessa linea, il paragrafo 2 dell'articolo 86 del Trattato CE (oggi art. 106 TFUE) che considera l'attività di produzione di energia elettrica un servizio di interesse economico generale, e quindi soggetto ad una deroga rispetto al modello di concorrenza²⁴⁸.

Infine, si rammentava l'importanza essenziale delle risorse idriche per l'ordinamento giuridico autonomo delle Province autonome di Trento e Bolzano, in relazione alle particolari caratteristiche fisiche ed orografiche e la libertà che tali Province sono autorizzate ad esercitare grazie alla particolare autonomia di cui godono.

La Provincia di Bolzano, dal canto suo, si difendeva sottolineando, con la lettera del 25 giugno 2001, che la preferenza concessa sarebbe stata autorizzata dall'autonomia costituzionalmente riconosciuta alle due Province autonome, al fine di salvaguardare e promuovere lo sviluppo delle minoranze nazionali anche con misure in materia culturale, sociale ed economica.

²⁴⁸ Art. 106 TFUE *“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”*.

Tale tutela sarebbe stata anche oggetto dell'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti umani e degli articoli 21 e 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Si sottolineava come la preferenza concessa riguardasse soggetti con competenze sufficienti alla gestione delle derivazioni idroelettriche e che, comunque, la preferenza fosse concessa solamente a parità di condizioni.

Peraltro, sempre per la Provincia di Bolzano, la possibilità per il concessionario uscente o per gli Enti locali di presentare un programma migliore avrebbe stimolato gli altri possibili concessionari a presentare un programma ancora più interessante, promuovendo quindi la concorrenza.

Si precisava, poi, che la Direttiva 96/92/CE riguardava esclusivamente impianti di produzione di nuova costruzione e non faceva riferimento a quelli già esistenti, mancando quindi il conflitto con i decreti contestati.

Inoltre l'articolo 3, paragrafi 2 e 3, della medesima direttiva prevedeva la possibilità per gli Stati membri di imporre alle imprese del settore energetico obblighi di sicurezza, qualità e tutela dell'ambiente, giustificando quindi la preferenza per gli Enti pubblici locali o imprese da essi controllati (tutti incaricati di servizi di interesse economico generale), necessaria per garantire gli obblighi di servizio pubblico previsti dalla Direttiva (in questo caso la sicurezza di approvvigionamento).

Si ribadiva, inoltre, che i parametri decisionali e le modalità di valutazione devono essere stabiliti e pubblicati dalla Provincia prima delle gare di assegnazione e che, comunque, la preferenza per i due soggetti contestati fosse prevista unicamente a parità di condizioni di offerta presentata.

Si ricordava, inoltre, che la preferenza per gli Enti locali era già prevista nell'articolo 10 della Legge Costituzionale n. 5 del 26 febbraio 1948 (statuto Speciale per il Trentino-Alto Adige/Sudtirolo) nel quale si dichiarava che la preferenza, a parità di concessioni, era data alla Regione e che era venuta meno a seguito della nazionalizzazione dell'energia elettrica del 1962.

Il Governo italiano si difendeva affermando – con lettere del 26 giugno 2001, 26 giugno 2003 e 8 luglio 2003 – che l'attività in questione andasse qualificata come una concessione di servizio pubblico di interesse generale (in quanto il

concessionario svolge l'attività in modo autonomo ed assumendosi la gestione ed i relativi rischi) e quindi soggetta non all'articolo 43 del Trattato CE (oggi 46 TFUE), bensì agli articoli 16 e 86 (oggi 106 TFUE).

In tali articoli, com'è noto, si concede alle imprese che devono realizzare un prevalente interesse pubblico la deroga alle regole del Trattato se il rispetto di tali regole impedisca ad esse di garantire gli obiettivi.

La preferenza accordata ai concessionari uscenti e agli Enti pubblici, sempre per la difesa dello Stato italiano, sarebbe inoltre solamente marginale, in quanto interverrebbe nella fase finale della procedura e solamente in caso di parità di condizioni di offerta presentata.

I soggetti locali sarebbero da preferire in quanto dotati di una maggiore stabilità e conoscenza territoriale, riuscendo ad impiegare con maggiori garanzie ed adeguatezze le risorse, mentre il concessionario uscente sarebbe da preferire al fine di rimborsarlo degli investimenti realizzati e per la miglior conoscenza della gestione e delle peculiarità dell'impianto in concessione.

Per lo Stato italiano il concessionario uscente andrebbe preferito perché per la sua conoscenza è l'unico che riuscirebbe a far fronte in maniera tempestiva alle situazioni critiche: in un sistema di impianti in cascata, ad esempio, se si affidasse ciascun impianto a un concessionario diverso nel caso di eventi catastrofici si avrebbe un rallentamento dei tempi di reazione oltre che in generale una riduzione dell'ottimizzazione della rete.

Lo Stato italiano nella sua difesa faceva riferimento anche all'articolo 46 del Trattato CE, nella parte in cui si evidenziano le garanzie risultanti da un concessionario affidabile e sicuro, come dovrebbe essere il concessionario uscente.

Infine, si ricordava che in altri Stati membri le procedure di rilascio delle concessioni sono addirittura meno concorrenziali che in Italia, escludendo completamente la gara di assegnazione e lasciando la decisione sull'affidamento della concessione alla discrezione dell'amministrazione competente.

A fronte di tali argomentazioni la Commissione europea stabiliva, *in primis*, che ogni persona fisica o giuridica deve avere la possibilità di partecipare alla vita economica di un qualsiasi Stato membro dell'Unione Europea senza subire

l'applicazione di norme nazionali irrispettose della parità di trattamento e discriminatorie, anche di lieve entità e ciò in base all'articolo 43 del Trattato CE.

Si precisava che una norma nazionale può violare il Trattato CE solamente se soddisfa quattro condizioni: assenza di discriminazioni, motivo di interesse pubblico, idoneità al conseguimento dello scopo di interesse pubblico e applicazione non più del necessario.

Inoltre, sempre per la Commissione, uno Stato membro non è autorizzato a violare il Trattato CE solamente perché un altro Stato membro lo ha fatto.

Il fatto che i concessionari uscenti o gli Enti pubblici abbiano la possibilità, dopo aver atteso le varie offerte, di visionare il progetto migliore al fine di realizzarne uno identico o superiore, consente loro di appropriarsi del suddetto progetto (evitando tutti i costi di realizzazione progettuale) e di aggiudicarsi comunque la gara. Questo si traduce in una disparità di trattamento tra i vari operatori interessati alla concessione.

Inoltre la preferenza comporta direttamente il mantenimento dello *status quo* per un tempo indefinito, risultando quindi gravemente restrittiva e non idonea al conseguimento dell'interesse pubblico, in quanto il concessionario uscente avrebbe come priorità i caratteri economici e di redditività commerciale della concessione.

La Commissione europea sottolineava che la normativa contestata fosse stata applicata più del necessario, in quanto avrebbe potuto essere sostituita da misure meno restrittive, come un innalzamento degli standard tecnici, di tutela ambientale e di sicurezza necessari per vincere la gara di assegnazione, e mediante un inasprimento dei controlli e delle sanzioni durante l'esercizio della concessione.

Peraltro non veniva riscontrato un valido interesse pubblico da perseguire, limitandosi il motivo della concessione della preferenza accordata agli Enti pubblici solamente al loro stato "*pubblico*"²⁴⁹ e non venivano precisati quali fossero gli Enti pubblici o loro società beneficiari della preferenza.

²⁴⁹ Si ricorda che la giurisprudenza della Corte di Giustizia riferisce come i motivi giustificativi di inosservanza del Trattato CE debbano essere affiancati da un'analisi dell'opportunità e della proporzionalità riguardanti la misura restrittiva adottata.

Appare chiaro che la situazione per la Commissione fosse tale da dissuadere le società comunitarie a partecipare alla gara di assegnazione, e che essa producesse, quindi, un effetto discriminatorio.

L'articolo 43 del Trattato CE riguarda – per la Commissione - anche i casi in cui solo alcune delle imprese di uno Stato membro (quelle gestite dagli Enti locali) sono avvantaggiate rispetto alle imprese di un altro Stato membro. Il fatto che anche altre imprese italiane siano penalizzate dalla preferenza non escludeva, quindi, l'applicabilità di tale articolo.

La Commissione europea ribadiva come diverse sentenze della Corte di Giustizia avessero stabilito che uno Stato membro può sottrarre alcune attività economiche alla libera concorrenza solamente per perseguire esigenze di interesse generale. La sicurezza di approvvigionamento, la continuità di esercizio e la tutela dell'ambiente non risultano venir meno nel caso di affidamento delle concessioni ad imprese private, esistendo addirittura la possibilità nella Direttiva 96/92/CE di obbligare le imprese attive nel settore dell'energia ad eseguire tali servizi. L'affidabilità del concessionario entrante viene garantita solo dalla presenza di una vera e propria gara di assegnazione, volta appunto a selezionare il candidato migliore per la gestione della concessione.

Si precisava, ancora, come l'articolo 3, paragrafo 2, della Direttiva 96/92/CE imponesse agli Stati membri il dovere di pubblicare e comunicare alla Commissione gli obblighi di servizio pubblico che gli Stati membri impongono ad imprese operanti nel settore elettrico, azioni non effettuate dall'Italia.

La Commissione europea, infine, non metteva assolutamente in discussione l'autonomia legislativa delle Province autonome di Trento e Bolzano e la tutela delle minoranze etnico-culturali locali, ma il fatto che il rilascio di una concessione ad un'impresa diversa dal concessionario uscente o dagli Enti locali, purché in possesso delle capacità professionali e tecniche necessarie, risultava tale da compromettere la tutela di tali minoranze. Anche l'autonomia locale, per la Commissione, resta soggetta al rispetto del Trattato CE.

Infine anche la proroga prevista dalla legge italiana al fine di consentire l'ammortamento degli investimenti effettuati appariva, per la Commissione, esagerata.

Per questi motivi la Commissione europea esprimeva il proprio parere in data 7 gennaio 2004 sostenendo che l'articolo 11 del Decreto Legislativo 463/1999 e l'articolo 12 del Decreto Legislativo 79/1999 non rispettassero il diritto europeo e invitava la Repubblica Italiana e quindi, indirettamente, anche la Provincia autonoma di Trento ad uniformarsi a quanto disposto entro due mesi.

6. La legge n. 266/2005: dalla preferenza per il concessionario uscente alla proroga

La procedura di infrazione comunitaria veniva archiviata un anno dopo a seguito dell'entrata in vigore della legge finanziaria 2006 (l. 23 dicembre 2005 n. 266, art. 1, comma 483)²⁵⁰.

Le norme di tale legge erano contenute in una decina di commi: il comma 483 della legge finanziaria 2006 descriveva le modalità di esecuzione della gara pubblica di assegnazione per l'attribuzione delle concessioni, modificando l'articolo 12 del Decreto Legislativo 79/1999 e stabilendo che i requisiti delle società in gara per una concessione, i parametri di aumento della potenza o dell'energia prodotta e gli investimenti di miglioramento ambientale venissero stabiliti a livello nazionale; il comma 484 abrogava l'articolo 16 del Decreto Legislativo 79/1999 (le regioni autonome e le Province autonome saranno soggette a propri decreti di attuazione statutaria); il comma 485 introduceva una proroga di dieci anni per le concessioni vigenti, a seguito del pagamento di un canone aggiuntivo dal 2006 al 2010 proporzionale alla potenza installata (comma 486) da destinarsi allo Stato ed ai Comuni interessati nonché all'esecuzione di congrui interventi di ammodernamento degli impianti (comma 487); il comma 488 precisava le modalità di presentazione delle domande di proroga e degli accertamenti delle amministrazioni competenti, mentre i commi 489 e 490 riguardavano le modalità di trasferimento dei rami d'azienda relativi all'esercizio

²⁵⁰ La Commissione decise di archiviare il procedimento avviato contro l'Italia sulle disposizioni del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (decreto Bersani) che nell'ambito delle procedure di attribuzione delle concessioni idroelettriche concedevano una preferenza al concessionario uscente (IP/05/920 proprio perché la legge finanziaria 2006 (pubblicata il 29 dicembre 2005) ha eliminato questa preferenza introducendo per le nuove concessioni una procedura pubblica trasparente ed oggettiva.

delle concessioni stesse; i commi 491 e 492 stabilivano che i nuovi commi introdotti disciplinavano la tutela della concorrenza (e quindi di competenza statale) e che quindi le Regioni e le Province autonome hanno un termine di 90 giorni per adeguare i propri ordinamenti normativi.

In primo luogo, quindi, il legislatore italiano del 2005, a seguito delle osservazioni della Commissione e dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato, eliminava la prelazione o preferenza per il concessionario uscente prevista dal decreto del 1999.

In secondo luogo stabiliva che cinque anni prima dello scadere di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico e nei casi di decadenza, rinuncia e revoca di tali concessioni, le amministrazioni competenti (regioni e province autonome) dovessero indire una gara ad evidenza pubblica.

In terzo luogo che tale gara per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione sarebbe dovuta avvenire nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione e per un periodo di durata trentennale²⁵¹

In quarto luogo che nella scelta del concessionario si sarebbe dovuto avere particolare riguardo all'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrogeografico di pertinenza e di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata.

Infine che, nel frattempo, le concessioni fossero prorogate a due condizioni: il concessionario avesse effettuato congrui interventi di ammodernamento e che avesse versato un canone aggiuntivo unico.

In sintesi si sostituiva il principio di preferenza del concessionario uscente con quello della proroga.

²⁵¹ La determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi e dei parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata veniva, nella stessa norma, demandata ad apposito decreto interministeriale.

7. La sentenza Corte Costituzionale n. 1/2008: il mancato coinvolgimento delle Regioni

La Corte Costituzionale intervenne sulla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato- legge finanziaria 2006*) in materia di concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico con la sentenza n. 1/2008²⁵² annullandola *in parte qua* (sostanzialmente nella parte sulle proroghe e sulla determinazione dei requisiti di gara) per il mancato coinvolgimento delle Regioni²⁵³.

I giudici della Corte Costituzionale ritennero costituzionalmente illegittimi l'art. 1, comma 485 della legge n. 266/2005, che, come sottolineato nel precedente paragrafo, sanciva la proroga decennale delle concessioni in essere, nonché l'art. 1, comma 483, il quale non contemplava alcun coinvolgimento delle Regioni nell'adozione del decreto ministeriale che fissava i requisiti riguardo la procedura di gara per il rilascio delle concessioni.

Per poter seguire il ragionamento seguito dalla Corte appare necessario ricordare che la normativa regolante le grandi derivazioni ad uso idroelettrico che fino all'approvazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112²⁵⁴ era di competenza dello Stato (a cui spettavano i canoni di concessione per le grandi derivazioni afferenti al

²⁵² Sul punto cfr. S. FANETTI, *Una nuova decisione della Corte Costituzionale in materia di energia. La sentenza 1/2008*, in *Riv.giur. ambiente*, 2008, 3-4, 572ss. e G. B. CONTE, *La Corte dichiara l'illegittimità della proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche prevista dalla legge finanziaria per il 2006*, in *Giust.amm.*, 2008, 28 nonché in *Giur.cost.*, 2008, 1; *Quaderni regionali*, 2008, 613. V. anche M. DE FOCATIIS, *Il sindacato della Corte Costituzionale sulle decisioni di politica energetica italiana: nuovi spazi per il mercato e per la libertà di impresa?*, in *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali* (a cura di A. Maestroni e M. De Focatiis), 2012, 52.

²⁵³ I. CONTE, *Durata e proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche*, in *Gazzetta ambiente*, n. 2, 2009, 42ss.

²⁵⁴ Recante norme per il conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato, alle Regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59.

demanio idrico statale²⁵⁵), con l'entrata in vigore del detto decreto era stata attribuita alle Regioni e agli enti locali (unitamente alla gestione del demanio idrico, della polizia demaniale e le opere idrauliche²⁵⁶)²⁵⁷.

L'indicato passaggio delle concessioni idroelettriche dalla competenza dello Stato a quella delle Regioni iniziato nel 1998 si era verificato in modo graduale: ed infatti inizialmente in via transitoria fino al recepimento della Direttiva 96/1992/CE, erano rimaste, comunque, in capo allo Stato importanti funzioni di coordinamento e gestione, tra cui la titolarità del rilascio della concessione per le grandi derivazioni, d'intesa con la Regione interessata²⁵⁸.

²⁵⁵ Tale competenza non si esercitava rispetto alle Regioni a Statuto speciale salvo che per la regione del Friuli-Venezia Giulia, che, nel suo Statuto approvato con legge costituzionale n.1 del 1963, non detta delle norme specifiche sulla materia.

²⁵⁶ Infatti, l'art. 86 del decreto legislativo n. 112 del 1998 ha profondamente innovato la materia, conferendo alle Regioni competenti per territorio l'intera gestione del demanio idrico (la cui titolarità resta comunque allo Stato), e il successivo art. 88 ha specificato che detta gestione comprende tutte le funzioni amministrative relative alle derivazioni di acqua pubblica, alla ricerca, estrazione e utilizzazione delle acque sotterranee, alla tutela del sistema idrico sotterraneo, nonché alla determinazione dei canoni di concessione e all'introito dei relativi proventi.

²⁵⁷ Sul riparto di competenze tra Stato e Regioni con riferimento all'energia si v. ad es. R. LOMBARDI, *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico ambientali*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre*, Milano, 2005.

²⁵⁸ Il comma 3 dell'art. 29, d.lgs n.118 del 1998 prevede *"in sede di recepimento della direttiva 96/1992/CE, lo Stato definisce obiettivi generali e vincoli specifici per la pianificazione regionale e di bacino idrografico in materia di utilizzazione delle risorse idriche ai fini energetici, disciplinando altresì le concessioni di grandi derivazioni di acqua pubblica per uso idroelettrico. Fino all'entrata in vigore delle norme di recepimento della direttiva 96/1992/CE le concessioni di grandi derivazioni per uso idroelettrico sono rilasciate dallo Stato d'intesa con la regione interessata. In mancanza dell'intesa, entro sessanta giorni dalla proposta, il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato decide, in via definitiva, motivatamente"*.

Sul punto cfr. E. FERRARI, *Commento all'art.29*, in G. FALCON (a cura di), *Commentario al D.lgs. 31 marzo 1998, n.112 recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato*

Solo un anno dopo, con il decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (decreto Bersani), era stata data attuazione alla citata direttiva 96/92/CE e si era realizzata la condizione prevista all'art. 29, comma 3, del decreto legislativo n. 112 del 1998 che subordinava, appunto, il trasferimento delle competenze dallo Stato alle Regioni.

Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 12 ottobre 2000²⁵⁹ si era, quindi, provveduto a dare definitiva attuazione al disegno prefigurato dal legislatore del 1997, prevedendosi il trasferimento alle Regioni, a decorrere dal 1° gennaio 2001, del personale, dei mezzi strumentali e di tutti gli atti relativi agli affari pendenti in materia di derivazioni di acque pubbliche.

Nel momento in cui si pronunciava la Corte (e anche attualmente), quindi, la competenza al rilascio di concessioni di grande derivazione spettava alle Regioni (che come vedremo possono mantenerla in capo a sé o trasferirla ad enti locali).

Con l'entrata in vigore delle modifiche del Titolo V della Parte II della Costituzione, alle Regioni ordinarie era stata poi attribuita una competenza legislativa concorrente in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia»²⁶⁰.

alle Regioni e agli Enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n.59, in Le Regioni, 1998, 592.

²⁵⁹ Il decreto recante *“individuazione dei beni e delle risorse finanziarie, umane, strumentali e organizzative da trasferire alle regioni ed agli enti locali per l'esercizio delle funzioni e dei compiti amministrativi in materia di demanio idrico”* era stato adottato ai sensi dell'art. 7 della legge n. 59 del 1997.

²⁶⁰ Art. 117, comma 3, Cost.. Si noti che, com'è stato ricordato, *“nell'assemblea costituente, nel corso del dibattito, proprio Einaudi, il difensore più strenuo della riserva allo Stato della materia delle acque, individuò qual maggiore interesse dello Stato quello di riservarsi anche solo un diritto nominale allo scopo di affermare il principio della demanialità delle acque; acquisita la sicura soddisfazione della maggiore utilizzazione razionale lo stesso Einaudi ritenne del tutto ammissibile che in sede di legislazione ordinaria potesse essere ammesso il principio che anche le Regioni possono avanzare un certo diritto ad avere una quota all'uso delle acque”* (C. DE BELLIS, *Le piccole derivazioni d'acqua per uso idroelettrico: dai nodi antichi del d.p.R. 616/1977 all'evanescenza odierna della legge n. 183/1989* (nota a Corte Cost., ord., 6 giugno 1991, n. 255), in *Le Regioni*, 1992, , 734. Sul punto v. anche Corte cost., 2006, n. 364, reperibile su www.consultaonline.it.

Trattandosi di una competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, la potestà legislativa in materia di energia spetta oggi alle Regioni nel rispetto dei principi fondamentali espressamente determinati con legge dello Stato o, in difetto, da quelli desumibili dalle leggi statali vigenti²⁶¹.

In questo quadro articolato di competenze in materia di concessioni idroelettriche si inserirono le modifiche apportate dal legislatore con la legge finanziaria 2006: in particolare il legislatore statale con l'art. 1 commi 483 e ss., come già accennato nel precedente paragrafo, introdusse un'articolata disciplina delle concessioni di grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico.

Vennero previste sia regole transitorie (con riferimento a queste ultime, tutte di immediata operatività, come è già stato sottolineato precedentemente, venne introdotto, il sistema della "proroga decennale"²⁶²) sia regole destinate ad operare «a regime»²⁶³.

²⁶¹ Sui limiti della potestà regionale si veda S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale 3/2001*, in *Rass. Giur. Energia. Elettr.*, 2002, 499 e ss. il quale sottolinea i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, i vincoli che fanno riferimento alla libera circolazione delle persone e delle cose indicati all'art. 120 Cost., che vanno intesi come vincoli applicantesi anche all'energia in quanto servizio (infatti se così non fosse, la libertà di circolazione sarebbe garantita in sede comunitaria e non in sede nazionale, con un evidente squilibrio), il vincolo della tutela dell'unità economica per la garanzia del quale è previsto un potere sostitutivo del governo nei confronti delle Regioni. Sul punto cfr. anche COLAVECCHIO A., *Il nuovo (?) riparto di competenze Stato-Regioni nella materia "energia"*.

Per una disamina sul riparto di competenze nel settore energetico cfr. *ex multis*, L. R. PERFETTI, *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione nel quadro delle competenze*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2002 pp.377 e ss., E. PICOZZA-A. COLAVECCHIO, *Energie*, in G. CORSO-V. LOPILATO, *Diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte spec., vol. II, Milano, 2006, 84 ss., *La riforma del titolo V della Costituzione e la "perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari"*, in *Giur. cost.*, 2004, 137 ss.;

²⁶² Tutte le grandi concessioni di derivazione idroelettrica, in corso al 1 gennaio 2006 sono prorogate di dieci anni rispetto alla data di scadenza prevista dal decreto Bersani, a fronte del pagamento di un canone unico aggiuntivo pari a 3600 euro per MW di potenza nominale installata e purchè vengano effettuati interventi di ammodernamento degli impianti. Tale proroga è relazionata " ai tempi di completamento del processo di liberalizzazione e integrazione europea del mercato interno dell'energia elettrica , anche

Tra le regole destinate ad operare a regime vi era la regola della gara ad evidenza pubblica²⁶⁴ quale principio generale per l'attribuzione delle concessioni non solo nei casi di decadenza, rinuncia e revoca (molto rari), bensì soprattutto nel caso di scadenza della concessione di derivazione a scopo idroelettrico (in tal caso la gara avrebbe dovuto essere indetta cinque anni prima della scadenza della concessione).

In riferimento alla modalità di esecuzione della gara pubblica per l'assegnazione delle concessioni, è interessante notare che a differenza di quanto avveniva in passato (vi era una competenza dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas in materia), la legge n. 266/2005, invece, attribuiva al Ministero delle attività produttive, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del Territorio²⁶⁵, una volta sentito il gestore della rete di trasmissione nazionale, la determinazione, con proprio provvedimento, dei requisiti organizzativi e

per quanto riguarda la definizione di principi comuni in materia di concorrenza e parità di trattamento nella produzione idroelettrica" sul punto S. FANETTI, *Una nuova decisione della Corte Costituzionale in materia di energia. La sentenza n. 1/2008*, in *Riv. Giur.amb.*, 2008, 584 ed anche S. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte Costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in *Federalismi.it*, 8/2008; S. CORNELLA, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Gior. dir. Amm.* 7, 2011, 796.

²⁶³ Sul punto cfr. S. FANETTI, *Una nuova decisione della Corte Costituzionale in materia di energia. La sentenza n. 1/2008*, in *Riv. Giur.amb.*, 2008, 584.

²⁶⁴ Art.1 comma 483 legge 266/2005.

²⁶⁵ A differenza di quanto previsto ex art. 12, comma 5 del decreto Bersani che assegnava tale compito all'Autorità per l'energia e per il gas "nei casi diversi dal comma 1, compreso il caso di decadenza, rinuncia e revoca, e fermo restando quanto indicato ai commi 3 e 4, l'amministrazione competente indice gara pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione. Nei casi diversi rispetto alla decadenza, rinuncia e revoca, la gara e' indetta non oltre cinque anni antecedenti la scadenza. L'Autorita' per l'energia elettrica e il gas, sentito il gestore della rete di trasmissione nazionale, determina, con proprio provvedimento, i requisiti organizzativi e finanziari, i parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata concernenti le procedure di cui al comma 1 e al presente comma".

finanziari minimi e i parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata.

Era dunque, il Ministero che doveva decidere in concreto la procedura di gara lasciando fuori da tale determinazione la Regione (si ragionava in base al fatto che l'art. 117, comma 2, lettera e (tutela della concorrenza) attribuiva queste competenze alla legislazione esclusiva dello Stato²⁶⁶).

Appare evidente che la normativa di cui si discute, adottata senza aver "consultato" le Regioni, avesse suscitato forti malcontenti da parte delle amministrazioni regionali che, sentendosi private della loro autorità, la sottoposero al vaglio della Corte Costituzionale.

La Corte Costituzionale venne, così, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della normativa del 2005 dai ricorsi n. 28, 35, 36, 39 e 41 del 2006 promossi dalle Regioni Toscana, Piemonte, Campania, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia.

Le Regioni contestavano l'illegittimità costituzionale dei commi sopra citati stabilendo che la disciplina in oggetto (sia quella transitoria che quella a regime) non era di esclusiva competenza statale, perché interferiva con le competenze regionali di produzione e distribuzione dell'energia, demanio idrico e pianificazione energetica.

Si sottolineava, in particolare, come sia la determinazione dei requisiti delle società in gara e del canone aggiuntivo imposto ai concessionari avrebbero dovuto essere effettuati d'intesa con la Conferenza Stato – Regioni, in quanto rientranti nelle competenze locali di demanio idrico.

²⁶⁶ Ciò è palesato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n.1 del 2008 che al considerato in diritto 1.4 dispone *"i commi 491 e 492 qualificano le disposizioni predette quali regole dettate in materia di tutela della concorrenza ed in attuazione degli impegni comunitari dello Stato e fissano il termine (novanta giorni) alle Regioni ed alle Province autonome per armonizzare i propri ordinamenti con la nuova disciplina"*. In generale sul tema cfr. S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rass. Giur. Energia Elett.*, 2002, 499.

Veniva, al riguardo, rimarcato il mancato rispetto del principio di leale collaborazione²⁶⁷ tra Stato e Regioni e si evidenziava al contempo come la proroga prospettata delle concessioni allora vigenti fosse eccessivamente lunga, lasciando per troppo tempo inalterate le condizioni di uso delle acque senza tener conto dei sopraggiunti cambiamenti della normativa e delle condizioni sociali ed economiche dei territori su cui insistono le derivazioni ma, soprattutto, privando le Regioni della possibilità di affidare la concessione a condizioni economiche più vantaggiose. Si ledeva in tal modo l'autonomia finanziaria delle Regioni autonome e il principio di libera concorrenza che il nuovo mercato dell'energia richiedeva.

In sostanza per le Regioni ricorrenti la disposizione della legge finanziaria del 2006 relativa alle gara ad evidenza pubblica, sebbene, come rilevato dalla stessa Corte, la determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, nonché i parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata che concernono la procedura di gara, fosse un atto che, certamente da un lato, era riconducibile alla indicata competenza statale in materia di tutela della concorrenza²⁶⁸, dall'altro però, interferiva su aspetti organizzativi, programmatici

²⁶⁷ In argomento cfr. G. DI FIORE, *Diritto dell'urbanistica e dell'ambiente*, in *Lezioni* (a cura di) G. PALMA, 2005/2006, 351 che riconosce un ruolo significativo alle Regioni nella materia del governo del territorio sebbene nell'ambito dei principi fissati dallo Stato. "... Il principio di leale cooperazione deve sempre ispirare i rapporti tra lo Stato e le Regioni anche, e forse di più, dopo la modifica del Titolo V della Cost., così come vengono in rilievo i principi di sussidiarietà e differenziazione".

²⁶⁸ Il meccanismo della gara pubblica, come rilevato dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, costituisce, infatti, uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza. Al riguardo cfr. Corte Cost., n. 401 del 23 novembre 2007 reperibile su www.consultaonline.it: "l'aspetto della tutela della concorrenza che si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (articoli 3, paragrafo 1, lettere c e g; 4, paragrafo. 1; da 23 a 31; da 39 a 60 del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957). Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza (...) l'osservanza di tali principi costituisce attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost (...) l'osservanza

e gestori della materia, di competenza concorrente, della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117, terzo comma, della Costituzione).

Intervenendo tale norma nel settore di competenza concorrente dell'energia e del governo del territorio, secondo le Regioni, avrebbe dovuto essere adottata attraverso un meccanismo che assicurasse il coinvolgimento degli enti territoriali.

In più, anche il sistema circa la durata e proroga delle concessioni in essere, previsto al comma 485 dell'art. 1, della legge finanziaria 2006, sembrava alle Regioni violare la disposizioni della Carta Costituzionale²⁶⁹ in quanto riferito ad aspetti di dettaglio nonostante lo *status* di materia trasversale della concorrenza.

Secondo le Regioni, infatti, tali aspetti non avrebbero dovuto essere disciplinati a livello statale perché devoluti alla competenza concorrente delle regioni in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia così come previsto all'art.117, comma 3, Cost.²⁷⁰.

delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri: la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione. In sintesi, la nozione comunitaria di concorrenza, che viene in rilievo in questa sede e che si riflette su quella di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali".La sentenza è stata commentata da ROSANNA DE NICTOLIS, *Corte costituzionale n. 401/2007 in pillole*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁶⁹ Art. 117, secondo comma, lett. e) Cost.

²⁷⁰ Sul punto cfr. S. CORNELLA, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, *Gior.dir.amm*, n. 7/2011. In generale sull'art. 117 della Cost. cfr S. CASSESE, *op. cit.* In posizione critica sul punto cfr. F. DONATI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 37ss. e G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano 2003, 2189 e ss. Dove viene messo in rilievo di come l'esigenza di garantire l'uniformità del mercato interno dell'energia e la necessità di evitare discriminazioni tra operatori dovrebbe prevalere su quella (opposta) al decentramento

Le disposizioni della legge finanziaria 2006 peraltro sarebbero state poste in violazione dell'art. 117, comma 3, anche rispetto ad un consolidato orientamento della Corte Costituzionale²⁷¹ "eccedendo i limiti delle competenze statali trasversali rispetto alle su indicate competenze regionali"²⁷².

delle funzioni legislative alle regioni, garantendo al legislatore centrale la possibilità di intervenire anche su aspetti di materia di dettaglio del mercato energetico.

²⁷¹ Sull'orientamento della Corte Costituzionale circa la ripartizione delle competenze legislative in materia di energia cfr. Corte Cost., n. 303 e 370 del 2003, nonché la n. 62, la n. 219 e la n. 50 del 2005 dalle quali emerge una visione centralistica dei giudici costituzionali, con riaccentramento "in capo allo Stato della gran parte delle funzioni di disciplina normativa e di gestione amministrativa del settore, sul presupposto della necessità di garantire in modo unitario l'esercizio degli impianti e delle infrastrutture energetiche" in questo senso cfr. E. PICOZZA- A. COLAVECCHIO, *Energie*, in G. CORSO – V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte speciale, Vol. II, Milano 2006, 81ss. Al riguardo, appare opportuno segnalare la sentenza della Corte Cost. n. 6 del 2004 con commento di F. DE LEONARDIS, *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. Cost.* 2004, 150ss. nella quale la Corte pur riconoscendo che la materia dell'energia appartiene alla competenza concorrente, ha nel contempo sottolineato la chiara vocazione unitaria del settore; da ciò ne consegue la necessità di un intervento da parte dello Stato, volto a garantire una stabilità nella materia energetica, attesa l'inadeguatezza da parte delle Regioni a valutare il fabbisogno nazionale complessivo di energia elettrica. Lo stato può quindi, a determinate condizioni, intervenire con disposizioni di dettaglio, nonostante la competenza concorrente con le Regioni. La decisione era essenzialmente incentrata sui principi della chiamata in sussidiarietà, giustificata con la necessità di superare uno stato di emergenza e applicava, esplicitandoli, i criteri già definiti con la sentenza 303/2003 che ha affermava (tra l'altro) che "limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principi nelle materie di potestà concorrente ... significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze". Tali principi sono stati confermati recentemente nella sentenza n. 13 del 2013.

²⁷² Punto 8 del considerato in diritto della sentenza Corte Costituzionale n.1 del 2008.

Veniva anche evidenziato come non fosse possibile per il legislatore statale auto-qualificare una norma come “regole in materia di tutela della concorrenza”, essendo questa una valutazione obiettiva.

La Regione Emilia-Romagna richiamava l’orientamento della Corte costituzionale secondo il quale la legislazione potesse considerarsi legittima solamente quando logica, pertinente, idonea e proporzionale alla regolamentazione della materia ed adottata dopo aver attivato le procedure necessarie per assicurare la partecipazione di tutti i gradi di governo, da quelli locali a quello statale.

Dal canto suo, la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia lamentava una lesione delle proprie attribuzioni statutarie, ritenendo che si fosse scorrettamente prevaricato sulla potestà legislativa ad essa riconosciuta in materia di grandi derivazioni a scopo idroelettrico.

In ordine alla legittimità della normativa del 2005 il Governo italiano si difendeva sostenendo che le disposizioni introdotte dai commi contestati (requisiti necessari a partecipare alla gara di assegnazione, proroghe, canoni aggiuntivi) fossero effettivamente di esclusiva competenza statale, in quanto non incidavano direttamente sulla produzione dell’energia ma introducevano solamente misure per assicurare la piena concorrenza nella procedura di scelta del concessionario ed il corretto funzionamento della rete nazionale, lasciando addirittura agli Enti locali la possibilità di valutare la presenza di prevalenti interessi pubblici.

Inoltre l’effetto delle proroghe introdotte sarebbe il semplice prolungamento della situazione esistente che non interferirebbe minimamente con il governo locale del territorio.

La difesa dello Stato utilizzava un argomento assai rilevante ossia che diversi Stati europei non avevano (e non hanno) ancora adottato il regime di libero mercato nella produzione dell’energia, giustificando quindi la proroga con la necessità di impedire alle società monopolistiche ivi operanti di concorrere alle gare di assegnazione italiane in posizione di vantaggio grazie alle situazioni economiche anticoncorrenziali dei paesi di appartenenza.

Per quanto riguarda l’imposizione alle Regioni e alle Province autonome di armonizzare la propria normativa con quanto disposto dai commi contestati la difesa dello Stato ribadiva che il comma 610 dello stesso articolo della medesima

legge, stabilisce che l'armonizzazione deve essere effettuata compatibilmente con i rispettivi Statuti di autonomia.

In relazione a tali argomentazioni la Corte costituzionale stabiliva, *in primis*, che le norme di attuazione dello Statuto Speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia (Decreto Legislativo n. 265 del 25/05/2001) riguardanti il demanio idrico e l'utilizzo delle risorse idriche, sanciscano il trasferimento alla Regione del demanio e delle funzioni amministrative, ma non delle funzioni legislative.

In seguito sottolineava come diversi commi fossero stati impugnati senza spiegare come questi potessero violare le competenze regionali o il principio di leale collaborazione e che l'abrogazione dell'articolo 16 del Decreto Legislativo 79/1999, riguardante le sole Regioni e Province autonome, fosse stata contestata da Regioni a Statuto ordinario, senza quindi alcun interesse.

La Corte ribadiva che se da una parte le disposizioni statali riguardanti i requisiti delle società in gara, i parametri di aumento della potenza o dell'energia prodotta e gli investimenti ambientali rientrano sicuramente nella materia di tutela della concorrenza, e sono quindi di competenza esclusiva dello Stato, dall'altra, vi sono disposizioni che riguardano anche gli aspetti organizzativi, programmatici e di gestione della produzione dell'energia, che, invece, appartengono alla competenza concorrente tra Stato e Regioni e, quindi, non possono essere sottoposte ad una normativa statale di dettaglio.

In ogni caso si affermava che la proroga di ulteriori dieci anni delle concessioni vigenti fosse contraria al principio di libero mercato dell'energia che si vuole perseguire a livello comunitario e che l'autoqualificazione di una norma non avesse carattere vincolante. Si precisava, infine, che le Regioni e le Province autonome non erano costrette ad adeguarsi ad una normativa illegittima.

Per queste argomentazioni la Corte costituzionale dichiarava in data 14 gennaio 2008 l'incostituzionalità dei commi 483 (nella parte in cui non prevede il coinvolgimento delle Regioni), 485, 486, 487, 488 e del comma 492 (nella parte in cui si riferisce ai precedenti commi incostituzionali perché il legislatore nazionale avrebbe indebitamente invaso le competenze regionali²⁷³).

²⁷³ In argomento, cfr. D. FLORENZANO, S. MANICA, *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni* (a cura di), Trento, 2009.

In sostanza la Corte “salvava” il principio della gara (anche se sottolineava che sulla determinazione dei requisiti di gara dovevano essere coinvolte anche le Regioni) ma soprattutto “bocciava” il sistema delle proroghe.

Ed infatti, affrontando la questione in una prospettiva più ampia delle mere regole soggette al vaglio di legittimità, evidenziava come le disposizioni censurate anziché aprire gradualmente il mercato interno dell’energia, seguendo le scadenze naturali delle singole concessioni, “prorogassero irragionevolmente queste ultime di dieci anni decorrenti dalla data di scadenza di ciascuna concessione”; con il che, la norma, “lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrasta con i principi comunitari e contraddice apertamente il fine (la tutela della concorrenza) che pur afferma di voler perseguire”²⁷⁴.

Come è stato giustamente rilevato, sebbene la Corte abbia annullato la normativa statale per mancato coinvolgimento delle Regioni²⁷⁵ “la sentenza ed il suo iter argomentativo confermano il consolidamento di un filone giurisprudenziale della Corte Costituzionale particolarmente attento alla tutela della concorrenza, considerata non più e non solo come un’imprescindibile necessità imposta dal diritto comunitario ma come una delle leve della politica economica del paese e quasi un fine tendenziale dell’ordinamento giuridico nazionale²⁷⁶.”

²⁷⁴ S. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte Costituzionale 14 gennaio 2008*, in *Federalismi*, 2008, 8

²⁷⁵ Sul punto in senso critico G. B. CONTE, *La Corte dichiara l’illegittimità della proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche prevista dalla legge finanziaria per il 2006*, in *Giust.amm.*, 2008, 28 che sembra sposare la tesi per cui sarebbe più opportuna una centralizzazione delle competenze in materia di energia come già evidenziato da parte della dottrina (fra i tanti cfr. F. DE LEONARDIS, *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur.Cost.*, 2004, 148ss. e G. NAPOLITANO, *L’energia elettrica ed il gas*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, , 2189ss.).

²⁷⁶ Cfr. S. CORNELLA, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giorn.dir.amm.*, 2011, 797 e per quel che riguarda la giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale: Corte. cost. 14 dicembre, 2007, n. 430 nonché Corte cost., 3 marzo 2006, n. 206.

8. La normativa del 2010: il d.l. n. 78/2010 conv.in l. n. 122/2010: l'introduzione del sistema della doppia proroga

Il legislatore intervenne nuovamente, a due anni di distanza dalla pronuncia della Corte, con il decreto Legge n. 78 del 31 maggio 2010 che venne convertito nella legge n. 122 del 30 luglio, la Legge Finanziaria 2011²⁷⁷.

L'art. 15, c. 6-ter, d.l. 78/2010 contiene cinque punti fondamentali: innanzitutto il ripristino dell'intervento della Conferenza Unificata Stato-Regioni secondo quanto segnalato dalla Corte Costituzionale; in secondo luogo l'introduzione di misure di compensazione territoriale²⁷⁸; in terzo luogo la proroga generale di cinque anni; in quarto luogo la proroga di ulteriori sette anni; in quinto luogo il principio per il quale alla scadenza della concessione si proroga il concessionario uscente fino a quando non viene svolta la gara.

In primo luogo viene riformulato il procedimento di determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri ed i termini concernenti la procedura di gara²⁷⁹ richiedendo la «previa intesa con la Conferenza unificata», in linea con quanto indicato dalla Corte con la sent. 1/2008²⁸⁰.

Vengono poi inserite le misure di compensazione territoriale.

Ma soprattutto particolarmente rilevante appare l'introduzione del sistema della cd. "doppia proroga" (cinque anni più sette) che appare contrastare con quanto aveva già stabilito la Corte Costituzionale.

²⁷⁷ Sul punto v. S. CORNELLA, *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giorn.dir.amm.*, 2011, 795.

²⁷⁸ L'articolo richiamato modificava l'art. 12 del Decreto Legislativo 79/1999, prevedendo, infatti, che tra i criteri da considerarsi al fine del rilascio della concessione vi siano anche le misure di compensazione territoriale.

²⁷⁹ Il procedimento era contenuto nell'art. 12, c. 2, D. Lgs. 79/1999.

²⁸⁰ Il provvedimento per la determinazione dei requisiti testé indicati avrebbe dovuto avvenire entro sei mesi dall'entrata in vigore della disposizione (quindi, al più tardi, entro i primi di marzo del 2011) ma ciò, come si vedrà, non è avvenuto.

Il sistema della “doppia proroga” era così articolato: in primo luogo si prevedeva una proroga generale di cinque anni «al fine di consentire il rispetto del termine per l’indizione delle gare e garantire un equo indennizzo agli operatori per gli investimenti effettuati» in base alla disciplina di cui alla legge 266/2005²⁸¹; in secondo luogo si modificava l’art. 12, comma 8, prevedendo la proroga di ulteriori sette anni (oltre ai cinque validi per tutte le concessioni) nell’ipotesi in cui la concessione fosse detenuta da Società per azioni a composizione mista Provincia-privati e in cui la partecipazione provinciale diretta o di società a controllo provinciale fosse ricompresa tra il 30% ed il 40% del capitale²⁸².

Si stabiliva, allo stesso tempo, che il concessionario uscente continuasse l’esercizio della concessione fino al subentro del nuovo concessionario.

Si ribadiva, ancora, che solo lo Stato ha la facoltà di legiferare in materia di grandi derivazioni soggette ad accordi internazionali e che le Regioni hanno facoltà di emanare, per quanto di loro competenza, disposizioni legislative diverse da quanto introdotto con la norma in questione.

Molto importante è la norma per cui qualora alla data di scadenza di una concessione non sia ancora concluso il procedimento per l’individuazione del

²⁸¹ Verosimilmente, operando una lettura combinata delle norme ricordate, la modifica in commento trova applicazione esclusivamente per tutte le concessioni che, aventi naturale scadenza dopo il 31 dicembre 2010, avevano avviato nel 2006-2007 la procedura di ammodernamento dell’infrastruttura cinque anni prima del termine della concessione, al fine di ottenerne il rinnovo.

²⁸² La proroga ulteriore di sette anni era specificamente prevista per le concessionarie aventi forma di società per azioni a composizione mista pubblico-privata partecipate per una quota minima del 30% ed una massima del 40% del capitale sociale dalle provincie e/o da società da queste controllate. L’ulteriore proroga decorreva «dal termine della concessione quale risultante dall’applicazione delle proroghe» per cinque anni appena indicata. Di conseguenza, tali concessionarie godevano di un peculiare trattamento di favore che ne dispone la proroga della concessione per un totale di 12 anni rispetto la naturale scadenza.

nuovo concessionario, il concessionario uscente proseguirà la gestione della derivazione, fino al subentro dell'aggiudicatario della gara²⁸³.

Proprio sulla base di tale norma molte delle concessioni tuttora in essere sono state prorogate in attesa delle gare che, come vedremo, non sono ancora state realizzate.

9. Le osservazioni dell'AGCM alla normativa del 2010 (osservazione n. AS730 del 23 luglio 2010)

Le suddette norme soprattutto nella parte in cui prevedevano la doppia proroga e il *favor* per le società a partecipazione pubblica non potevano non suscitare nuovamente l'intervento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che intervenne a pochi mesi di distanza (la normativa era del febbraio 2010) con l'osservazione AS730 del 23 luglio 2010.

Per tale autorità pur trattandosi di c.d. "norme cedevoli", destinate cioè a perdere efficacia in caso di approvazione di nuove disposizioni regionali, la normativa del 2010 non potrebbe non suscitare forti perplessità dal momento che «essa reintroduce fittiziamente una preferenza per il concessionario uscente e gli enti locali (e/o società di enti locali) che la procedura di infrazione comunitaria aveva inteso eliminare e che era stata già oggetto di rilievo nei precedenti citati interventi di segnalazione dell'Autorità ex articolo 21 della legge n. 287/90.

In altri termini, la prevista costituzione di società miste tra concessionario uscente e provincia (o azienda controllata dall'ente locale) si tradurrebbe in un aggiramento della modifica normativa resasi necessaria dall'avvio della procedura d'infrazione comunitaria, volta proprio ad eliminare ingiustificati favor riconosciuti a concessionari uscenti e/o aziende controllate da enti locali. In questo contesto, la previsione della procedura di gara per la scelta del socio privato nella società mista costituita dalla provincia non attenuerebbe, né tanto meno risolverebbe gli evidenziati effetti distorsivi e restrittivi della concorrenza»²⁸⁴.

²⁸³ Si tratta dell'art. 12, comma 8-*bis*, D. Lgs. 16 marzo 1999, n. 79 aggiunto appunto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 15, comma 6 ter, lett. e) coordinato con la legge di conversione 30 luglio, n. 122 del 2010.

²⁸⁴ AGCM, parere 23 luglio

Le obiezioni sollevate riguardavano, in particolare, la proroga di cinque anni per le concessioni allora vigenti (introdotta per avere il tempo necessario ad effettuare le gare di assegnazione e per garantire ai concessionari un giusto ritorno economico per gli investimenti effettuati), la proroga di ulteriori sette anni, in aggiunta ai cinque di cui sopra, per le concessioni in capo a società a partecipazione azionaria mista Provincia-privati (introdotta per consentire la sperimentazione di compartecipazioni nella gestione) e l'importanza delle idonee misure di compensazione territoriale nella valutazione dei piani presentati per il rilascio delle concessioni durante le gare di assegnazione.

L'Antitrust evidenziava come mentre la proroga di cinque anni per le concessioni in scadenza a fine 2010, slittate quindi a fine 2015, fosse coerente con quanto il "*Decreto Bersani*" ha previsto allo scopo di garantire un tempo sufficiente per lo svolgimento delle gare di assegnazione e per il ritorno degli investimenti, al contrario non fosse però giustificata una proroga completa di cinque anni per le concessioni in scadenza dopo tale data in quanto, iniziando le procedure per l'assegnazione delle nuove concessioni nello stesso momento di quelle in scadenza entro il 2010, si riuscirebbe a concludere l'iter procedurale ed il ritorno degli investimenti entro il 2015.

In definitiva tutte le concessioni, indipendentemente dalla data di scadenza, non dovrebbero essere prorogate in nessun caso oltre la fine del 2015.

Gli investimenti non del tutto ammortizzati dal concessionario uscente, potrebbero essere posti a base d'asta durante la gara di assegnazione.

La proroga di ulteriori sette anni precedentemente descritta risultava, per l'Autorità, invece, completamente ingiustificata.

In particolare appare geograficamente discriminatoria per quanto riguarda l'assegnazione della proroga solamente ad alcune Province del Norditalia e sembra inoltre introdurre una specie di preferenza per gli Enti locali (le Province o le società da esse controllate), aggirando quanto disposto dal Parere motivato della Commissione europea del 7 gennaio 2004 e dalle normative adottate per recepire tale parere.

Le idonee misure di compensazione territoriale apparivano, infine, eccessivamente generiche nella formulazione e quindi soggette a possibili precisazioni future da

parte delle Regioni le cui norme risultano troppo restrittive o discrezionali, limitando quindi la parità tra gli operatori interessati.

Tali misure avrebbero dovuto essere maggiormente oggettive nell'indicare, ad esempio, la dimensione, le caratteristiche o l'impatto ambientale degli impianti.

10. La procedura d'infrazione contro la normativa del 2010 (lettera di costituzione in mora n. C(2011) 1450 del 14 marzo 2011)

A pochi mesi di distanza dall'autorità garante della concorrenza e del mercato interveniva anche la Commissione europea.

Ed infatti, nel settembre 2010 i servizi della Commissione europea chiedevano, con la lettera del 8 settembre 2010 informazioni supplementari alle autorità italiane circa l'applicazione e l'interpretazione della Legge 122/2010 nella parte riguardante le concessioni idroelettriche.

La risposta italiana, datata 12 novembre 2010 spiegava come la normativa adottata avesse prodotto il risultato voluto: l'avvio da parte delle amministrazioni competenti delle procedure per l'effettuazione delle gare di assegnazione per il rilascio delle concessioni e la proroga di cinque anni per le concessioni.

Il provvedimento normativo necessitava di un'emanazione urgente a fronte della scadenza ravvicinata di molte delle concessioni e del fatto che la precedente normativa al riguardo era stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale italiana.

La lettera di risposta dello Stato italiano precisava inoltre che quanto disposto andava applicato alle sole concessioni in scadenza a fine 2010.

Avendo la stampa locale poi riferito che alcuni cittadini sudtirolesi avevano presentato ricorso alla Commissione europea contro le Province autonome di Trento e Bolzano in merito alla proroga (e quindi senza gara di assegnazione) delle concessioni per le grandi derivazioni a scopo idroelettrico nel territorio regionale, che avrebbe violato le norme comunitarie relative alla gara pubblica la Commissione europea decideva di aprire la procedura di infrazione n. 2011/2026, procedura che non riguarda, tuttavia, la legislazione provinciale, bensì quella

nazionale, in particolare il citato articolo 15, comma 6-ter, lettera b), del Decreto Legge 78/2010, come modificato dalla Legge 122/2010²⁸⁵.

La Commissione europea sottolineava come tale articolo, prevedendo la proroga di cinque anni ai concessionari uscenti, andasse contro il principio della libertà di stabilimento (articolo 49 del Trattato FUE).

La proroga conferiva, infatti, una posizione privilegiata agli attuali concessionari dal momento che, evitando la procedura di gara, si impediva ad altre società, nazionali ed internazionali, di presentare domanda per il rilascio delle concessioni.

La Commissione europea ribadiva come, secondo la Corte di giustizia, fosse sufficiente che la preferenza introdotta favorisse uno o più operatori nazionali rispetto agli altri per determinare restrizioni alla libertà di stabilimento prevista dal TFUE.

Non si riscontravano, inoltre, motivazioni valide per consentire le deroghe previste dagli articoli 51 (attività partecipanti all'esercizio dei poteri pubblici) e 52 (attività di pubblica sicurezza, sanità pubblica o minaccia per gli interessi della collettività) del TFUE: l'attività di produzione dell'energia elettrica risulta attribuibile ad operatori privati, e quindi non in deroga ai sensi dell'articolo 51, e non configura attività di sicurezza o di sanità pubblica, e quindi non in deroga ai sensi dell'articolo 52.

Inoltre le disposizioni adottate per la proroga non sembravano proporzionali all'obiettivo di interesse generale perseguito.

La Commissione europea evidenziava, inoltre, come l'indizione delle gare di assegnazione per il rilascio delle concessioni richiedesse un tempo inferiore ai cinque anni presupposti dalla proroga (a partire dalla sentenza della Corte costituzionale del 2008 si sarebbero potute effettuare le procedure di gara anche per le concessioni in scadenza a fine 2010).

²⁸⁵ Si tratta della norma più volte citata nei paragrafi precedenti (lettera b) del comma 6-ter dell'articolo 15 del Decreto Legge 78/2010 che introduce il comma 1-bis nell'articolo 12 del Decreto Legislativo 79/) il quale stabilisce che le concessioni per grandi derivazioni a scopo idroelettrico sono prorogate di cinque anni, per consentire alle amministrazioni competenti di indire le gare di assegnazione e per garantire un giusto indennizzo ai concessionari uscenti per gli investimenti effettuati.

Le proroghe, inoltre, avrebbero dovuto essere rilasciate proporzionalmente alla data di scadenza della concessione, considerando di iniziare da subito l'avvio delle procedure per la gara d'assegnazione.

Dal punto di vista degli investimenti effettuati dai concessionari, la proroga avrebbe dovuto essere rilasciata in maniera proporzionale alla valutazione dei suddetti investimenti e del conseguente indennizzo necessario.

Da ultimo la Commissione europea sottolineava come la lettera d) dell'articolo 15, che prevedeva una proroga di ulteriori sette anni oltre ai cinque già menzionati per le società concessionarie miste Province-privati, configurasse una reintroduzione della già contestata preferenza a favore degli Enti locali.

Per questi motivi la Commissione europea sosteneva la violazione del Trattato FUE da parte dell'articolo 15, comma 6-ter, lettera b), del Decreto Legge 78/2010, come modificato dalla Legge 122/2010, e invitava il Governo italiano a trasmettere osservazioni in merito entro due mesi.

Con tale decisione la Commissione si allineava, peraltro, a quanto era stato deciso qualche anno prima dalla Corte di Giustizia in relazione alla vicenda delle concessioni per il servizio di distribuzione del gas naturale²⁸⁶: in quell'occasione la Corte di Giustizia aveva stabilito da una parte che la proroga, comportando il rinvio dell'assegnazione di una concessione mediante la procedura ad evidenza pubblica, si dimostra idonea a concretare una disparità di trattamento fra le imprese comunitarie e per questo una violazione del diritto comunitario²⁸⁷ e, dall'altra, il principio della certezza del diritto non soltanto consente ma altresì esige che la risoluzione ex lege della concessione "sia corredata da un periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti

²⁸⁶ Corte Giust., II sezione, 17 luglio 2008 (C-347/06). Su tale questione v. G. F. LICATA, *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv.it.dir.pubb.com.*, 2011, 523ss.

²⁸⁷ Paragrafi 62 e 63

contrattuali a condizioni accettabili sia dal punto di vista delle esigenze del servizio pubblico sia dal punto di vista economico"²⁸⁸.

11.La sentenza della Corte Costituzionale n. 205 del 2011: nelle materie di competenza concorrente lo Stato deve occuparsi solo dei principi fondamentali

La normativa del 2010 oltre ad essere censurata dalla Autorità garante della Concorrenza e del mercato e dalla Commissione europea veniva poi sottoposta al vaglio anche della Corte Costituzionale che ne provvedeva all'annullamento²⁸⁹.

Il ricorso veniva proposto dalla Regione Liguria che, appunto, impugnava i commi 6-ter, lettera b) e d) e 6-quater del Decreto Legge 78/2010, divenuto Legge 122/2010 ritenendo che lo Stato fosse intervenuto con norme di dettaglio su una materia di competenza concorrente in cui avrebbe dovuto limitarsi solo a indicare i principi generali (la Regione Emilia Romagna si limitava all'impugnazione del solo comma 6-quater).

Come si è detto la norma di cui al comma 6-ter dell'articolo contestato era quella che introduceva la proroga di cinque anni per le concessioni attualmente in vigore, al fine di garantire un equo indennizzo al concessionario uscente e di avere il tempo necessario all'indizione delle gare di assegnazione.

Il comma 6-quater stabiliva, invece, che quanto disposto si sarebbe dovuto applicare fino all'adozione di disposizioni regionali in merito, per quanto di competenza.

²⁸⁸ Paragrafo 71. Tale principio veniva confermato anche dalla giurisprudenza nazionale: v. ad es. Cons. Stato, 26 luglio 2010, n. 4873 e Cons. Stato, 21 maggio 2010, n. 3216 che hanno, appunto, confermato la legittimità delle proroghe.

²⁸⁹ Cfr. sul punto A. M. BASSO, *Concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico tra produzione di energia e tutela della concorrenza: norme statali di dettaglio e competenze amministrative regionali*, in *Dir.giur.agr.alim e dell'ambiente*, 2011, 625ss. e M. DE FOCATIIS, *Il sindacato della Corte Costituzionale sulle decisioni di politica energetica italiana: nuovi spazi per il mercato e per la libertà di impresa?*, in *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali* (a cura di A. Maestroni e M. De Focatiis), 2012, 53.

La Corte Costituzionale riteneva che le disposizioni impugnate in quanto attengono alla durata ed alla programmazione delle concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico, dovessero essere senz'altro ascritte alla materia «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia», attribuita alla competenza legislativa concorrente.

Esse infatti “pongono un precetto specifico e puntuale - prevedendo la proroga automatica di dette concessioni” e pertanto “si configurano quali norme di dettaglio”²⁹⁰.

Sempre per la Corte non vale l'argomento avanzato dalla difesa dello Stato per cui il principio sarebbe comunque rispettato essendo previsto che l'applicazione delle norme statali valga solo fino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle Regioni (cosiddetta clausola di "cedevolezza")²⁹¹.

Sempre per la Corte “pur senza affrontare la complessa tematica della generale ammissibilità, dopo la riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, delle norme statali "cedevoli" in ambiti devoluti alla potestà legislativa regionale, nel caso in esame, è sufficiente la considerazione che il presupposto addotto dalla Presidenza del Consiglio dei ministri a giustificazione dell'emanazione di dette norme - vale a dire l'esigenza di colmare, per il tempo necessario all'emanazione della normativa regionale, un vuoto legislativo nell'applicazione di principi fondamentali statali - in concreto non sussiste”²⁹².

²⁹⁰ Del resto come si ricorderà la stessa Corte nella già ampiamente esaminata sentenza n. 1 del 2008, nel vagliare la legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 483 e seguenti, della legge n. 266 del 2005 - i quali prevedevano la proroga delle concessioni idroelettriche ed i meccanismi per la sua operatività - aveva ricondotto disposizioni analoghe a quelle in esame alla menzionata materia e ne aveva riconosciuto il carattere dettagliato, con conseguente pronuncia di illegittimità costituzionale.

²⁹¹ Per l'Avvocatura generale, in sostanza, le richiamate disposizioni si giustificerebbero in quanto volte ad assicurare l'applicazione dei principi generali in materia, in attesa dell'intervento del legislatore regionale.

²⁹² La proroga di cinque anni prevista dal comma 6-ter, lettera b), dell'art. 15 in esame, è, invero, dichiaratamente finalizzata a consentire il rispetto del termine per l'indizione delle procedure ad evidenza pubblica, in conformità di quanto previsto dal decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il

Le disposizioni impugnate, peraltro, sarebbero incoerenti rispetto ai principi generali, stabiliti dalla legislazione statale, della temporaneità delle concessioni e dell'apertura alla concorrenza, contrastando con i principi comunitari in materia: seppure per un periodo temporalmente limitato, esse «impediscono] l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori»²⁹³.

In particolare, la previsione della proroga di ulteriori sette anni, rispetto ai cinque di cui al comma 1-bis, lettera d) del comma 6-ter dell'art. 15 impugnato, a favore delle concessionarie-società per azioni a composizione mista pubblico-privata partecipate per una quota minima del 30 per cento e massima del 40 per cento del capitale sociale dalle province e/o da società controllate dalle medesime, si muove in una direzione contraria alle indicazioni fornite a livello comunitario, (procedura d'infrazione IP/05/920), volte ad eliminare un ingiustificato *favor* riconosciuto a concessionari uscenti e/o aziende controllate da enti locali.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il criterio di riparto di competenze delineato dall'art. 117, terzo comma, Cost., non sarebbe temperato, nel caso in

mercato interno dell'energia elettrica), ed a recuperare il costo degli investimenti per gli interventi di ammodernamento effettuati dai concessionari, ai sensi dell'art. 1, commi 486 e 487, della legge n. 266 del 2005, al fine dell'ottenimento della proroga. Tuttavia, a ben vedere, la prima finalità - quella di consentire il graduale espletamento delle procedure di evidenza pubblica imposte dal diritto comunitario e, quindi, di evitare uno iato temporale nell'erogazione del servizio - è, in realtà, perseguita, dal successivo comma 6-ter, lettera e), che consente al concessionario uscente di proseguire la gestione della derivazione fino al subentro dell'aggiudicatario della gara, se alla data di scadenza della concessione non sia ancora concluso il procedimento per l'individuazione del nuovo gestore. Riguardo all'ulteriore finalità, in armonia con quella dichiaratamente perseguita dalla manovra in esame, del «contenimento della spesa pubblica», il recupero degli investimenti effettuati dai concessionari, attraverso detta proroga, è volto ad evitare che lo Stato venga esposto a richieste di indennizzi da parte dei suddetti concessionari. Questo intento del contenimento della spesa pubblica emerge anche con maggiore evidenza laddove si consideri il successivo comma 6-quinques dell'art. 15, il quale prevede che le somme incassate dai Comuni e dallo Stato, versate dai concessionari delle grandi derivazioni idroelettriche, antecedentemente alla sentenza di questa Corte n. 1 del 2008, siano definitivamente trattenute dagli stessi Comuni e dallo Stato.

²⁹³ Si richiamano le sentenze n. 340, n. 233 e n. 180 del 2010.

esame, dall'esigenza, sostenuta dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, di dare attuazione ai principi generali posti dalla legislazione statale in materia, i quali, peraltro, pongono obiettivi non perfettamente in linea con quelli perseguiti dalle norme impugnate.

Ne consegue la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 15, commi 6-ter, lettere b) e d), e 6-quater - quest'ultimo nella parte in cui prevede che le disposizioni del comma 6-ter, lettere b) e d), si applicano fino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle Regioni, per quanto di loro competenza - del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010.

I ricorsi venivano esaminati dalla Corte costituzionale l'8 giugno 2011 e il giudice delle leggi con sentenza n. 205 del 2011 dichiarava incostituzionali anche le disposizioni "cedevoli" di cui al citato art. 15 l. 122 del 2010 ritenendo che esse fossero "incoerenti rispetto ai principi generali, stabiliti dalla legislazione statale, della temporaneità delle concessioni e dell'apertura alla concorrenza, contrastando con i principi comunitari in materia: seppure per un periodo temporalmente limitato, esse «impediscono» l'accesso di altri potenziali operatori economici al mercato, ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra imprenditori"²⁹⁴.

In sostanza la previsione di una proroga delle concessioni in atto, per il giudice delle leggi, costituisce una norma di dettaglio ed è perciò lesiva delle competenze regionali; la gara pubblica resta infatti uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza.

In conclusione lo Stato, in materia di competenza concorrente, ha solo il potere di stabilire i principi fondamentali della materia e tali non possono essere considerati né le norme sulle proroghe né, tantomeno, quello sulle modalità di gara che devono essere regolate da norme di carattere regionale.

²⁹⁴ Si richiamavano al riguardo le sentenze della medesima Corte Costituzionale n. 340, n. 233 e n. 180 del 2010.

12. Il testo vigente e il problema degli indennizzi al concessionario uscente: l'art. 37 del d.l. n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134/2012, la bozza del decreto ministeriale e il parere dell'AGCM del 2 ottobre 2013

L'art. 12 del decreto Bersani su cui erano intervenute la finanziaria del 2006 e la normativa del 2010 veniva, da ultimo, anche alla luce dei suddetti interventi, ulteriormente modificato dall'art. 37 del d.l. n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134 dello stesso anno²⁹⁵.

Con riferimento alle modalità di scelta dei nuovi gestori, il testo dell'art. 12 dispone che, per le concessioni in scadenza dopo il 31 dicembre 2017, cinque anni prima delle predette scadenze e nei casi di decadenza, rinuncia e revoca delle precedenti concessioni, fermo restando quanto previsto dal comma 4 sulla relativa compatibilità con la tutela della risorsa e ove non ritengano sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso dell'acqua, incompatibile con quello idroelettrico, le regioni e le province autonome, cui è ormai devoluta la competenza generale in materia secondo quanto stabilito da apposito decreto legislativo, dovrebbero (e in diversi casi avrebbero ormai dovuto) indire una gara ad evidenza pubblica nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza, non discriminazione e assenza di conflitto di interessi, per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata da venti anni fino ad un massimo di trenta anni, rapportato all'entità degli investimenti ritenuti necessari, avendo riguardo all'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza, alle misure di compensazione territoriale, alla consistenza e qualità del piano di interventi per assicurare la conservazione della capacità utile di invaso e, prevalentemente, all'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica e all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata.

Attualmente, quindi, il sistema può essere così sinteticamente ricostruito: innanzitutto le concessioni rilasciate all'ENEL scadono nel 2029.

²⁹⁵ Sul punto si veda M. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi* 2013

Le concessioni rilasciate ad altri soggetti e scadute alla data di entrata in vigore del d. lgs. n. 79 del 1999 o in scadenza entro il termine del 31 dicembre 2010 sono state prorogate fino a quest'ultima data e dunque, all'esito della dichiarazione di incostituzionalità delle successive proroghe, sono ormai scadute da quasi due anni e mezzo.

Tuttavia, e in modo assai singolare, sono in fatto tuttora operanti in forza del complesso meccanismo previsto per avviare le procedure di selezione dei nuovi concessionari, all'unica condizione che i relativi titolari ne abbiano dato comunicazione all'amministrazione concedente entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto.

Il punto chiave è il decreto interministeriale previsto dall'art. 37 del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 8 che modifica l'art. 12 comma 2 del decreto Bersani.

Il decreto interministeriale di futura emanazione dovrebbe definire, da una parte, le modalità di svolgimento delle future gare per l'attribuzione delle concessioni di grande derivazione idroelettrica e, dall'altra, individuare i criteri ed i valori per la definizione dei corrispettivi che il gestore uscente deve ricevere per i beni materiali compresi nel ramo d'azienda ("opere asciutte"), valutati al costo di ricostruzione a nuovo, diminuito dell'ordinario degrado, nonché l'importo per le cd "opere bagnate" (dighe, condotte ecc.), valutate al costo storico rivalutato, diminuito dell'ordinario degrado²⁹⁶.

²⁹⁶ L'art. 12 comma 2 del d.lgs. 79/1999 prevede che "il Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, determina, con proprio provvedimento ed entro il 30 aprile 2012, i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri ed i termini concernenti la procedura di gara in conformità a quanto previsto al comma 1, tenendo conto dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo. Con lo stesso decreto sono stabiliti i criteri e i parametri per definire la durata della concessione in rapporto all'entità degli investimenti, nonché, con parere dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, i parametri tecnico-economici per la determinazione del corrispettivo e dell'importo spettanti al concessionario uscente, ed è determinata la percentuale dell'offerta economica di cui al comma 1, presentata dal soggetto risultato aggiudicatario, da destinare alla riduzione dei costi dell'energia elettrica a beneficio della generalità dei clienti finali, secondo modalità definite nel medesimo decreto".

Una bozza del predetto decreto ministeriale²⁹⁷ è stata predisposta dal Ministero dello Sviluppo economico e su di essa l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua adunanza del 2 ottobre 2013 ha espresso il suo parere negativo (AS1089 – gare per l’attribuzione di concessioni idroelettriche).

Dato che il sistema elaborato dalla bozza di decreto era, infatti, in sostanza, quello di far stabilire al gestore uscente l’indennizzo da corrispondere da parte del gestore entrante, ciò non poteva non essere rilevato criticamente dall’AGCM.

Ed infatti nel parere dell’ottobre 2013 indicato l’Autorità rileva che “affinché le gare possano determinare l’auspicato risultato di massimizzazione dell’efficienza nelle gestioni, l’entità complessiva degli indennizzi che il gestore uscente riceverà dall’eventuale entrante vincitore della gara costituisce un elemento di cruciale importanza. La concreta quantificazione di questi corrispettivi, infatti, può rappresentare un’elevata barriera economica all’entrata e correlativamente un vantaggio competitivo significativo per il gestore uscente”.

Al riguardo l’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato osserva in primo luogo “come la bozza di decreto preveda che il gestore uscente sia tenuto a produrre all’amministrazione concedente, al fine della predisposizione del bando e del disciplinare di gara, un documento denominato “rapporto di fine concessione” (articolo 4) che contenga tra l’altro una serie di perizie sul valore dei beni da trasferire al gestore entrante. Tali perizie, effettuate da esperti nominati (e pagati) dal gestore uscente, è previsto che siano rese in contraddittorio con l’amministrazione concedente (Regione o Provincia autonoma). Le modalità individuate prevedono, dunque, che il valore dei corrispettivi derivi sostanzialmente da un “accordo” tra gestori uscenti e amministrazioni concedenti, sul presupposto di una contrapposizione di interessi tra questi due soggetti. L’utilizzo di “perizie giurate” (ancorché di parte) è prevista dalla bozza di decreto anche con riferimento alla concreta modalità di definizione del costo storico rivalutato delle opere bagnate nei casi di assenza di documentazione fiscale/contabile o di impossibilità di utilizzo del costo di impianti similari”.

²⁹⁷ Recante attuazione dell’articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, da ultimo modificato dall’articolo 37, comma 4, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

In sostanza pare singolare per l'Autorità che il valore degli indennizzi per il concessionario uscente (una parte del "prezzo" che il candidato entrante deve pagare per avere la concessione) derivi da un accordo tra il concessionario uscente e le amministrazioni concedenti.

Sempre per l'Autorità "un secondo aspetto critico contenuto nella bozza di decreto (ed in particolare nei due allegati) riguarda la modalità di definizione del fattore di "ordinario degrado" da portare a riduzione sia del costo storico rivalutato delle opere bagnate sia del valore al costo di ricostruzione delle opere asciutte.

In particolare, anche in questo caso si prevede l'individuazione tramite una perizia di parte (ancorché in contraddittorio con l'amministrazione concedente) della vita residua delle opere, con l'effetto, tra l'altro, di utilizzare una vita utile degli impianti non standardizzata (ed inoltre non necessariamente armonizzata con i criteri di ammortamento economico tecnico degli impianti desumibile dai dati contabili e/o fiscali come in genere avviene nella prassi regolatoria).

Si osserva che un allungamento eccessivo della vita utile delle opere (in particolare in caso di interventi di manutenzione delle opere) potrebbe risultare particolarmente vantaggioso per il concessionario uscente (dal momento che tenderebbe a ridurre il fattore di degrado da detrarre al valore di rimborso)".

Anche in questo caso non sembra giusto, per l'Autorità, che il gestore uscente d'intesa con le amministrazioni decida in ordine alla "vita utile" delle opere che costituisce la seconda parte del prezzo che il concessionario deve pagare (più vita ha davanti a sé l'opera più il gestore entrante dovrà pagare...).

Con riferimento a questi due aspetti, quindi, l'Autorità ritiene che "tale modalità "negoziale" (sulla base di perizie di parte condivise con l'amministrazione concedente) di individuazione sia dei valori dei cespiti sia del fattore di ordinario degrado da portare in riduzione al valore non tuteli a sufficienza i potenziali partecipanti alla gara dalla possibilità che vengano definiti valori degli indennizzi da riconoscere al concessionario uscente arbitrariamente elevati proprio al fine di disincentivare la partecipazione".

Il principio di fondo espresso dall'Autorità è che il valore dei beni ("il prezzo" della concessione) deve essere determinato da terzi: ed infatti si propone la soluzione di affidare ad un ente terzo ed indipendente come ad es. l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas il compito di nominare i periti.

All’Autorità, peraltro, dal momento che sono molto diffuse nel settore idroelettrico situazioni che vedono la presenza di rapporti tra stazioni appaltanti e gestori uscenti sia sotto forma di partecipazione diretta sia di creazione di imprese comuni, “non pare soddisfacente nemmeno una soluzione alternativa che si limiti a prevedere che tali perizie siano commissionate dall’amministrazione concedente (con la spesa a carico del gestore uscente o della procedura di gara)”.

Vi è poi il profilo della tutela del consumatore finale.

Per l’AGCM, infatti, “il rischio di definizione di indennizzi per il concessionario uscente elevati ed arbitrari, oltre che poter pregiudicare lo svolgimento efficiente delle gare, potrebbe anche avere come effetto quello di impedire il pieno operare di una previsione, contenuta nella bozza di decreto, in virtù della quale una percentuale del 60% dell’offerta economica formulata in sede di gara dall’impresa aggiudicatrice sia da questa versata alla Cassa Conguaglio per ridurre i costi dell’energia elettrica, ovvero ai consumatori finali (sotto forma di riduzione della cd componente A3 della bolletta)”.

In sostanza, per tale bozza di decreto, è senz’altro positivo che una parte dell’offerta del gestore entrante venga “girata” ai consumatori finali, ma, viceversa, ciò costituisce un ulteriore vincolo finanziario per i gestori entranti comportando un ulteriore rilevante aumento dell’indennizzo che essi debbono versare²⁹⁸.

Ancora per l’Autorità “sempre al fine di minimizzare l’impatto sul grado di concorrenzialità delle gare del corrispettivo da riconoscere al gestore uscente, si ritiene che, simmetricamente alle modalità con cui le imprese aggiudicatrici della concessioni riconoscono i canoni di concessione agli Enti locali concedenti, si possa

²⁹⁸ Si tratta, ad avviso dell’Autorità, di una norma positiva che indirizza parte della “rendita idroelettrica” ai consumatori finali, gravati di un costo dell’energia elettrica superiore alla media europea. Tuttavia, si osserva come, tenuto conto che i partecipanti alle future gare sono soggetti ad un vincolo finanziario che ne limita le capacità economiche, l’elevatezza del corrispettivo per il gestore uscente opererebbe nella direzione di limitare le loro offerte economiche (e dunque anche la percentuale da devolvere alla componente A3). Rileva in tal senso anche il fatto che l’ente locale percepisce solo il 40% dell’offerta economica (tanto più nei ricordati casi di rapporti tra stazione appaltante e vecchio gestore). È dunque importante anche a questo fine che il decreto limiti la discrezionalità e l’arbitrarietà nella definizione di tali corrispettivi.

prevedere che i corrispettivi da riconoscere al gestore uscente siano corrisposti dal gestore entrante in rate annuali, piuttosto che in un'unica soluzione. Tale misura avrebbe il pregio di abbassare il peso del descritto onere asimmetrico".

In ordine a questo punto, in sostanza l'AGCM propone che i gestori entranti debbano pagare l'indennizzo a rate annuali piuttosto che in un'unica soluzione.

Si auspica, poi, una disciplina transitoria per quanto concerne la parte del decreto riguardante le modalità di svolgimento della gara.

Ed infatti, l'art. 3, comma 10 della bozza di decreto prevede che le amministrazioni competenti comunichino, entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto, "l'elenco delle concessioni da attribuire, delle concessioni in essere, la loro potenza, durata, data di scadenza e l'eventuale esercizio provvisorio in atto".

Per l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato tale previsione potrebbe generare incertezza con riferimento alle eventuali domande di rilascio di una nuova concessione, già presentate ai sensi del R.D. del 1933 (TU delle Acque) e pendenti alla data di entrata in vigore del decreto, riguardo alla loro procedibilità con la disciplina del Testo Unico delle Acque e, quindi, si suggerisce che il decreto affronti la questione delle domande presentate (prevedendo una norma transitoria o azzerando tutte le domande presentate) in maniera da eliminare possibili motivazioni di ricorso che rischiano di rappresentare un obiettivo ostacolo allo svolgimento delle future gare.

Al momento in cui viene depositato questo contributo non risulta che il decreto interministeriale che dovrebbe stabilire le condizioni di gara sia stato formalmente emanato.

13. La Corte Costituzionale frena le fughe in avanti delle Regioni: la sentenza n. 339/2011

Nell'attesa che si proceda all'emanazione di tale decreto alcune Regioni hanno legiferato ma i relativi provvedimenti sono stati prontamente annullati dalla Corte Costituzionale²⁹⁹.

²⁹⁹ Su di essa v. M. DE FOCATIIS, *Il sindacato della Corte Costituzionale sulle decisioni di politica energetica italiana: nuovi spazi per il mercato e per la libertà di impresa?*, in *Politica*

Con la legge regionale n. 10 del 23 dicembre 2010 la Regione Lombardia aveva stabilito all'art. 53 che "in assenza e nelle more dell'individuazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi e dei parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata concernenti le procedure di gara, di cui all'art. 12 comma 2 del d.lgs. 79/1999" si sarebbe potuto provvedere autonomamente a determinare i suddetti requisiti e parametri (peraltro) entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della suddetta legge.

Tale disposizione era stata impugnata avanti alla Corte Costituzionale sul presupposto che con essa il legislatore regionale avrebbe invaso l'esclusiva competenza statale in materia di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 117, comma 2 lett. e) Cost. ed effettivamente la Corte Costituzionale con sentenza 22 dicembre 2011, n. 339 ne ha dichiarato l'incostituzionalità³⁰⁰

La disposizione della legge lombarda non regolerebbe affatto il modo di produrre l'energia, secondo la difesa dello Stato, ma detterebbe soltanto misure incidenti sulle procedure di scelta del concessionario.

L'avvocatura dello Stato prosegue rilevando che la determinazione dei «requisiti organizzativi e finanziari minimi, dei parametri di aumento di energia prodotta e della potenza installata concernenti la procedura di gara, è un atto che, da un lato, è riconducibile alla indicata competenza statale in materia di tutela della concorrenza, dall'altro, interferisce su aspetti organizzativi, programmatori e gestori della materia, di competenza concorrente, della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117, comma 3 Cost.)»³⁰¹.

energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali (a cura di A. Maestroni e M. De Focatiis), 2012, 53-54.

³⁰⁰ Si noti che dato che la legge impugnata della Regione Lombardia si occupava di vari aspetti tra cui anche alcuni attinenti al rapporto di pubblico impiego i vari commenti alla sentenza stessa si sono occupati di più di queste ultime questioni: si veda ad es. A. CERRI, *L'autonomia regionale in tema di organizzazione e l'esclusiva competenza statale in tema di ordinamento civile: spunti e riflessioni a partire dalla sentenza n. 339 del 2011 della Corte Costituzionale*, in *Foro it.*, 2012, I, 1362 e in *Diritti lavori mercati*, 2011, 553 con nota di RUSSO.

³⁰¹ L'avvocatura dello Stato sul punto richiama la citata sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2008 (alla stregua della quale, come si è visto, la disciplina relativa

In ordine a tale potere, che potrebbe coinvolgere anche aspetti di gestione del territorio, si dovrebbe prevedere la necessità di riconoscere, a fianco dei poteri specifici degli organi dello Stato, anche un coinvolgimento sul piano amministrativo delle Regioni.

A tale indicazione della giurisprudenza costituzionale il legislatore statale avrebbe ottemperato, introducendo la nuova formulazione dell'art. 12, comma 2 del decreto Bersani, come sostituito dal più volte citato art. 15 del d.l. n. 78/2010 convertito nella legge n. 122/2010, alla stregua del quale è demandata al Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unificata, la determinazione, entro il termine di sei mesi, dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, dei parametri e dei termini concernenti la procedura di gara, tenendo conto degli interessi strategici degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo.

Sempre per lo Stato l'art. 14, commi 7, 8, 9 e 10 della legge della Regione Lombardia n. 19 del 2010 violerebbe, poi, l'art. 117, comma terzo, Cost.

La normativa censurata, infatti, disporrebbe che gli impianti concernenti l'utilizzazione delle acque pubbliche demaniali delle grandi derivazioni idroelettriche sono direttamente conferiti a società pubbliche patrimoniali di scopo (comma 7); che la Regione, anche per il tramite di tali società, affida l'esercizio industriale di detti impianti mediante procedure di evidenza pubblica, ovvero direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata (comma 8); che le concessioni idroelettriche ricadenti nei territori delle Province montane, o delle Province che abbiano il 50 per cento del territorio ad una quota superiore a 500 metri sul livello del mare, siano affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata (comma 9); che la concessione per l'uso delle acque pubbliche è rilasciata, di diritto, in favore dei soggetti affidatari degli impianti.

Pertanto, tali disposizioni regionali verrebbero a prefigurare un sistema di affidamento di impianti afferenti alle grandi derivazioni idroelettriche e non,

all'espletamento delle gare ad evidenza pubblica rientra nella materia della tutela della concorrenza, spettante appunto alla competenza esclusiva dello Stato) e la sentenza Corte Cost. n. 401 del 2007.

invece, un sistema di affidamento tramite gare delle concessioni idroelettriche. Ciò si porrebbe in aperto contrasto con il regime di tali concessioni e dei relativi impianti, come prefigurato dall'art. 12 del citato d.lgs. n. 79 del 1999, nonché dall'art. 25 del regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici). Tali norme statali enuncerebbero principi fondamentali della materia di competenza concorrente "energia", sicché la loro violazione si tradurrebbe in violazione dell'art. 117, comma terzo, Cost.

La difesa regionale, dal canto suo, sottolineava che la disciplina relativa all'attribuzione delle grandi derivazioni e alla durata delle medesime è contenuta nell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, che stabilisce due principi fondamentali: 1) il titolo concessorio deve essere attribuito mediante gara pubblica; 2) la concessione è temporanea (si fa riferimento ad un periodo di durata trentennale).

Sempre la difesa regionale menziona poi la sentenza n. 1 del 2008 da cui si desumono i seguenti principi: a) il divieto di proroghe delle concessioni idroelettriche (ritenuto rilevante per le affermazioni circa la necessità di non procrastinare gli affidamenti delle concessioni mediante gare); b) i criteri per l'espletamento delle gare (rilevanti per le affermazioni in ordine alla competenza delle Regioni in materia e al necessario apporto delle stesse nella fissazione dei predetti criteri).

La difesa della resistente osserva ancora che, a seguito della sentenza indicata, il legislatore statale è nuovamente intervenuto sul citato art. 12, con il decreto-legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, che ha dettato il nuovo testo della norma ed ha previsto l'intesa con la Conferenza unificata (art. 15, comma 6-ter, aggiunto dalla legge di conversione).

La novella del 2010 ha introdotto, altresì, una cosiddetta "clausola di cedevolezza", stabilendo, con l'art. 6-quater, che le disposizioni dell'art. 15, comma 6-ter, le quali per l'appunto modificano l'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, si applicano fino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle Regioni, per quanto di loro competenza.

Ad avviso della Regione Lombardia, secondo il tenore letterale della citata norma, anche l'art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 79 del 1999 (e successive modificazioni), laddove stabilisce che il Ministero debba determinare, d'intesa con la Conferenza unificata, i requisiti per la gara, è soggetto alla predetta clausola di cedevolezza,

con la conseguenza che un intervento legislativo regionale in materia verrebbe a superare l'applicazione della norma menzionata.

In questo quadro, la censure mosse alla legge regionale non sarebbero fondate perché: "1) la tutela della concorrenza è materia trasversale, che non può azzerare ogni concorrente competenza legislativa regionale; 2) nel caso di specie la normativa regionale verrebbe perfettamente ad "incastonarsi" con quella statale, la quale ultima manterrebbe la sua forza per quanto attiene a tutti gli indirizzi di fondo pro-concorrenziali; 3) nel caso in esame proprio il legislatore statale, con apposita clausola di cedevolezza, avrebbe riconosciuto la competenza legislativa regionale; 4) la legge regionale, rafforzando la tutela della concorrenza, darebbe piena attuazione a vincolanti principi del diritto comunitario, i quali, in sua mancanza, rischierebbero di essere ulteriormente sacrificati".

Per la difesa regionale, in primo luogo, è ben vero che la giurisprudenza della Corte costituzionale avrebbe più volte affermato che la materia "tutela della concorrenza", data la sua natura trasversale e funzionale, non sarebbe illimitata³⁰² ma ciò non potrebbe escludere del tutto la potestà legislativa regionale³⁰³.

Sempre per la difesa regionale, in secondo luogo, nel caso di specie la norma generale andrebbe a porsi «in perfetta linea con i principi della legge statale, la quale, perlomeno in via di principio (non anche purtroppo nell'attuazione pratica) afferma la temporaneità della concessione e la necessità che vengano effettuate le gare pubbliche per il rilascio delle concessioni medesime (così dispone, come si è visto, art. 12, comma 1, d.lgs. n. 79 del 1999)».

³⁰² In particolare, si sarebbe riconosciuto (sentenza n. 430 del 2007) che la materia de qua non sarebbe di «estensione certa» ma presenterebbe i tratti di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti, essendo configurabile come «trasversale» (sentenza n. 401 del 2007) e caratterizzata da una portata ampia (sentenza n. 80 del 2006).

³⁰³ La stessa sentenza n. 1 del 2008 confermerebbe tali assunti, in quanto, pur collegando la definizione dei criteri per lo svolgimento delle gare relative alle concessioni di derivazioni idroelettriche alla competenza statale in materia di tutela della concorrenza, avrebbe riconosciuto anche come necessario il coinvolgimento delle Regioni nella definizione dei predetti criteri, e ciò in forza della coesistente competenza concorrente delle Regioni medesime in tema di energia e di gestione del territorio.

In terzo luogo lo stesso legislatore statale – e questo argomento sarebbe dirimente - avrebbe considerato la previsione contenuta nell'art. 12, comma 2, come cedevole, consentendo dunque al legislatore regionale non soltanto di intervenire in materia, ma anche di rendere inapplicabile la stessa norma statale una volta sostituita da una propria normativa regionale.

Infine la norma regionale censurata prevede che la Regione intervenga a determinare i requisiti concernenti la procedura di gara per l'affidamento delle concessioni, «in assenza» e «nelle more» dell'intervento dello Stato, sicché la legge regionale, attribuendo alla Regione stessa la competenza ad adottare i predetti requisiti se lo Stato rimane inerte, non farebbe altro che intervenire in favore della concorrenza, per consentire che le gare finalmente si svolgano³⁰⁴.

In sintesi, sotto questo primo profilo, la legge regionale starebbe attuando principi generali consolidati e pacifici del diritto comunitario proprio in materia di tutela della concorrenza, oltre tutto recepiti dal diritto interno. Essa, infatti, garantirebbe il duplice risultato che lo stesso art. 12 citato sembrava voler conseguire, cioè affidare le concessioni mediante gara ed assicurare l'effettiva temporaneità della durata dei rapporti concessori.

La legge regionale in questione risulterebbe conforme alle norme e ai principi del diritto comunitario, in quanto avrebbe come unico effetto quello di far cessare un'inerzia statale certamente in contrasto con quel diritto. Sotto questo aspetto, la censura potrebbe apparire perfino inammissibile per carenza d'interesse, ben potendo il Governo emanare finalmente il provvedimento previsto dall'art. 12, comma 2, e così rendere inapplicabile la legge regionale, che si attiva soltanto in caso d'inerzia e nelle more dell'adozione del provvedimento ministeriale.

Del pari non fondate, ad avviso della difesa regionale, sarebbero le censure mosse alla previsione di un sistema di affidamento degli impianti afferenti alle grandi

³⁰⁴ La Corte costituzionale, nel delimitare la materia trasversale della concorrenza, avrebbe ritenuto costituzionalmente legittime norme regionali emanate nell'esercizio di una competenza concorrente o residuale della Regione, qualora esse siano più rigorose o efficaci rispetto alle norme statali interposte proprio in materia di tutela della concorrenza (sono citate le sentenze n. 307 del 2009, n. 431 e n. 430 del 2007). Con la stessa sentenza n. 1 del 2008 la Corte avrebbe sottolineato, poi, come il procrastinare le gare pubbliche non consentirebbe di attuare i principi comunitari e sarebbe contrario alla tutela della concorrenza.

derivazioni idroelettriche e non, invece, alla previsione di un sistema di affidamento delle concessioni mediante gara³⁰⁵.

Il che sarebbe in contrasto con il regime delle concessioni idroelettriche stabilito dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, nonché dall'art. 25 del T. U. n. 1775 del 1933, costituenti principi fondamentali della materia "energia", di competenza legislativa concorrente, con violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost.

Ferma l'eccezione d'inammissibilità per il carattere generico della doglianza, la Regione afferma che se «il Governo intende sostenere (ciò che, in verità, non risulta con assoluta chiarezza) che nel caso di specie sia stato violato il principio per il quale le concessioni idroelettriche siano affidate mediante gara e che si voglia dar luogo a qualche forma di affidamento diretto, è di tutta evidenza che detta violazione non sussiste».

La normativa regionale intenderebbe prevedere proprio la celebrazione di gare pubbliche per affidamento delle concessioni in questione, in perfetta coerenza con quanto richiedono l'ordinamento comunitario e quello nazionale. La lettura del dettato normativo (da leggere nella sua interezza) dimostrerebbe che non soltanto non si deroga affatto agli obblighi di tenere il confronto competitivo, ma anzi si sblocca una situazione che finora lo ha impedito.

Il ruolo delle «società patrimoniali di scopo con partecipazione pubblica totalitaria incedibile» consisterebbe soltanto nell'essere titolari della mera proprietà pubblica degli impianti e delle pertinenze del demanio idrico che, divenendo oggetto della concessione, sarebbero anch'essi affidati al concessionario per la gestione³⁰⁶.

La difesa regionale richiama quindi il contenuto del comma 7, sottolinea che l'affidatario è individuato con procedura di gara ad evidenza pubblica (commi 2 e 8) e può essere anche una società a partecipazione mista pubblico-privata, a condizione che siano soddisfatti i requisiti prescritti dalle vigenti direttive

³⁰⁵ Si tratta dell'art. 14 della legge della Regione Lombardia n. 19 del 2010 (recte: art. 53-bis della legge regionale n. 26 del 2003), commi 7, 8, 9 e 10.

³⁰⁶ Non vi sarebbe stata, dunque, violazione dei principi fondamentali della materia, come stabiliti sia dall'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999 sia dall'art. 25 del T. U. n. 1775 del 1933. Al contrario, le norme regionali si muoverebbero nell'ambito dei predetti principi fondamentali, costituendone attuazione.

comunitarie e norme nazionali (comma 8). È richiamata, poi, la disciplina prevista, in deroga ai commi 2 e 8, per il caso in cui le concessioni di derivazione ricadano in un territorio montano per più della metà della sua superficie; in tal caso l'affidatario è una società mista pubblico-privata, partecipata dalla Provincia, purché il socio privato sia scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica (comma 9). La Regione, quindi, rilascia la concessione al soggetto affidatario selezionato mediante gara (comma 10).

Pertanto non vi sarebbe un sistema di affidamento di impianti, come sostiene la Presidenza del Consiglio, ma un sistema di affidamento delle concessioni mediante gara, sicché la Regione attuerebbe il disposto del citato art. 12, riprendendo peraltro un modello già presente nell'ordinamento statale (art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 per la gestione dei servizi pubblici locali, che prevede o la gara o la società a partecipazione mista, con la selezione del socio secondo procedure competitive).

Tale modello sarebbe coerente con i principi fondamentali del detto ordinamento, il quale ben conoscerebbe sia la possibilità che beni pubblici siano intestati a società in mano pubblica, sia che esso scelga la possibilità di conservare la proprietà di tali beni attraverso il conferimento di essi in una società pubblica. Questo non sarebbe un caso di affidamento diretto senza gara, perché essa sarebbe nel frattempo espletata per la scelta del gestore dell'attività economica, il quale avrà, nell'ambito del rapporto concessorio, anche il diritto di utilizzare tali beni (è richiamato, in proposito, l'art. 113 del T. U. enti locali).

Infine, proprio lo Stato avrebbe dato alla previsione dell'art. 12 citato, una configurazione cedevole, confermando implicitamente che il legislatore regionale, fermi restando i principi della materia, può disciplinare la stessa secondo moduli propri e differenti. La scelta del legislatore regionale, a favore di una modalità che rispetta il principio dell'affidamento mediante gara, nonché il principio del coinvolgimento degli enti locali nella proprietà degli impianti di derivazione, sarebbe dunque corretta.

Pertanto, le censure mosse dalla difesa statale circa presunte violazioni dell'art. 117, comma terzo, Cost., non sarebbero fondate.

Prive di fondamento sarebbero anche le censure mosse sotto altro profilo alle stesse disposizioni sopra citate (art. 14, commi 7, 8, 9, 10), in riferimento all'art. 117, commi primo, secondo lettere e) ed s), nonché all'art. 3 Cost.

In primo luogo l'affermazione - secondo cui il d.lgs. n. 85 del 2010 non varrebbe a giustificare l'intervento regionale, in quanto gli impianti in esso richiamati non rientrerebbero nella disponibilità della Regione - sarebbe inconferente ed inesatta. Inconferente, essendo stato dimostrato che il disegno del legislatore regionale sarebbe imperniato sulla accelerazione e gestione dei procedimenti di gara diretti ad affidare le concessioni per un tempo determinato; inesatta, in quanto gli impianti in oggetto rientrerebbero, come detto, nel demanio idrico così come individuato nelle fonti e nel diritto vivente.

Piuttosto, andrebbe considerato che la norma regionale (comma 7), laddove richiama il decreto relativo al federalismo demaniale, andrebbe interpretato nel senso che gli effetti di questo potranno prodursi soltanto a seguito dell'emanazione dei decreti attuativi, sicché solo dopo tale emanazione sarà possibile il conferimento dei beni nelle società di scopo.

Quanto all'asserita violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., non vi sarebbe nella normativa regionale alcun affidamento diretto, tale non essendo l'affidamento della concessione a società mista pubblico-privata, il cui socio è però scelto con procedimento di gara ad evidenza pubblica, con gara a doppio oggetto e con riserva al privato di una quota del capitale sociale che va dal 40 al 60 per cento (comma 9) e che, nella configurazione della società, riprende il comma 8 dell'art. 12 d.lgs. n. 79 del 1999.

Ad avviso della Regione, i principi posti a tutela della concorrenza sarebbero ugualmente rispettati nel caso di affidamento a società mista quando il socio privato sia selezionato con i detti criteri. Ciò sia per l'ordinamento comunitario³⁰⁷, sia per l'ordinamento nazionale³⁰⁸. In tali casi non si verificherebbe affatto un'esenzione dal principio dell'obbligatorietà della gara, ma soltanto un mutamento dell'oggetto di questa, la quale in ogni caso dovrebbe essere esperita, anche se non più per trovare il terzo concessionario e/o gestore del servizio, bensì il partner privato della società³⁰⁹.

³⁰⁷ Viene richiamata la comunicazione della Commissione sul partenariato pubblico-privato 2008/C91/02.

³⁰⁸ Viene richiamato il citato art. 23-bis.

³⁰⁹ Viene richiamata la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, del 15 ottobre 2010, n. 7533.

Le impugnate disposizioni regionali, quindi, non sarebbero invasive della materia relativa alla tutela della concorrenza, appartenente alla competenza esclusiva dello Stato, ma anzi presupporrebbero altrettante norme (e scelte finalistiche) compiute dalle leggi statali, alle quali darebbero corretto e armonico svolgimento.

Da ultimo, la Regione respinge la censura sollevata dal ricorrente in riferimento all'asserita violazione dell'art. 117, comma secondo, lettera s), sollevata con riguardo al solo comma 7 dell'art. 14 citato, eccependone l'inammissibilità per difetto di motivazione e l'infondatezza.

La Corte si pronuncia accogliendo entrambe le censure proposte dallo Stato.

In ordine alla prima (emanazione di norme di dettaglio sulle gare in attesa del decreto ministeriale) la Corte premette l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, allo Stato secondo i principi contenuti nell'art. 117, secondo comma, lettera e) Cost.

In particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza e parità di trattamento. La gara pubblica, dunque, costituisce uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza³¹⁰.

La Corte richiama la più volte citata sentenza n. 1 del 2008 nella quale aveva rilevato che il decreto con il quale il Ministero delle attività produttive, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, sentito il gestore della rete di trasmissione nazionale, determinava con proprio provvedimento i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata concernenti la procedura di gara, era un atto che, da un lato, era riconducibile alla indicata competenza statale in materia di tutela della concorrenza, dall'altro interferiva su aspetti organizzativi, programmatori e gestori della materia, di competenza concorrente, relativa alla produzione,

³¹⁰ Si citano le sentenze n. 401 del 2007 e n. 1 del 2008.

trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117, terzo comma, Cost.). In ordine a tale potere, idoneo a coinvolgere anche aspetti di gestione del territorio, andava riconosciuta la necessità di assicurare un potere specifico degli organi dello Stato, chiamati ad assicurare la concorrenza nel settore economico di riferimento, nonché interessi unitari alla produzione e gestione di una risorsa strategica come l'energia idroelettrica, ma, al contempo, anche la necessità di un coinvolgimento, sul piano amministrativo, delle Regioni (sentenza n. 383 del 2005)³¹¹.

Il legislatore statale intervenne, quindi, disponendo che si dovesse procedere all'emanazione di apposito decreto interministeriale che contenesse i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti la procedura di gara³¹².

Orbene, sempre secondo la Corte, dalla lettura coordinata della disposizione statale e della norma regionale censurata, emerge che quest'ultima demanda alla Regione Lombardia l'individuazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi e dei parametri di aumento dell'energia prodotta, concernenti le procedure di gara, individuazione che invece la citata norma statale (intervenuta, peraltro, prima di quella regionale) affida per l'appunto allo Stato.

³¹¹ Come si è visto a tali argomentazioni seguì la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 483, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2006), nella parte in cui non prevedeva un coinvolgimento delle Regioni nel procedimento finalizzato all'adozione del decreto ministeriale ivi previsto.

³¹² Si è più volte citato l'art. 15, comma 6-ter, lettera c), del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 122 del 2010, che, nel sostituire il comma 2 dell'art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999, così dispose: «Il Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, determina, con proprio provvedimento ed entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti la procedura di gara in conformità a quanto previsto al comma 1, tenendo conto dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo»

Ne deriva che la disposizione regionale incide direttamente sulla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica che, come sopra si è detto, spetta nella sua interezza alla competenza esclusiva dello Stato medesimo e da ciò discende che sussiste la denunciata violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.

Non giova addurre che la tutela della concorrenza è materia trasversale che, come tale, non può azzerare ogni concorrente competenza legislativa regionale.

Proprio nella sentenza n. 1 del 2008 si era infatti chiarito che il provvedimento previsto dall'art. 12, comma 2, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, interferisce «su aspetti organizzativi, programmatori e gestori della materia, di competenza concorrente, della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117, terzo comma, della Costituzione)», affermando anche la necessità di un coinvolgimento - sul piano amministrativo - delle Regioni.

Ma nella stessa decisione si era aggiunto che «va rimessa alla discrezionalità del legislatore la predisposizione di regole che comportino il coinvolgimento regionale nell'adozione del decreto in questione» e ciò sembrerebbe essere avvenuto con la previsione dell'intesa in sede di Conferenza unificata.

Non è dunque esatto quel che afferma la difesa regionale per cui «la normativa regionale viene perfettamente ad incastonarsi con quella statale, la quale ultima mantiene la sua forza per quanto attiene a tutti gli indirizzi di fondo pro-concorrenziali». In realtà, per la Corte, lungi dallo "incastonarsi", la norma censurata attribuisce alla Regione una potestà legislativa che non le compete, postulando una sorta di potere sostitutivo della Regione stessa allo Stato («in assenza e nelle more» dell'intervento di questo), che non trova alcun ancoraggio nel dettato costituzionale.

Neppure la tesi secondo cui sarebbe stato proprio il legislatore statale, «con apposita clausola di cedevolezza», a riconoscere la competenza legislativa regionale viene condivisa dalla Corte³¹³.

³¹³ Invero, l'art. 15, comma 6-quater, del d.l. n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, nella parte rimasta dopo la declaratoria d'illegittimità costituzionale adottata con sentenza n. 205 del 2011, nello stabilire che le disposizioni dei commi 6, 6-bis e 6-ter del medesimo art. 15 si applicano fino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle Regioni, aggiunge che ciò può avvenire «per quanto di loro competenza». La norma, dunque, stabilisce, o meglio ribadisce, che l'esercizio della

Sempre per la Corte se è certamente vero che la giurisprudenza precedente ha ammesso la possibilità di un intervento pro-concorrenziale della legislazione regionale (ex plurimis: sentenze n. 150 del 2011 e n. 307 del 2009), nel caso di specie, mancherebbe ogni dato per qualificare tale intervento pro-concorrenziale, perché la Regione si attribuisce la potestà di individuare i requisiti e i parametri di cui alla norma censurata (già demandati dalla norma statale al Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unificata), ma nulla dice in ordine al loro contenuto. Né la qualificazione suddetta può essere riconosciuta per il solo fatto che la Regione sarebbe intervenuta in favore della concorrenza, ponendo rimedio all'inerzia dello Stato, perché comunque una situazione di fatto non potrebbe giustificare una alterazione del riparto delle competenze legislative sancito dall'art. 117 Cost.

Sulla base delle considerazioni che precedono viene dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma con cui la Regione "si sostituiva" allo Stato nell'emanazione del decreto interministeriale che dovrebbe prevedere i requisiti organizzativi e finanziari minimi e i parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata, concernenti le procedure di gara, di cui all'articolo 12, comma 2, del D.lgs. 79/1999.

La Corte accoglie poi le censure anche in ordine all'affidamento senza gara alle società patrimoniali di scopo a partecipazione maggioritaria regionale³¹⁴.

detta potestà legislativa da parte delle Regioni deve rimanere nell'ambito della competenza loro propria, onde resta esclusa ogni intrusione nella competenza esclusiva dello Stato.

³¹⁴ Le disposizioni censurate (gli art. 14, commi 7, 8, 9, 10, della legge della Regione Lombardia n. 19 del 2010), avevano introdotto l'art. 53-bis della legge regionale n. 26 del 2003 prevedendo: «la Regione, ai sensi del D. Lgs. 85/2010, allo scadere delle concessioni acquisisce le opere e gli impianti di cui all'articolo 25 del R.D. 1775/1933 afferenti l'utilizzazione delle acque pubbliche demaniali delle grandi derivazioni idroelettriche e li conferisce, entro sei mesi dall'acquisizione, in proprietà a società patrimoniali di scopo, con partecipazione totalitaria di capitale pubblico incedibile, cui partecipano senza oneri gli enti locali o anche loro forme di aggregazione sovra comunale interessati per territorio. La misura della partecipazione degli enti locali interessati sarà determinata previa intesa

Prima di procedere allo scrutinio della normativa censurata dalla difesa dello Stato la Corte osserva che il d.lgs. n. 79 del 1999, all'art. 12, comma 2, affida ad organi statali, previa intesa con la Conferenza unificata, la determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini concernenti la procedura di gara, «in conformità a quanto previsto al comma 1»; e detta norma, come modificata dalla lettera a), comma 6, dell'art. 15 del d.l. n. 78 del 2010, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione, dispone che l'amministrazione competente, cinque anni prima dello scadere di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico e nei termini e nelle circostanze dalla norma medesima stabiliti, «indica una gara ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione, per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata trentennale, avendo particolare riguardo ad un'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza e dell'energia prodotta o della potenza installata nonché di idonee misure di compensazione territoriale».

La legislazione statale, dunque, è chiara nel richiedere le procedure di gara ad evidenza pubblica, la cui disciplina è riconducibile per intero alla tutela della concorrenza, con conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, allo Stato.

La normativa regionale censurata viola, nel suo complesso, la detta competenza legislativa esclusiva: ed infatti come risulta dal dettato del comma 7, la Regione Lombardia, allo scadere delle concessioni, acquisisce le opere e gli impianti afferenti alle grandi derivazioni idroelettriche e li conferisce a società patrimoniali di scopo, con partecipazione totalitaria di capitale pubblico incedibile. Tali società patrimoniali metteranno a disposizione del soggetto affidatario, individuato sia con la procedura di cui ai commi 2 e 8 sia con quelle di cui al comma 9, le infrastrutture e gli impianti afferenti alla derivazione.

tra gli stessi e la Regione e comunque non dovrà essere inferiore al 30 per cento; la restante quota di partecipazione è detenuta dalla Regione. Le società patrimoniali metteranno a disposizione del soggetto affidatario, individuato sia con la procedura di cui ai commi 2 e 8 sia con quella di cui al comma 9, le infrastrutture e gli impianti afferenti alla derivazione. Il soggetto affidatario esercirà le infrastrutture e gli impianti afferenti alla derivazione nel rispetto di condizioni e a fronte di un corrispettivo, da versarsi alle società patrimoniali, stabiliti dalla Giunta regionale (...).”.

Orbene, già l'incipit del comma 7 diverge dall'art. 12, comma 1 (testo vigente), del d.lgs. n. 79 del 1999, perché mentre quest'ultimo affida alla «amministrazione competente» l'indizione delle gare ad evidenza pubblica, la norma regionale demanda a società patrimoniali di scopo, all'uopo costituite (il cui ruolo non è ben precisato) la «messa a disposizione» del «soggetto affidatario», «individuato sia con la procedura di cui ai commi 2 e 8, sia con quella di cui al comma 9» delle infrastrutture e degli impianti relativi alla derivazione.

Tuttavia, a parte questo pur rilevante profilo, è l'individuazione del soggetto affidatario che si pone in palese contrasto con la normativa statale. Infatti, il comma 7 stabilisce che a tale individuazione si farà luogo sia con le procedure di cui ai commi 2 e 8, sia con quella di cui al comma 9. Però, mentre in effetti il comma 2 prevede l'indizione di gare ad evidenza pubblica, con esplicito rinvio all'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 79 del 1999, il comma 8 dispone che l'esercizio industriale delle infrastrutture e degli impianti afferenti alle grandi derivazioni idroelettriche sia affidato «mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, ovvero direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che siano soddisfatti i requisiti prescritti dalle vigenti direttive comunitarie e norme nazionali». Il comma 9, poi, dispone che, in deroga a quanto previsto nei commi 2 e 8, le concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico ricadenti in tutto o in parte nelle province montane individuate dal comma stesso, sono affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata partecipate dalle Province interessate, a condizione che siano soddisfatti i requisiti dalla norma medesima previsti per la selezione del socio privato (da effettuare mediante procedure competitive ad evidenza pubblica), per le modalità della relativa gara e per la misura della partecipazione del socio privato.

In questo quadro, risulta evidente che l'affidamento mediante gare ad evidenza pubblica è rimesso alla mera discrezionalità del soggetto affidante, cui è demandata la scelta tra le dette procedure di gara (comma 2) e l'affidamento diretto, di cui al comma 7, che richiama anche i commi 8 e 9, e, per l'appunto, al comma 8, sia pure a condizione che siano soddisfatti i requisiti prescritti dalle vigenti direttive comunitarie e norme nazionali; queste ultime, tuttavia, come si è visto, nel settore de quo prescrivono l'indizione di gare ad evidenza pubblica, senza alternative, e al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - quali sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto

comunitario. Il comma 9, infine, stabilisce che l'affidamento diretto sia addirittura l'unica forma, con i requisiti sopra indicati.

L'assenza di criteri di scelta tra l'una o l'altra modalità di affidamento ne conferma il carattere meramente discrezionale. Ma si tratta, per l'appunto, di una conferma, perché per il resto la violazione della normativa statale, e della competenza legislativa esclusiva dello Stato nel contesto della quale la detta normativa va inquadrata ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., è palese.

Alla luce dei dati richiamati, desunti dal testuale tenore della normativa censurata, la tesi della difesa della Regione, secondo cui sarebbe previsto un sistema di affidamento delle concessioni mediante gara, non viene ritenuta meritevole di accoglimento.

Il ricorso alla gara o all'affidamento diretto risulta essere una semplice opzione del soggetto affidante, onde è evidente che il disposto dell'art. 12, commi 1 e 2, della legge n. 79 del 1999, e successive modificazioni, che richiede sempre la gara, non è attuato.

Né giova il richiamo della difesa regionale all'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, perché detta norma, a parte l'abrogazione referendaria subita, riguarda il settore dei servizi pubblici locali e non il mercato interno dell'energia elettrica. E per la stessa ragione non è pertinente il richiamo alle normative introdotte in altri e diversi settori dell'ordinamento³¹⁵.

³¹⁵ Sempre per la Corte quanto al decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85 (Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42), si deve osservare che l'art. 5 di esso esclude dal trasferimento agli enti territoriali una nutrita serie di beni e di infrastrutture, tra cui «le reti di interesse statale, ivi comprese quelle stradali ed energetiche». Si tratta di una formula abbastanza elastica, sicché è necessario attendere i decreti attuativi per una più precisa identificazione dei beni e delle infrastrutture oggetto di trasferimento. A parte ciò, la citata normativa non appare rilevante in questa sede, nella quale non si discute della proprietà dei beni e degli impianti, bensì della disciplina delle procedure di affidamento delle concessioni.

Conclusivamente, alla stregua delle considerazioni che precedono, viene dichiarata la illegittimità costituzionale della legge lombarda anche in ciò che riguarda l'affidamento diretto alle società pubbliche regionali.

La pronuncia della Corte è molto importante sia perché impedisce di fatto alle Regioni di sostituirsi allo Stato nell'emanazione dell'"atteso" decreto interministeriale sia perché stabilisce il principio per cui non si potrà in nessun caso procedere ad affidamenti diretti a società pubbliche ma si dovranno, invece, porre in essere vere e proprie gare.

14. L'ultima sentenza della Corte in materia: la n. 26 del 25 febbraio 2014

Prima di chiudere il presente capitolo con alcuni cenni sulla situazione delle concessioni idroelettriche in altri Stati europei non si può non far cenno all'ultima sentenza della Corte Costituzionale intervenuta in materia di concessioni idroelettriche: la sentenza 25 febbraio 2014, n. 28.

In questo caso era stato censurato da parte delle Province autonome di Trento e di Bolzano proprio l'ultimo intervento normativo statale in materia ossia l'art. 37 del d.l. n. 83/2012 conv. nella legge n. 134/2012.

Sia la Provincia autonoma di Bolzano³¹⁶ che quella di Trento³¹⁷ in sostanza ritenevano in primo luogo che lo Stato non potesse modificare con legge ordinaria

³¹⁶ Secondo la Provincia autonoma di Bolzano "la disciplina statale - espressamente indirizzata anche alle Province autonome e contenente disposizioni di dettaglio - interferisce sia con la potestà legislativa esclusiva della Provincia autonoma di Bolzano in materia di difesa del suolo e dell'ecosistema, di opere idrauliche e di demanio idrico (art. 8, dello statuto speciale di autonomia), sia con la potestà legislativa concorrente in materia di utilizzazione delle acque pubbliche e di igiene e sanità (art. 9 dello statuto). Parimenti lesi sarebbero gli artt. 12, 13, 14 e 16 dello statuto speciale di autonomia e le relative norme di attuazione". In secondo luogo, sempre per la Provincia di Bolzano "l'assetto delle competenze statutarie sarebbe ampliato, per effetto della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, con la competenza concorrente in materia di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia elettrica» ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. in combinato disposto con l'art. 10 della legge costituzionale n. 3 del 2001". A ciò vanno aggiunte, sempre per la Provincia ricorrente, le specifiche norme di

le attribuzioni riconosciute alla Provincia stessa dallo statuto di autonomia e, in secondo luogo, sempre per le medesime Provincie ricorrenti, lo Stato non potrebbe intervenire su materie già normate dalle Provincie stesse³¹⁸.

Ed infatti con le leggi approvate dalla Provincia di Bolzano già si era previsto per l'attribuzione delle concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico - sia quelle nuove che quelle già esistenti - l'espletamento di una gara a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione³¹⁹.

attuazione dello statuto speciale di autonomia: il d.P.R. n. 115 del 1973; il d.P.R. n. 381 del 1974; il d.P.R. n. 235 del 1977; il decreto legislativo 15 aprile 2003, n. 118 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige che integrano e modificano disposizioni in materia di concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico); il decreto legislativo 7 novembre 2006, n. 289 (Norme di attuazione dello statuto speciale della regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, recanti modifiche al d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235, in materia di concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico).

³¹⁷ La Provincia autonoma di Trento sosteneva che le disposizioni statutarie e di attuazione, tra le quali l'art. 1-bis del d.P.R. n. 235 del 1977, attribuirebbero alla Provincia una speciale autonomia in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico.

³¹⁸ La Provincia autonoma di Bolzano rilevava che essa, in esecuzione delle norme di attuazione di cui al decreto legislativo 11 novembre 1999, n. 463, aveva già definito il regime normativo di concessione delle grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico con la legge provinciale 11 aprile 2005, n. 1 (Disposizioni transitorie in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico), modificata dall'art. 19 della legge provinciale 20 luglio 2006, n. 7 (Disposizioni in connessione con l'assestamento del bilancio di previsione della Provincia autonoma di Bolzano per l'anno finanziario 2006 e per il triennio 2006-2008).

³¹⁹ Anche la Provincia di Trento osservava che il regime normativo di concessione delle grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico era fissato dalla legge provinciale 6 marzo 1998, n. 4 (Disposizioni per l'attuazione del d.P.R. 26 marzo 1977, n. 235. Istituzione dell'azienda speciale provinciale per l'energia, disciplina dell'utilizzo dell'energia elettrica spettante alla Provincia ai sensi dell'articolo 13 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, criteri per la redazione del piano della distribuzione e modificazioni alle leggi provinciali 15 dicembre 1980, n. 38 e 13 luglio 1995, n. 7),

Questa soluzione legislativa avrebbe consentito di perseguire fin dalla sua entrata in vigore gli interessi pubblici relativi alla tutela ambientale e del territorio e di fissare, al contempo, i presupposti temporali e organizzativi, per lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica per il rinnovo delle concessioni.

Di conseguenza, la normativa statale impugnata, in quanto espressamente riferita o riferibile anche al territorio provinciale, e, quindi, in quanto intende applicarsi direttamente alle province autonome ponendo norme di dettaglio ed in quanto legittima atti statali di natura regolamentare vincolanti per la medesima, evidentemente si sarebbe posta in netto contrasto con il predetto quadro statutario e normativo provinciale e con l'articolo 117, comma terzo e sesto, della Costituzione.

La difesa dello Stato, dal canto suo, aveva sostenuto che le disposizioni impugate non avrebbero natura di norme di dettaglio, ma di principi fondamentali e troverebbero fondamento nella potestà dello Stato di regolare il mercato e di favorire rapporti concorrenziali nell'ambito dello stesso. Ad avviso della difesa dello Stato, quindi, è «tutta l'impalcatura della norma che comporta un disegno ordinamentale unitario da parte del legislatore nazionale che verrebbe del tutto compromesso ad opera delle normative regionali o delle Province autonome».

Nel caso di specie, il «necessario coinvolgimento delle regioni e delle autonomie» risulterebbe garantito dall'art. 37, comma 7, del d.l. n. 83 del 2012, che demanda ad un decreto del Ministro dello sviluppo economico, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, la definizione dei criteri generali per la determinazione, secondo principi di economicità e ragionevolezza, da parte delle Regioni, dei valori massimi dei canoni delle concessioni ad uso idroelettrico, nonché le modalità con cui le Regioni e le Province autonome possono destinare una quota del canone di concessione pattuito alla riduzione dei costi dell'energia elettrica a beneficio dei clienti finali.

modificata dall'art. 44 della legge provinciale 21 dicembre 2007, n. 23 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale 2008 e pluriennale 2008-2010 della Provincia autonoma di Trento - legge finanziaria 2008). Ad avviso della ricorrente, le disposizioni legislative statali impugate interverrebbero proprio su questa disciplina, invadendo la sfera di competenza provinciale.

La Corte ritiene che le censure proposte avverso la normativa statale del 2012 dalle Province autonome di Trento e Bolzano non siano fondate dal momento che esse mirano ad agevolare l'accesso degli operatori economici al mercato dell'energia secondo condizioni uniformi sul territorio nazionale, regolando le relative procedure di evidenza pubblica con riguardo alla tempistica delle gare e al contenuto dei relativi bandi, nonché all'onerosità delle concessioni messe a gara.

Tali norme - al pari di quelle che disciplinano «l'espletamento della gara ad evidenza pubblica» per i casi di scadenza, decadenza, rinuncia o revoca di concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico (sentenza n. 1 del 2008) - rientrano nella materia «tutela della concorrenza», di competenza esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.): a detto ambito va ricondotta l'intera disciplina delle procedure di gara pubblica (sentenze n. 46 e n. 28 del 2013, n. 339 del 2011 e n. 283 del 2009), in quanto quest'ultima costituisce uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza in modo uniforme sull'intero territorio nazionale (sentenze n. 339 del 2011, n. 1 del 2008 e n. 401 del 2007).

In conclusione, per la Corte, le disposizioni impugnate intervengono in una materia di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, Cost., ossia in uno degli ambiti che la stessa normativa di attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige indica espressamente quale limite della legislazione provinciale sulle grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico e sulle relative concessioni (art. 1-bis, commi 2 e 16, del d.P.R. n. 235 del 1977).

L'art. 37, commi 4, 5, 6, 7 e 8, del d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012, dunque, non produce alcuna lesione delle competenze provinciali.

Ne discende la non fondatezza delle censure prospettate dalle Province autonome in relazione sia all'art. 2 del decreto legislativo n. 266 del 1992, il quale non trova applicazione nelle ipotesi in cui venga in rilievo una materia di competenza legislativa esclusiva dello Stato (sentenze n. 183 del 2012, n. 112 del 2011, n. 45 del 2010 e n. 308 del 2003), sia a tutti gli altri parametri costituzionali e interposti invocati.

15. La situazione in Europa

Non si potrebbe concludere questo capitolo sulla concorrenza senza qualche cenno in ordine alla situazione negli altri paesi europei.

L'attuazione dei principi concorrenziali, infatti, non appare rilevante solo in Italia ma anche in Europa ove l'idroelettrico costituisce la più importante e tradizionale fonte di energia rinnovabile e ad oggi copre l'11% della produzione complessiva di energia elettrica.

In ognuno dei paesi europei si riscontrano diverse politiche di sfruttamento e una disomogenea disponibilità della risorsa che si riflettono sui dati di potenza installata e di produzione nei diversi stati europei.

A livello europeo, non sono state emanate direttive o regolamenti concernenti specificamente il settore idroelettrico, ma è comunque proseguita l'attività del gruppo di lavoro internazionale (Strategy Coordination Group for the Water Framework Directive Common Implementation Strategy) rappresentativo di tutte le nazioni europee e di tutti gli interessi in gioco.

Lo scopo è quello di individuare un modello di implementazione della Direttiva 2000/60/CE che non sia in contrasto con il raggiungimento degli obiettivi europei e nazionali di produzione di energia da fonti rinnovabili fissati dalla Dir. 2001/77/CE, nello specifico, per quanto concerne il settore idroelettrico.

Sotto il profilo della tutela della concorrenza sarebbe importante avere regole omogenee in tutti i paesi europei sia in riferimento a ciò che si definisce "grande derivazione" (alla quale si applicano le regole della concorrenza) sia per quel che riguarda la durata delle concessioni.

La definizione di "grande derivazione" funziona infatti come una sorta di valore soglia sotto il quale non si applicano le regole della concorrenza: è ovvio che tanto più si abbassa questa soglia tanto più spazio si lascia alla concorrenza (nel nostro paese la fissazione della soglia di derivazione a 3MV significa che tutto ciò che al di sopra almeno potenzialmente rientra nelle norme concorrenziali mentre, come vedremo, in altri paesi essendo fissata la soglia a 10MV si esclude dalla concorrenza, in comparazione con il nostro paese, tutto ciò che si trova tra 3MV e 10MV...).

Se poi si considera che dall'analisi dei dati che si è compiuta nel primo capitolo tra gli impianti idroelettrici nel nostro paese emerge la predominanza del numero di impianti di piccola taglia (85%) rispetto a quelli di grande taglia (15%) sebbene il maggiore contributo alla produzione di energia idroelettrica (87%) risulti fornito da centrali di potenza superiore a 10 MW s'intende come fissazione di soglie più alte di fatto significino il mantenimento del monopolio praticamente per la maggior parte degli impianti.

E, dunque, mentre nel nostro paese solo gli impianti con potenza inferiore a 3MV, considerati piccole derivazioni, sono sottoposti ad un regime giuridico più "light", più semplificato in altri paesi il regime semplificato viene applicato ad impianti che producono fino a 10MV: così avviene, ad esempio, in Austria, Belgio, Danimarca, Germania, Irlanda, Olanda, Portogallo e Spagna dove viene considerata "grande derivazione" quella superiore ai 10 MV³²⁰.

In Francia le grandi derivazioni sono quelle superiori ai 12MV e in Grecia quelle superiori ai 15MV ma il "record" spetta all'Inghilterra che considera grandi derivazioni quelle superiori ai 20MV.

Sull'altro versante tra i paesi che fissano il limite molto in basso, oltre all'Italia con 3MV, vi è anche la Svezia con 1,5MV.

E dunque, se solo si guarda a questi limiti, il nostro paese (3MV) assieme alla Svezia (1,5MV) è quello potenzialmente più concorrenziale; mentre i meno concorrenziali sono la Francia (15MV) e il Regno Unito (20MV), il resto dei paesi si attestano su una concorrenzialità potenziale media (10MV).

Ma anche se si guarda la durata delle concessioni il nostro paese si attesta (paradossalmente) tra quelli più aperti alla concorrenza: com'è noto nel nostro paese le concessioni possono durare massimo 30 anni.

La situazione degli altri paesi è assai diversificata: vi è innanzitutto un gruppo di paesi che non prevedono una scadenza per le concessioni come la Danimarca, l'Irlanda, la Scozia e la Svezia (quest'ultima però prevede una revisione ogni 20 anni); vi è poi un gruppo di paesi che prevedono una durata delle concessioni

³²⁰ Lo studio da cui sono tratti i dati riportati è stato realizzato con ESHA (European Small Hydro Association) in collaborazione con le associazioni che rappresentano le fonti rinnovabili negli altri paesi europei.

assai lunga come il Belgio (fino a 99 anni), l'Austria (fino a 90 anni) e la Francia (fino a 75 anni); vi è ancora un gruppo di paesi in cui la durata delle concessioni oscilla intorno ai 30 anni: l'Italia (durata massima 30 anni); la Germania (30 anni); il Portogallo (35 anni); la Spagna (25 anni più 15 a discrezione) e, infine, i paesi con durata della concessione minore che sono la Grecia (10 anni) e il Regno Unito (15 anni).

Posto che più cresce la durata della concessione meno concorrenza c'è, anche sotto questo profilo il nostro paese si dimostra tra quelli più aperti mentre altri paesi nostri confinanti come la Francia e l'Austria sono ancora di fatto monopolisti.

E' interessante richiamare qualche dato più specifico sul sistema francese e spagnolo dal momento che si tratta di alcuni dei paesi con maggior numero di impianti di piccola taglia installati (nel 2004 il 21% degli impianti di piccola taglia era installato in Italia, il 17% in Francia e il 16% in Spagna).

In Francia, ad esempio, l'energia idroelettrica (i dati sono tratti dal sito del SER - Syndicat des énergies renouvelables)³²¹ rappresenta il 14% della produzione di elettricità e il 95% dell'elettricità prodotta dalle energie rinnovabili³²².

³²¹ Il *Syndicat des énergies renouvelables* è l'organizzazione industriale francese delle energie rinnovabili creata nel 1993 che raggruppa operatori dei seguenti settori: biomasse (France Biomasse Energie), biocarburanti, moto ondoso, eolico, geotermia, solare fotovoltaico (SOLER), solare termico e termodinamico e idroelettrico. La sua missione è quella di promuovere gli interessi degli industriali e dei professionisti delle energie rinnovabili innanzi alle pubbliche autorità, al Parlamento e a tutti gli operatori del settore energia, industria, del lavoro e della ricerca. Al 1 settembre 2013 il Sindacato per le energie rinnovabili raggruppa 400 soci, rappresenta una cifra di affari di più di 10 miliardi di euro e occupa più di 75.000 lavoratori. Si calcola che nel 2020 l'insieme delle filiere delle energie rinnovabili dovrà rappresentare più di 224.000 impiegati. Tra i membri della comitato che si occupa di energia elettrica vi sono Alstom Hydro, Direct Energie, EDF, E.ON, France Hydro Electricité, Enel, GDF Suez, Electrabel, JMB Energie JPEE, Unite Hydrowatt, Vattenfall.

³²² Si tratta della prima fonte di energia rinnovabile e il sistema idroelettrico francese è quello che in Europa produce più energia dopo la Norvegia. La potenza installata totale è di circa 24 000 MW e contribuisce a produrre 70 TWh sui 480 TWh consumati annualmente. Il parco di produzione elettrica francese ha una capacità totale 120 000 MW.

In tale paese le prime concessioni vennero rilasciate nel 1920 per la durata di 75 anni e in ordine al regime giuridico si distinguono due regimi³²³: le installazioni di meno di 4,5 MV che appartengono ai privati, alle imprese o alle collettività che necessitano di una autorizzazione rilasciata dal Prefetto per una durata limitata (regime di autorizzazione) e gli impianti di più di 4,5 MW che appartengono allo Stato e sono costruiti e gestiti da un concessionario per conto dello Stato (regime di concessione)³²⁴.

Anche la legislazione francese è stata fatta oggetto di censure da parte della Commissione per aver cercato in più occasioni di tentare di mantenere la situazione di monopolio³²⁵: in particolare la Commissione decise di adire la Corte di giustizia in merito all'articolo 12 del decreto francese n. 94/894 del 13 ottobre 1994 che concedeva la preferenza al concessionario uscente in caso di rinnovo dell'aggiudicazione di concessioni relative ad opere che utilizzano l'energia idraulica.

Nella legislazione francese venivano privilegiate la società che disponevano di una concessione e che, di conseguenza, erano già stabilite in Francia.

La Commissione rilevò che tale sistema potesse indurre al mantenimento dei concessionari esistenti a durata indeterminata poiché, alla scadenza delle concessioni, essi possono avvalersi del diritto di preferenza, al fine di ottenere la concessione per un nuovo periodo e che pertanto tale meccanismo snaturasse la procedura di selezione e impedisse la parità di trattamento tra i vari operatori economici.

³²³ *Loi du 16 octobre 1919* e si veda anche la *Convention pour une hydroélectricité durable* firmata il 23 giugno 2010.

³²⁴ Per gli impianti da 4,5 MV a 100 MV la concessione è rilasciata dal Prefetto e quando supera i 100 MV viene rilasciata invece dal Primo Ministro e dal Ministro dell'energia.

³²⁵ Il procedimento d'infrazione avviato dalla Commissione nel 2006 riguardante la legislazione francese che accorda una preferenza al concessionario uscente ai fini della nuova attribuzione di un'autorizzazione all'utilizzazione delle acque (in violazione del principio di non discriminazione in materia di libertà di stabilimento previsto dall'articolo 43 del trattato CE) è stato rubricato IP/05/920. A seguito di esso le autorità francesi hanno dichiarato la loro intenzione di abolire il suddetto diritto di preferenza nella loro legislazione e di non applicare nel frattempo la preferenza in questione.

In pratica anche in Francia la possibilità di accesso degli altri operatori a tali concessioni diventava estremamente remota, se non addirittura teorica, dato che i potenziali candidati avrebbero rinunciato fin dall'inizio ad impegnarsi nel complesso lavoro tecnico di elaborazione e presentazione dell'offerta per partecipare ad una selezione soggetta a simili condizioni.

Si stabiliva, dunque, che il regime francese è incompatibile con il principio del libero stabilimento, che vieta le restrizioni allo svolgimento di attività economiche a livello transfrontaliero e, in particolare, qualsiasi forma di discriminazione diretta o indiretta tra operatori comunitari e che la preferenza in questione non potesse essere giustificata da motivi connessi alla sicurezza degli impianti o dell'approvvigionamento energetico, poiché il provvedimento non era tale da garantire il raggiungimento degli obiettivi ed era in ogni caso sproporzionato rispetto ad essi.

Il provvedimento francese – sempre per la Commissione – ben avrebbe potuto essere sostituito da alternative meno restrittive come l'imposizione di un capitolato d'oneri preciso, controlli, sanzioni, ecc.

E che il problema non sia risolto lo prova il fatto che nel 2012 la Commissione europea è ritornata a indicare la necessità di mettere all'asta le concessioni idroelettriche in Francia il più presto possibile e su base non discriminatoria.

Si è rilevato, infatti, che "il grado di concentrazione nel settore elettrico resta uno dei più elevati della Ue nonostante le misure prese" e, conseguentemente, il governo francese "deve assicurare che gli interventi di regolazione come la possibile introduzione di capacità di mercato non consolidi la quota di Edf nel mercato francese che è già molto elevata". Infine, sempre per la Commissione, deve essere attuato in Francia "il più presto possibile" un programma per aumentare la capacità di interconnessione con i mercati vicini.

Molto simile è anche la situazione della Spagna che ha ricevuto anch'essa un parere motivato da parte della Commissione in merito alla legislazione sulle concessioni idrauliche.

La Commissione, in questo caso, ha rilevato che le leggi spagnole n. 29/1985 sull'acqua e n. 54/1997 sull'energia elettrica non prevedono la pubblicazione di gare d'appalto per l'aggiudicazione delle suddette concessioni, che viene effettuata in modo discrezionale e per questo violano i principi concorrenziali.

La Commissione richiama al riguardo quella giurisprudenza della Corte di giustizia (il caso Telaustria) per cui la mancanza di competizione aperta tra candidati potenziali rappresenta di per sè una violazione del trattato, in particolare del principio del libero stabilimento ex articolo 43, a causa dell'assenza di conformità al principio di non discriminazione e ai principi di trasparenza e parità di trattamento.

In particolare, la Commissione richiama il principio affermato dalla Corte per il quale al fine di giustificare un regime di autorizzazione amministrativa preventiva, vi devono essere criteri oggettivi, non discriminatori e conosciuti in anticipo, in modo da regolamentare l'esercizio del potere di valutazione delle autorità nazionali ed evitare che esso venga esercitato in modo arbitrario.

Si sottolinea, infine, che la durata di 75 anni prevista dalla legge spagnola per il diritto di gestione rafforza considerevolmente la posizione di privilegio degli attuali titolari dei diritti di gestione del capitale idrico.

In conclusione comparando la nostra legislazione con quella di vari paesi europei (e in particolare con quella della Francia e della Spagna) se è vero che molte censure possono essere fatte al nostro paese in ordine alla mancata apertura alla concorrenza del mercato idroelettrico con riferimento ai vari profili, non siamo messi peggio di altri paesi che prevedono concessioni con durata addirittura più lunga delle nostre e che non hanno ancora proceduto all'indizione di gare.

Forse questi dati andrebbero tenuti presenti quando si fanno valutazioni sul rapporto tra il sistema normativo nazionale e la tutela della concorrenza: sarebbe singolare che il nostro paese aprisse alla concorrenza il mercato dell'energia idroelettrica, consentendo alle imprese di altri paesi di poter operare sul nostro territorio mentre altri paesi impediscono di fatto alle nostre imprese di operare sui loro territori.

CAPITOLO V: La tutela della concorrenza e le legislazioni delle Province di Trento e Bolzano

1. Le normative dell'Impero Austroungarico

Non si potrebbe concludere il tema dei rapporti tra concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza senza riferirsi alla situazione specifica del Trentino Alto Adige e in particolare alle legislazioni delle province autonome di Trento e Bolzano³²⁶.

Come si vedrà, infatti, l'intera storia del Trentino Alto Adige, regione tra le più ricche d'acqua, è percorsa dal problema della gestione delle grandi derivazioni e ciò avviene a partire dal periodo in cui questa regione era ancora sotto l'Impero austroungarico (ossia fino alla fine del primo conflitto mondiale nel 1918), fino allo Statuto di Autonomia e alle ultime normative provinciali.

Non è certo un caso che lo Statuto di autonomia attualmente vigente (d.p.R. 31 agosto 1972, n. 670) dedichi ben due articoli, il 12 e il 13, alla tematica delle concessioni idroelettriche³²⁷ e ciò si spiega se si considera che il Trentino Alto

³²⁶ Com'è noto mentre tutte le altre province italiane hanno mere funzioni amministrative, la provincia autonoma di Trento (con quella di Bolzano) ha potere legislativo in molte materie normalmente di competenza statale o regionale. Particolarmente importanti sono le deleghe in materia di sanità, scuola, formazione, lavoro, trasporti e viabilità. Il finanziamento della provincia deriva dalla trattenuta del 90% delle imposte sui redditi raccolti nel territorio provinciale e da una quota su altri tipi di imposte statali (IVA, tassa di successione). Restano a carico dello Stato mansioni come difesa, contributi alla Unione Europea, ambasciate e consolati all'estero, pubblica sicurezza, magistratura e carceri.

³²⁷ L'art. 12 dispone che "per le concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico e le relative proroghe di termine, le Province territorialmente competenti hanno facoltà di presentare le proprie osservazioni ed opposizioni in qualsiasi momento fino all'emanazione del parere definitivo del Consiglio superiore dei lavori pubblici. Le Province hanno altresì facoltà di proporre ricorso al Tribunale superiore delle acque pubbliche avverso il decreto di concessione e di proroga. I Presidenti delle Province territorialmente competenti o loro delegati sono invitati a partecipare con voto consultivo alle riunioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici, nelle quali sono esaminati i provvedimenti indicati nel primo comma. Il Ministero competente adotta i provvedimenti

Adige, come risulta dagli ultimi dati statistici, è assieme alla Lombardia la prima regione italiana per produzione di energia idroelettrica³²⁸.

Per ricostruire l'evoluzione normativa riguardante le concessioni per grandi derivazioni d'acqua con particolare riferimento alla tutela della concorrenza in Provincia autonoma di Trento è necessario, comunque, risalire, seppur per cenni, al periodo antecedente la Prima Guerra Mondiale, quando l'intero territorio trentino ed altoatesino faceva parte dell'Impero austroungarico.

Tra le prime leggi che riconoscono la proprietà pubblica delle acque vi è la legge dell'Impero n. 103 del 30 maggio 1869 (artt. 1-6)³²⁹ e la legge n. 64 del 28 agosto

concernenti l'attività dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (ENEL) nella regione, sentito il parere della Provincia interessata”.

L'art. 13 dispone che “nelle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico, i concessionari hanno l'obbligo di fornire annualmente e gratuitamente alle Province di Bolzano e di Trento - per servizi pubblici e categorie di utenti da determinare con legge provinciale - 220 kWh per ogni kW di potenza nominale media di concessione, da consegnare all'officina di produzione, o sulla linea di trasporto e distribuzione ad alta tensione collegata con l'officina stessa, nel punto più conveniente alla Provincia. Le Province stabiliscono altresì con legge i criteri per la determinazione del prezzo dell'energia di cui sopra ceduta alle imprese distributrici, nonché i criteri per le tariffe di utenza, le quali non possono comunque superare quelle deliberate dal CIP. I concessionari di grandi derivazioni a scopo idroelettrico dovranno corrispondere semestralmente alle Province lire 6,20 per ogni kWh di energia da esse non ritirata. Il compenso unitario prima indicato varierà proporzionalmente alle variazioni, non inferiori al 5 per cento del prezzo medio di vendita della energia elettrica dell'ENEL, ricavato dal bilancio consuntivo dell'ente stesso. Sulle domande di concessione per grandi derivazioni idroelettriche presentate, nelle province di Trento e di Bolzano, in concorrenza dall'ENEL e dagli enti locali, determinati in base a successiva legge dello Stato, provvede il Ministro per i lavori pubblici di concerto col Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato e d'intesa con la Provincia territorialmente interessata”.

³²⁸ Cfr. Terna, dati statistici 2012, parte sui dati generali da cui si deduce peraltro che, a differenza della Lombardia che nonostante la grande produzione è in deficit di energia, il Trentino Alto Adige produce molta più energia di quella che utilizza.

³²⁹ Le prime tre sezioni si riferivano all'utilizzo generale dell'acqua. Gli articoli da 1 a 6 stabilivano che generalmente le acque erano beni pubblici, compresi i corsi d'acqua non navigabili. Erano private invece le acque sotterranee e le sorgenti purché non salate e tutti

1870 che recepiva per la Contea principesca del Tirolo e del Vorarlberg la precedente legge.

In tali atti normativi si stabiliva il fondamentale principio della concessione per l'utilizzo delle acque per fini idroelettrici: ed infatti mentre per gli utilizzi ordinari (attingere acqua, lavare ed abbeverare il bestiame, estrarre piante, terra o limaccio) non era necessario alcun tipo di permesso, per tutti gli altri utilizzi, comprese le derivazioni d'acqua per opifici e per le macchine motrici, era necessaria un'autorizzazione delle autorità politiche distrettuali competenti³³⁰.

Le leggi citate stabilivano le caratteristiche di tale provvedimento di concessione³³¹ e, in particolare, il luogo, la misura, la durata, il modo di utilizzazione e le condizioni particolari che disciplinavano la derivazione³³².

i corsi d'acqua (pozze, stagni, rivi, canali) interamente compresi in un terreno privato. L'articolo 15 dava al proprietario di un fondo aggravato dal passaggio di un'opera di derivazione il diritto di essere giustamente rimborsato con una servitù di passaggio oppure di cedere l'intero terreno oggetto del problema dietro opportuno compenso. Nel caso di carenza d'acqua, un Comune aveva la facoltà (articolo 16) di espropriare acque private o diritti di utilizzo di acque dietro opportuno compenso. L'articolo 18 demandava ad opportuna legislazione provinciale le disposizioni per la cessione forzata dell'acqua. La sezione quinta trattava dei Consorzi d'acqua, associazioni di cittadini interessati dalla costruzione di opere sui corsi d'acqua. La sezione settima demandava nuovamente a legge provinciale l'emanazione di direttive sull'uso e la difesa delle acque, sulle competenze e le attribuzioni delle Autorità. Rimanevano di competenza della Dieta provinciale di Innsbruck le norme sulla navigazione.

³³⁰ artt. 16, 17, 41 e 76

³³¹ articoli 17 e 18

³³² Così, ad esempio, l'utilizzo dell'acqua non doveva cagionare problemi ai centri abitati a valle (articolo 19) ed alle attività di pesca (articolo 20), né erano tollerati sprechi e impaludamenti o danneggiamenti all'alveo del corso d'acqua (articolo 21), pena la rimozione della derivazione. I livelli degli invasi dovevano essere costantemente controllati per verificare che non superassero i limiti prefissati ed in tal caso era obbligatorio agire sulle paratoie o sugli scolatoi in modo da riportare l'invaso entro le soglie previste (articoli 22 e 23). Il proprietario di un fondo gravato dal passaggio di un'opera di derivazione, aveva il diritto di essere giustamente rimborsato con una servitù di passaggio (articolo 27) oppure di cedere l'intero terreno oggetto del problema dietro

Si stabiliva, poi, il contenuto dell'istanza³³³, la pubblicità del progetto³³⁴ e le modalità di rilascio della concessione³³⁵.

E' interessante notare – ed è questo il punto essenziale - che già in tali normative del 1869/1870 vi era consapevolezza dei rapporti tra concessioni idroelettriche e concorrenza.

Ed infatti l'articolo 93 stabiliva che nel caso vi fossero state più imprese interessate a realizzare un'opera sullo stesso corso d'acqua e se tali opere fossero risultate fra loro incompatibili la preferenza avrebbe dovuto cadere sulla richiesta caratterizzata dal "maggior interesse nazionale" e tale da ledere meno i diritti di terzi.

Questi principi si ritrovano anche in altri testi normativi antecedenti all'annessione allo Stato italiano come la legge dell'Impero n. 39 del 15 marzo 1882³³⁶, l'ordinanza

opportuno compenso. Aveva altresì il diritto di partecipare ai vantaggi che i lavori di derivazione comportavano, diventando destinatario di una congrua "tangente" stabilita dalle autorità competenti (articolo 33). I proprietari delle derivazioni erano tenuti a garantire con un'adeguata manutenzione il perfetto funzionamento delle opere di derivazione al fine di non arrecare danno a terzi o a proprietà di terzi (articoli 43 e 44).

³³³ L'articolo 78 stabiliva che la richiesta da presentare all'autorità distrettuale competente per il rilascio della concessione, doveva indicare: 1. corso d'acqua interessato dalle opere; 2. scopo ed estensione delle opere; 3. quantità d'acqua derivata; 4. modalità di esecuzione delle opere; 5. vantaggi e svantaggi a seguito dell'esecuzione delle opere; 6. soggetti aventi diritto sulle acque derivate; 7. terreni soggetti ad espropriazione o a servitù di passaggio; 8. soggetti coinvolti nell'esecuzione delle opere; 9. preventivo dei lavori; 10. modalità di recupero delle finanze necessarie.

³³⁴ L'autorità politica effettuava i necessari controlli e sopralluoghi (articolo 79) per verificare la fattibilità delle opere, la disponibilità effettiva di acqua nel corso considerato ed i possibili danni o problemi ai terreni circostanti. Nel caso non risultasse la presenza di problemi rilevanti all'esecuzione delle opere l'autorità competente (articolo 82) affiggeva per quattro o sei settimane un apposito documento nelle Bacheche comunali e sulla Gazzetta Ufficiale della Provincia per dare modo di esprimere eventuali critiche od obiezioni.

³³⁵ Concluse tutte le trattative per assecondare le obiezioni l'Autorità competente concedeva il permesso di eseguire i lavori (articolo 86) e stabiliva il periodo nel quale le opere dovevano essere completate.

n. 41 del 25 marzo 1883 dei Ministeri dell'Interno e del Commercio³³⁷ e la Legge n. 26 del 5 febbraio 1907³³⁸.

Quando, dunque, alla fine della prima guerra mondiale, nel 1918, il Trentino-Alto Adige/Südtirol passò al Regno d'Italia il passaggio alla legislazione unitaria non costituì un problema e si iniziò ad applicare senza difficoltà anche sul territorio trentino la vigente normativa italiana sulle derivazioni idriche che come si è visto nel capitolo precedente prevedeva una norma sulla concorrenza già a partire dal 1884.

2. Dagli Statuti di autonomia al decreto Bersani

Com'è noto la Costituzione riconobbe al Trentino Alto Adige uno speciale statuto di autonomia: la Legge Costituzionale n. 5 del 26 febbraio 1948 recante il primo Statuto Speciale per il Trentino-Alto Adige/Südtirol³³⁹ prevedeva espressamente tra le materie in cui Regione autonoma e Province autonome di Trento e Bolzano

³³⁶ Per le derivazioni d'acqua, l'articolo 15 stabiliva che l'esecuzione di condutture d'acqua era un'industria soggetta a concessione, per realizzare la quale occorreva quindi presentare l'apposita domanda nel rispetto dei requisiti di legge (articolo 22).

³³⁷ Tale atto prescriveva che per poter esercitare le attività elettriche era necessario dotarsi di un'opportuna concessione rilasciata dall'Autorità politica competente (articolo 1), presentando un certificato di un Istituto tecnico o di una comprovata Occupazione tecnica nel ramo elettrotecnico (articolo 2). La realizzazione dell'attività doveva avvenire nella piena osservanza di tutte le procedure previste dal Regolamento sulle industrie (articolo 4).

³³⁸ Gli articoli da 15 a 24 trattavano delle industrie il cui esercizio dipendeva da concessione, definendo le modalità, le condizioni e le obiezioni per il rilascio delle concessioni.

³³⁹ In realtà è stato rilevato come il vero e proprio primo Statuto di autonomia può essere considerato l'accordo De Gasperi-Gruber del 5 settembre 1946 che mise fine a un periodo di gravi tensioni prodotte dal governo di Mussolini che aveva tentato una vera e propria "italianizzazione" del territorio del Trentino Alto Adige. La Costituzione italiana si limitò quindi a prendere atto di tale accordo e, per così dire, a trasferirlo nella legge costituzionale citata che, quindi, a rigore, potrebbe considerarsi il "secondo" Statuto di autonomia.

erano autorizzate ad emettere normative locali quella dell'utilizzo delle acque pubbliche e delle opere idrauliche di quarta e quinta categoria.

Sebbene la competenza al rilascio o rinnovo delle concessioni per grandi derivazioni a scopo idroelettrico passasse in capo all'amministrazione statale (e tale competenza resterà come si vedrà allo Stato fino al 2006³⁴⁰) l'articolo 9 di tale legge prevedeva la possibilità per la Regione di presentare le proprie osservazioni ed opposizioni, fino all'emanazione del parere definitivo del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (alle cui riunioni è invitato il Presidente della Regione o un suo delegato) e che dopo l'emanazione del decreto di concessione o di proroga la Regione potesse fare ricorso al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

Tra gli aspetti di *favor* per questa Regione a statuto speciale vi era la previsione contenuta nell'articolo 10 del primo Statuto di autonomia per la quale i nuovi concessionari devono mettere gratuitamente a disposizione della Regione fino al 6% dell'energia prodotta a portata minima continua da utilizzarsi per servizi pubblici o per pubblico interesse e quella per cui i concessionari operativi prima di tale legge devono fornire a prezzo di costo il 10% dell'energia prodotta (peraltro mai ritirata in quanto consegnata in cabina e quindi con necessità di realizzare le linee di prelievo, cosa che gli Enti pubblici non potevano permettersi).

L'articolo 62 del primo Statuto di autonomia stabiliva, poi, che i nove decimi del canone annuo che i concessionari di grandi derivazioni dovevano pagare (il restante decimo va allo Stato) andassero alla Regione, mentre l'articolo 63 permetteva alla Regione di imporre una tassa di 0,1 lire su ogni kWh di energia prodotta in Regione e sopprimeva l'applicazione sul territorio regionale dell'articolo 53 del Regio Decreto 1775/1933.

³⁴⁰ Il passaggio della competenza al rilascio di concessioni di grande derivazione dallo Stato alle Province di Trento e Bolzano si è avuto solo con il d.lgs. n. 289/2006 che modificando il d.p.r. 26 marzo 1977, n. 235 ha finalmente previsto che "spetta alle Province autonome di Trento e di Bolzano, per il rispettivo territorio, secondo quanto disposto all'articolo 1 e nel rispetto degli obblighi comunitari, l'esercizio delle funzioni già esercitate dallo Stato in materia di grandi derivazioni a scopo idroelettrico" così ponendo fine ad una serie di questioni che erano state affrontate da dottrina e giurisprudenza: cfr. sul punto N. LUGARESI, *La competenza in materia di acque nella Provincia autonoma di Trento: le concessioni di grande derivazione*, in *Riv.giur.amb.*, 1999, 473ss.

Sempre nel primo Statuto di autonomia si introduceva anche il concetto di preferenza alla Regione nelle concessioni di grandi derivazioni.

Quasi trent'anni più tardi veniva emanato il decreto del Presidente della Repubblica n. 670 del 31 agosto 1972 che costituisce il testo unico delle leggi costituzionali che riguardano lo Statuto Speciale per la Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol e che è tuttora vigente.

Con questo secondo Statuto vengono riconosciute alle due Province di Trento e di Bolzano numerose competenze legislative, in parte detenute fino ad allora dalla Regione e altre trasferite dallo Stato.

Passava alle Province la competenza a presentare osservazioni nel procedimento di rilascio delle concessioni di grande derivazione delle acque pubbliche³⁴¹; veniva trasferita alle Province la legittimazione al ricorso al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche in relazione all'emanazione del decreto di concessione o di proroga; si mantenevano i privilegi sulle quote di energia e sulle tariffe³⁴².

³⁴¹ L'articolo 12 sancisce che spetta alle due Province (e non più alla Regione) presentare le proprie osservazioni ed opposizioni fino all'emanazione del parere definitivo del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (alle cui riunioni sono invitati i Presidenti delle Province).

³⁴² L'articolo 13 ribadisce l'obbligo per i concessionari di fornire gratuitamente alle due Province ogni anno una quota di energia. Tale quantità viene definita in 220 kWh per ogni kW di potenza nominale media di concessione e sarà utilizzata per servizi pubblici ed utenze determinate con legge provinciale. La Provincia stabilirà il prezzo che le imprese distributrici locali applicheranno a tale energia, sempre e comunque inferiore al quello deliberato dal CIP (Comitato Interministeriale per i Prezzi). Ogni kWh non ritirato andrà sostituito con 6,20 lire da versare semestralmente. Tale sostituzione potrà variare proporzionalmente al prezzo medio di vendita dell'energia elettrica dell'Enel.

L'articolo 14 stabilisce che le opere idrauliche di 1^a e 2^a categoria sono vincolate dal parere obbligatorio della Provincia e che l'utilizzo delle acque pubbliche da parte dello Stato e della Provincia andrà basato su un piano generale stabilito d'intesa in un comitato comprendente rappresentanti dello Stato e delle Province interessate. Infine, per quanto riguarda l'argomento delle concessioni, gli articoli 70 e 71 stabiliscono che spettano alle Province i proventi dell'imposta erariale sul territorio e i nove decimi del canone annuo a carico dei concessionari di grandi derivazioni (il restante decimo va allo Stato).

In questo quadro articolato di competenze interveniva l'art. 12 del decreto Bersani che nel prevedere una specifica disciplina per le concessioni di grandi derivazioni d'acqua per uso idroelettrico faceva salve nell'art. 16 le prerogative statutarie delle province autonome di Trento e Bolzano (oltre che quelle della regione autonoma della Valle d'Aosta).

Tale norma confermava, quindi, che le Province autonome di Trento e Bolzano³⁴³ (e la Regione Valle d'Aosta) avrebbero potuto legiferare in materia di concessioni idroelettriche.

3. Il passaggio della competenza al rilascio di concessioni di grande derivazione alle Province: il d.lgs. n. 463/1999 e le contestazioni dell'AGCM

In relazione ai rapporti tra concessioni idroelettriche e tutela dalla concorrenza la norma più rilevante può essere considerata senz'altro il decreto Legislativo 11 novembre 1999, n. 463 che ha modificato il decreto del Presidente della Repubblica 26 marzo 1977, n. 235, contenente norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige in materia di energia ("Statuto")³⁴⁴.

³⁴³ Si noti che la Provincia di Trento è l'unica a prevedere dei sovracanonici per le grandi derivazioni ed a sottoporre ad un trattamento di favore gli enti locali che fanno domanda di concessione. La logica della politica energetica provinciale ha puntato tutto sull'obiettivo di riappropriarsi delle grandi derivazioni presenti sul proprio territorio (di proprietà ENEL) ed ha raggiunto tale obiettivo nel 2008. Il favore concesso agli enti locali nell'attribuzione delle concessioni rientra in questo quadro: lo scopo è infatti quello di redistribuire sulla collettività locale i vantaggi economici derivanti dallo sfruttamento idroelettrico, preferendo quindi un ente locale ad una società privata. Per il settore idroelettrico, il fenomeno della pubblica amministrazione 'che si fa impresa' esiste in Valle d'Aosta (CVA) e, a partire dagli ultimi due anni, nelle Province Autonome di Trento (HDE) e Bolzano (SEL).

³⁴⁴ Il Decreto Legislativo n. 463 del 11 novembre 1999 contiene norme di attuazione dello Statuto di Autonomia della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol riguardanti l'energia ed in particolare le grandi derivazioni a scopo idroelettrico. L'articolo 1 modifica la lettera e) del D.P.R. 115/1973 sottolineando che appartiene al demanio idrico provinciale anche l'insieme di beni immobili e mobili strumentali all'esercizio delle funzioni conferite alle

E' con tale norma che si provvede al trasferimento alle Province autonome di Trento e di Bolzano delle funzioni in materia di energia e quindi sia quelle esercitate in maniera diretta dagli organi centrali e periferici dello Stato, sia quelle esercitate tramite enti pubblici a carattere nazionale o sovraprovinciale³⁴⁵.

In particolare, con riferimento ai profili di tutela della concorrenza, l'articolo 1-ter dello Statuto (d.p.R. 26 marzo 1977, n. 235 come modificato dal d.lgs. n. 463/1999),

Province riguardanti il demanio prima citato. L'articolo 2 modifica l'articolo 5 del D.P.R. 381/1974 aggiungendo ai compiti provinciali anche l'approvazione dei progetti e vigilanza sulla costruzione di opere di ritenuta con altezza inferiore a 15 metri o invaso inferiore a 1 milione di metri cubi (per dimensioni maggiori interviene il Registro Italiano Dighe). Viene ribadito altresì la valenza sul territorio provinciale del Piano Generale per l'Utilizzo delle Acque Pubbliche, da redigere d'intesa tra il Ministro dei Lavori Pubblici, il Presidente della Provincia interessata ed i comitati istituzionali dell'Autorità di bacino. L'articolo 3 modifica l'articolo 6 del D.P.R. 381/1974 dichiarando nuovamente che le grandi derivazioni vengono regolate dal Piano Generale (Statale) per l'Utilizzo delle Acque Pubbliche, che garantisce anche il Deflusso Minimo Vitale (senza alcun rimborso per i concessionari). In questa maniera viene ridotta la partecipazione dello Stato nella materia delle derivazioni idroelettriche. In via sperimentale il Deflusso Minimo Vitale viene impostato a 2 l/s per km² di bacino imbrifero sotteso dallo sbarramento. Stabilisce inoltre che i pareri istruttori espressi nell'articolo 7 del Regio decreto 1775/1933 vengano abrogati. L'articolo 4 modifica l'articolo 7 del D.P.R. 381/1974 trasferendo alle Province autonome di Trento e Bolzano l'esercizio esclusivo delle funzioni in materia di opere civili di prima e seconda categoria, predisponendo i piani pluriennali di gestione, manutenzione e costruzione delle opere d'intesa con il Ministro dei Lavori Pubblici, mentre gli ultimi due commi di questo articolo completano il trasferimento alle Province della documentazione e dei rapporti giuridici riguardanti il demanio idrico.

³⁴⁵ Il comma 2 precisa che le funzioni relative alla materia "energia" sono quelle che riguardano le attività di ricerca, produzione, stoccaggio, conservazione, trasporto e distribuzione di qualunque forma di energia. Al comma 3 sono elencati i compiti e le funzioni che rimangono di competenza statale, tra le quali quello di costruzione ed esercizio di centrali elettriche da fonti convenzionali con potenza maggiore di 300 MW termici, quello di costruzione ed esercizio di linee di trasmissione a tensione superiore a 150 kV, quello di costruzione ed esercizio di centrali termonucleari e gestione scorie, quello di costruzione ed esercizio di gasdotti con pressione di esercizio superiore a 40 bar od oleodotti, quello di emanazione delle relative norme tecniche. Il comma 4 precisa che per l'esecuzione delle funzioni di cui al comma 3 è obbligatorio il parere della Provincia autonoma, ai sensi dell'articolo 14, primo comma, dello Statuto di Autonomia.

dopo aver disposto la delega alle province autonome di Trento e di Bolzano, per il rispettivo territorio, dell'esercizio delle funzioni statali in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico³⁴⁶, disponeva al comma 6 che, almeno cinque anni prima della scadenza di una concessione, ogni soggetto in possesso di adeguati requisiti organizzativi e finanziari potesse chiedere alla provincia competente il rilascio della medesima concessione, dietro presentazione di un programma di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata, nonché di un programma di miglioramento e risanamento ambientale e paesaggistico del bacino idrografico di pertinenza.

Il successivo comma 9, dal canto suo, prevedeva che la provincia competente rilasciasse la concessione, per un periodo trentennale, preferendo, a parità di condizioni, il precedente concessionario, tranne nel caso in cui la parità di condizioni si verificasse rispetto al programma o all'impegno presentato da enti strumentali costituiti dalle stesse province o da aziende o società degli enti locali, di cui agli articoli 10 e 1 dello Statuto.

Come si vede, in sostanza, il sistema delineato replicava quello previsto a livello nazionale dalla prima formulazione del decreto Bersani solo che mentre in quest'ultimo la preferenza veniva accordata al concessionario uscente nel d.lgs. n. 463/1999 il *favor* era per le società espressione degli enti locali che godevano di una sorta di diritto di prelazione.

In questo senso di particolare importanza era il comma 12, in cui pur prevedendosi una gara per l'attribuzione della concessione³⁴⁷, si stabiliva un sistema per cui se gli enti locali o le società costituite da essi facevano proprio il

³⁴⁶ L'articolo 11 introduce l'articolo 1-bis del D.P.R. 235/1977, che attribuisce alle Province autonome la delega delle funzioni, precedentemente statali, in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, con il trasferimento di tutti i rapporti giuridici e della relativa documentazione. Decadono tutte le domande di concessione in sospeso.

³⁴⁷ *"Nei casi diversi dal comma 6, compreso il caso di decadenza, rinuncia o revoca, fermo restando quanto previsto dal comma 9, la provincia competente indice gara pubblica per l'attribuzione della concessione. Nei casi diversi rispetto alla decadenza, rinuncia o revoca, la gara è indetta non oltre cinque anni antecedenti la scadenza (...)".*

progetto migliorativo presentato dall'eventuale candidato diventavano titolari della concessione idroelettrica³⁴⁸.

Queste norme, come già era avvenuto per quelle valide su tutto il territorio nazionale, non potevano non suscitare la reazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che con una segnalazione del 2002 rilevava che il meccanismo di selezione del concessionario delle grandi derivazioni a scopo idroelettrico previsto dalla normativa richiamata (d.lgs. n. 463/1999) fosse suscettibile di determinare gravi distorsioni alla concorrenza, riconoscendo un ingiustificato *favor*, nell'ottenimento della concessione attraverso gara, alle aziende controllate dalla provincia o da altri enti locali.

Allo stesso modo si pronunciava anche la Commissione europea che iniziava una procedura d'infrazione (procedura IP/05/920) rilevando che il sistema introdotto con il decreto n. 463/1999 accordasse una preferenza al concessionario uscente e alle società degli enti pubblici locali.

In particolare, veniva censurato il fatto che dalla normativa citata (comma 12 dell'articolo 1-ter sopra citato) discendeva la possibilità di assegnazione della concessione ad un soggetto diverso da quello risultato vincitore della gara, il quale, dopo aver sopportato gli oneri della partecipazione alla competizione e della elaborazione dei programmi richiesti, vedeva questi medesimi programmi trasmessi gratuitamente a soggetti che, fino a quel momento, potevano anche aver mantenuto una condotta totalmente inerte, e godevano di una preferenza di concessione dovuta esclusivamente ai propri rapporti con l'amministrazione locale.

Per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato "pur riconoscendo il fondamentale principio costituzionale di autonomia dei poteri locali, è evidente

³⁴⁸ "La provincia competente individua il soggetto vincitore della gara pubblica, ne dà comunicazione agli interessati e trasmette il programma presentato dal soggetto risultato vincitore agli enti di cui all'articolo 10 ovvero alle aziende o alle società degli enti locali, come individuate nell'articolo 1 del presente decreto. I predetti enti e società hanno diritto di comunicare alla provincia competente entro i tre mesi successivi alla data di ricevimento della comunicazione il proprio impegno alla realizzazione di un programma avente contenuto identico o migliorativo rispetto a quello giudicato più idoneo. La provincia competente rilascia la concessione preferendo a parità di condizioni gli enti di cui all'articolo 10 ovvero le aziende o le società degli enti locali come individuate nell'articolo 1 del presente decreto".

come questo non possa essere assunto, neppure da parte di regioni e province a statuto speciale, quale fondamento e giustificazione per scelte normative ed amministrative puramente discriminatorie nei confronti di soggetti ed interessi ad esse esterni. A questo proposito, la recente modifica dell'articolo 117 della Costituzione, nel prevedere un rilevante ampliamento degli ambiti di legislazione concorrente tra Stato e Regioni, ha altresì direttamente esplicitato il rilievo generale della tutela della concorrenza, riservata alla legislazione esclusiva dello Stato, da cui discende un obbligo, per tutte le amministrazioni, di qualsiasi tipo e livello, di considerazione e rispetto di questa".

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella stessa segnalazione, dopo essersi soffermata sui profili di illegittimità della normativa indicata, evidenziava anche la cattiva condotta della Provincia di Trento e Bolzano con riferimento all'assegnazione a sé stessa (senza gara) di concessioni per lo sfruttamento di grandi derivazioni a scopo idroelettrico³⁴⁹.

E che le determinazioni di *favor* per le società legate agli enti locali non potessero essere considerate legittime lo dimostrava anche una sentenza della Corte di Cassazione di qualche anno successiva³⁵⁰.

La Suprema Corte, infatti, pronunciandosi nel 2006 sul rilascio di una concessione che era avvenuto in applicazione del principio di preferenza accordato alle società locali da una legge della Regione Lombardia (del 1998) aveva espressamente

³⁴⁹ In particolare, risulta che la Provincia detenga attualmente il controllo esclusivo di una società, denominata Società Elettrica Altoatesina-SEL Spa, cui sono state rinnovate, senza ricorrere ad una gara, due concessioni per lo sfruttamento di grandi derivazioni idroelettriche. Appare evidente, a questo proposito, il possibile pregiudizio alla concorrenza derivante dalla sovrapposizione in capo alla Provincia di un'attività imprenditoriale nel settore elettrico con la competenza amministrativa di rilascio di concessioni relative alla produzione di energia: l'Autorità raccomanda pertanto la massima trasparenza nell'esercizio delle funzioni amministrative in discussione, anche considerato che la legge, nell'individuare nella Provincia il soggetto cui affidare la competenza concessoria, ha riconosciuto in capo ad essa la tutela della c.d. concorrenza per il mercato, logica conseguenza del principio di imparziale amministrazione, principio da affiancarsi costantemente a quello, sopra richiamato, di autonomia locale.

³⁵⁰ Corte Cass., SS.UU., 18 maggio 2006, n. 11563

avallato la sentenza del Tribunale Superiore delle Acque pubbliche che aveva disapplicato la normativa regionale ritenendola in violazione del diritto europeo.

Per la Corte di Cassazione, infatti, “il Tribunale Superiore delle Acque pubbliche ha correttamente e coerentemente applicato la normativa interna e comunitaria in tema di mercato connesso all’attività di produzione, importazione, esportazione e acquisto di energia elettrica (...). Con tale normativa si è mirato ad assicurare nel settore un mercato aperto caratterizzato dalla libera concorrenza, da principi e regole di trasparenza e di non discriminazione, sì da consentire ad ogni operatore economico di poter concorrere a procedure di autorizzazioni, gare, aggiudicazioni, concessioni ed altro in condizioni di parità: pertanto nell’indicato settore gli enti pubblici agiscono come qualsiasi altro operatore economico privato”.

Nella medesima sentenza la Corte osservava che le aziende municipalizzate attive nel comparto dell’energia non possono richiamare a proprio favore esenzioni di sorta rispetto alla piena operatività delle norme di tutela della concorrenza, dacché tali società non rientrano tra le imprese indicate nell’art. 86 TCE (ora 106), operando nel settore liberalizzato dell’energia in condizioni paritarie rispetto a qualsiasi impresa pubblica o privata.

4. Le vere gare: la Legge Provinciale n. 10 del 15 dicembre 2004

Anche a seguito delle osservazioni presentate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato veniva promulgata la legge Provinciale n. 10 del 15 dicembre 2004 che, all’articolo 15, introduceva l’articolo 1-bis 1 nella Legge Provinciale 4/1998.

Il comma 1 di tale articolo, specifico per le grandi concessioni idroelettriche, stabiliva che in tali casi non si possano più preferire, nell’assegnazione della concessione, il concessionario uscente, gli Enti locali oppure società da essi controllati (commi da 6 a 12 dell’articolo 1 bis del D.P.R. 235/1977), recependo in pieno quanto rilevato dall’autorità garante della concorrenza e del mercato.

Conseguentemente i commi 2 e 3 stabilivano che la Giunta provinciale indicasse, con opportuno bando in cui saranno riportate tutte le caratteristiche della

concessione, una gara di assegnazione almeno cinque anni prima della scadenza di ciascuna concessione e specificava le caratteristiche del bando³⁵¹.

Gli altri commi stabilivano che il concessionario uscente dovrà consentire l'accesso ad ogni luogo e macchinario dell'impianto per effettuare la stima del valore della concessione e che la valutazione delle domande sarà effettuata da una apposita commissione tecnica nominata dalla Giunta provinciale e formata da un esperto giuridico-economico, un esperto ambientale o idraulico ed un esperto idroelettrico.

Meritano una sottolineatura i commi 7, 8 e 9 i quali riportano che, in alternativa alla gara per gestione esclusiva, la Provincia può promuovere la creazione di una società per azioni (a cui possono partecipare gli Enti locali o le società di capitale controllate da essi) alla quale affidare per trent'anni le concessioni purché almeno il 49% di tale società sia messo a gara (con bando simile a quello richiamato sopra) a favore di un'impresa con le stesse caratteristiche richieste.

Inoltre il comma 12 prevede che per le concessioni in scadenza prima del 2010 la Provincia abbia la facoltà, su richiesta del concessionario uscente, di rinnovarle senza bisogno di gara pubblica.

Con la legislazione del 2004 in sintesi si faceva, dunque, senz'altro un passo in avanti rispetto al decreto gemello rispetto a quello Bersani (d.lgs. n. 463/1999) ma si evidenziava la forte criticità del *favor* per gli enti locali.

³⁵¹ Il bando riporterà quindi: 1. durata; 2. parametri generali della derivazione (o delle derivazioni nel caso di concessione per impianti a cascata o dello stesso bacino imbrifero); 3. requisiti finanziari, organizzativi e tecnici necessari (indicatori numerici legati alla solidità finanziaria, capacità organizzativa e capacità tecnica); 4. obblighi legati alla tutela della sicurezza delle persone e alla tutela del paesaggio (laminazione delle piene, quote minime di invaso); 5. obblighi legati a prelievi straordinari per irrigazione, antincendio o uso potabile; 6. indennizzi per il concessionario; 7. canoni annui per l'uso dell'acqua, dei beni immobili e degli impianti; 8. sovracanonici per i Comuni rivieraschi e gli altri Enti locali nel bacino imbrifero di pertinenza; 9. opere di miglioria da realizzare per aumentare la potenza o l'energia prodotta; 10. opere di risanamento ambientale del bacino idrografico; 11. documentazione e scadenze per l'ammissione alla gara; 12. sistema di valutazione delle domande.

5. La sentenza della Corte Cost. n. 378/2007: l'abrogazione della legge provinciale del 2004

Era dunque la Corte Costituzionale ad intervenire con la sentenza 14 novembre 2007, n. 378³⁵² che, come vedremo, in relazione alle specifiche questioni, prendeva atto della rinuncia di tutte le parti ricorrenti che nel frattempo erano intervenute con norme abrogative di quelle contestate³⁵³.

Nel merito la Corte Costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sui ricorsi n. 26 del 22 febbraio 2005 e n. 1 del 18 gennaio 2006 che erano stati promossi dal Presidente del Consiglio dei Ministri rispettivamente contro gli articoli 8, 9, 10 e 15 (comma 2) della Legge della Provincia di Trento n. 10 del 15 dicembre 2004 e contro l'intera Legge della Provincia di Trento n. 17 del 6 dicembre 2005, nonché sul ricorso n. 40 del 3 marzo 2006 promosso dalla Provincia di Trento proposto contro l'articolo 1, commi da 483 a 492 della Legge n. 266 del 23 dicembre 2005.

Il punto censurato dal Governo era proprio l'articolo 15, comma 2, della Legge Provinciale 10/2004 che, come abbiamo visto, aveva introdotto l'articolo 1-bis nella Legge Provinciale 4/1998 recante la disciplina provinciale riguardante l'assegnazione ed i rinnovi delle concessioni per grandi derivazioni idroelettriche sul territorio provinciale.

Il Governo italiano sottolineava come la regolamentazione introdotta dall'articolo 1-bis fosse in contrasto con quanto stabilito dalle norme di attuazione dello Statuto Speciale della Regione Trentino-Alto Adige/Südtirol contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 235/1977, violando il principio di leale collaborazione tra Stato e Provincia e l'articolo 16 del Decreto Legislativo 79/1999, che prevede il

³⁵² Vedila con nota di F. BAILO, *Rifiuti e conservazione degli habitat naturali: una riconferma (ma non troppo!) della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *Giur.it.*, 2008, 1631; di A. ROCCELLA, *Autonomie speciali e tutela dell'ambiente*, in *Le Regioni*, 2008, 373ss. e di S. BALZANO, *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V, Cost.: il giudice delle leggi conferma il primato della competenza legislativa statale anche nei confronti degli enti territoriali ad autonomia speciale*, in *Riv.giur.ed.*, 2008, 463

³⁵³ Si noti che nel frattempo la procedura d'infrazione che era rimasta aperta, veniva sospesa in attesa della pronuncia della Corte costituzionale italiana sul decreto 11 novembre 1999, n. 463 contestato dalla Commissione.

riferimento alle sole norme di attuazione delle Regioni e delle Province autonome per la regolamentazione delle concessioni idroelettriche.

Inoltre, sempre per il Governo italiano, l'articolo 1-bis, descrivendo le modalità di selezione dei candidati alla gestione delle concessioni, eccederebbe le competenze provinciali ed intaccherebbe quelle statali cui spetta la competenza esclusiva in materia di concorrenza.

Il Governo italiano in particolare contestava: la parte in cui si prevede la possibilità per la Provincia, in alternativa alla gara di assegnazione prevista dalla normativa nazionale, di costituire una società per azioni a controllo maggioritario pubblico per la gestione di una concessione; la parte in cui si prevedeva la possibilità per la Provincia di determinare autonomamente la durata delle concessioni, in contrapposizione alla normativa nazionale che prevede una durata standard trentennale; la parte in cui si prevedeva la possibilità per la Provincia di rinnovare ai concessionari uscenti le concessioni in scadenza entro la fine del 2010 fino alla fine del 2020, senza bisogno di gara pubblica.

Nel corso del giudizio la Provincia autonoma di Trento intervenne approvando la Legge Provinciale n. 17 del 6 dicembre 2005, che modificava l'articolo 1-bis 1 oggetto del ricorso n. 26, in recepimento delle procedure d'infrazione n. 1999/4902 e n. 2002/2282, promosse dalla Commissione europea.

Con tale legge stabiliva, in primis, che per quanto riguarda le concessioni idroelettriche non si applicasse più quanto disposto dal d.p.r. n. 235/1977, giustificandosi, quindi, la disciplina contenuta nell'articolo 1-bis.

In secondo luogo si sottolineava come tale articolo rispondeva al decreto poc' anzi citato e anche che era facoltà della Provincia non rilasciare la concessione quando diventasse prioritaria la sicurezza delle popolazioni a valle della derivazione, e gestirla con società e strutture provinciali, anche a scopo idroelettrico.

La questione venne risolta dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 289/2006³⁵⁴ con il quale di fatto lo Stato dava ragione alle pretese del Trentino Alto

³⁵⁴ All'articolo 1-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 marzo 1977, n. 235, come introdotto dall'articolo 11 del decreto legislativo 11 novembre 1999, n. 463, sono apportate le seguenti modifiche: a) i commi 1 e 2 sono sostituiti rispettivamente dai seguenti: "1. Spetta alle Province autonome di Trento e di Bolzano, per il rispettivo territorio, secondo quanto disposto dall'articolo 01 e nel rispetto degli obblighi

Adige riconoscendo il passaggio di competenza in relazione alla materia delle grandi derivazioni idroelettriche dall'amministrazione statale alle suddette Province e, per l'effetto, rinunciava ai ricorsi.

Con lo stesso decreto n. 289 del 7 novembre 2006, che modifica la prima parte dell'articolo 1-bis del d.p.R. n. 235/1977, venne ribadito il potere spettante alle Province autonome di Trento e di Bolzano di legiferare (con propria legge provinciale) in materia di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, ma nel rispetto dell'ordinamento comunitario, di quello statale e soprattutto dell'articolo 117 della Costituzione (la produzione dell'energia elettrica è materia di legislazione concorrente tra Stato e Regioni: le Regioni hanno potere di legiferare solamente nel rispetto della legislazione statale) e vennero abrogati tutti i commi riguardanti le modalità di rilascio o di rinnovo delle concessioni (da 6 a 12).

Il contenzioso costituzionale si chiudeva, quindi, prendendo atto della rinuncia ai ricorsi sia da parte del Governo sia da parte della Provincia tenendo conto che nel frattempo, con legge nazionale del febbraio 2007, era stato stabilito che le norme statali in materia di concessioni idroelettriche non si applicassero al Trentino-Alto Adige³⁵⁵.

comunitari, l'esercizio delle funzioni già esercitate dallo Stato in materia di grandi derivazioni a scopo idroelettrico. 2. In relazione a quanto disposto dal comma 1, con legge provinciale, nel rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario e degli accordi internazionali, dell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, nonché dei principi fondamentali delle leggi dello Stato, sono disciplinate le grandi derivazioni di acque pubbliche a scopo idroelettrico."; b) l'ultimo periodo del comma 14 è soppresso; c) dopo il comma 15 è inserito il seguente: "15-bis. Le concessioni diverse da quelle previste dai commi 14 e 15 scadono alla data risultante dai rispettivi provvedimenti di concessione."; d) nel comma 16 le parole: "nel rispetto dei principi della legislazione statale e degli obblighi comunitari." sono sostituite dalle seguenti: "nel rispetto dell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, nonché dei principi fondamentali delle leggi dello Stato e degli obblighi comunitari."; e) i commi 3, 5, e da 6 a 12 sono abrogati.

³⁵⁵ Si noti che nel 2008 veniva siglato un importante accordo per cui una buona parte delle centrali idroelettriche del Trentino Alto Adige passavano dall'Enel e dall'Edison alla Dolomiti Energia che è di fatto una *longa manus* delle Province di Trento e Bolzano così affermandosi il pieno controllo locale sull'energia idroelettrica: cfr. M. PONTONI, *Le centrali idroelettriche al Trentino*, in *Trentino*, 2008.

Si può dire, in conclusione, che allo stato attuale il Trentino Alto Adige, ma sarebbe più corretto dire le Province autonome di Trento e Bolzano, hanno il pieno dominio dell'energia idroelettrica nel proprio territorio sia dal punto di vista formale (a loro spettano le competenze per il rilascio delle grandi concessioni di derivazione e, dunque, anche l'indizione delle gare) sia dal punto di vista sostanziale (attualmente quasi tutti i grandi impianti presenti su questo territorio sono "collegati" con le Province).

6. La sentenza Corte Costituzionale n. 114/2012: l'annullamento del tentativo "surrettizio" di proroga.

La Corte costituzionale è intervenuta di recente (sentenza n. 114 del 2012) in relazione alla legislazione della Provincia di Bolzano sulle concessioni idroelettriche annullando un tentativo "surrettizio" di proroga³⁵⁶.

La Provincia di Bolzano aveva infatti approvato una legge con la quale stabiliva che «ai fini di migliorare lo stato di qualità ambientale dei corsi d'acqua interessati, i titolari di due o più concessioni di derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico esistenti, relative ad impianti consecutivi, possono richiedere l'accorpamento delle stesse» e che in tal caso, il termine di scadenza delle concessioni accorpate avrebbe dovuto corrispondere alla scadenza della concessione accorpata con la durata residua più lunga³⁵⁷.

La difesa dello Stato aveva sollevato perplessità in ordine a tale disposizione ritenendo che essa si porrebbe in contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., e con l'art. 12, comma 1, del decreto legislativo Bersani.

³⁵⁶ In precedenza era intervenuta anche dando ragione alla Regione Veneto che aveva censurato gli atti con i quali la Provincia autonoma di Trento aveva rilasciato una concessione idroelettrica di grande derivazione senza la previa intesa della Regione Veneto nonostante il rilascio di tale concessione interessasse anche il territorio della Regione Veneto (Corte Cost., 6 aprile 2005, n. 133 sulla quale vedi G. MANFREDI, *Concessioni di derivazione di acque pubbliche ed esigenze di coordinamento nel governo delle acque*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 6, 1035 ss.)

³⁵⁷ Si trattava dell'art. 3 commi 1 e 3 della legge provinciale 21 giugno 2011, n. 4

Quest'ultimo, in conformità ai principi di tutela della concorrenza e di apertura al mercato, di derivazione comunitaria, stabilisce in modo chiaro che l'attribuzione della concessione deve avvenire tramite «una gara ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa vigente e dei principi fondamentali di tutela della concorrenza, libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione».

A tal proposito la difesa statale evidenzia che la legislazione provinciale è in ogni caso assoggettata agli obblighi internazionali e, quindi, ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'UE e che, comunque, nella materia dell'affidamento delle concessioni di derivazione di acque a scopo idroelettrico la disciplina rientra nella competenza esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza".

La Provincia di Bolzano difendeva la legittimità della propria legge ritenendo che "l'accorpamento delle concessioni previsto dalla norma provinciale, (che costituisce il risultato dell'esercizio della competenza legislativa provinciale in materia di utilizzazione delle acque pubbliche), non determinerebbe alcuna violazione del principio di concorrenzialità, posto che non sono previsti meccanismi di proroga o rinnovo, ma viene semplicemente disposto, su richiesta dei concessionari, l'accorpamento di concessioni consecutive, estendendosi alla nuova concessione il termine di durata residua della concessione più "longeva".

Sempre per la difesa della Provincia alla scadenza della concessione accorpata si potrà procedere al collocamento sul mercato della concessione stessa.

Le impuginate disposizioni, pertanto, non inciderebbero né sul regime di rinnovo delle concessioni, né su connesse esigenze a contenuto concorrenziale, e non potrebbero comunque ritenersi lesive di quanto previsto dal richiamato d.lgs. n. 79 del 1999.

La Corte accoglie le argomentazioni della difesa dello Stato confermando che "la disciplina censurata, indipendentemente dalla finalità espressa, è con evidenza suscettibile di determinare in modo automatico la proroga di una o più delle concessioni di derivazione a scopo idroelettrico accorpate, con il risultato di porsi in aperta violazione, per le concessioni più brevi, con l'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 79 del 1999, il quale, in conformità ai principi di tutela della concorrenza e di apertura al mercato, di libertà di stabilimento, trasparenza e non discriminazione, prevede espressamente la necessità di una gara ad evidenza pubblica".

E, dunque, ancora una volta i principi concorrenziali funzionano come “grimaldello” per annullare normative con esse contrastanti (in questo caso la proroga surrettizia).

CAPITOLO VI: La tutela dell'ambiente e le concessioni idroelettriche

1. Le concessioni idroelettriche e gli impatti sull'ambiente

Quella idroelettrica è una fonte di primaria importanza per il bilancio energetico nazionale. Lo è da un punto di vista economico, essendo ancora – e di gran lunga – la principale risorsa nazionale. Ma lo è anche dal punto di vista ambientale, poiché non avendo emissioni inquinanti di alcun tipo i suoi impatti sull'ambiente sono limitati, e quindi riveste un ruolo fondamentale nell'ambito della lotta per il controllo del riscaldamento globale³⁵⁸.

Peraltro, rientrando l'energia idroelettrica nell'ambito delle energie rinnovabili è chiaro che deve essere privilegiata rispetto ad altri tipi di energie (ad es. centrali termoelettriche, centrali termonucleari) maggiormente dannose per l'ambiente rispetto alle quali presenta molti vantaggi³⁵⁹.

³⁵⁸ Il tramonto della opzione nucleare, decretato dal referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011, conferisce un ruolo fondamentale alla produzione di energia da fonti rinnovabili, ed in particolare all'uso idroelettrico delle acque pubbliche. Il rifiuto plebiscitario delle centrali nucleari destinate alla produzione di energia elettrica, ha come conseguenza necessitata che il patrimonio idrico debba concorrere a soddisfare il fabbisogno energetico, con una quota significativa destinata alla produzione di energia idroelettrica. Il governo dell'acqua assume una rinnovata importanza economica, richiedendo strutture tecnico-amministrative, ad elevata professionalità; regole certe e di lungo periodo sono indispensabili per tutti i soggetti coinvolti in quella che si prospetta come una profonda rivoluzione degli usi idroelettrici per la produzione di energia da fonti rinnovabili. Cfr. in tal senso F.LETTERA, *La difesa del suolo e le autorità di Bacino nelle regioni e Province autonome*, in www.gruppo183.org

³⁵⁹ Tra i vantaggi derivanti dallo sfruttamento della risorsa idrica a scopo energetico non si possono non segnalare la robustezza strutturale degli impianti: edifici, dighe, macchinari possono essere utilizzati senza alcuna criticità purché si effettui la corretta manutenzione ordinaria. In secondo luogo il rendimento di un impianto idroelettrico è il più alto tra tutti i tipi di impianti per la produzione di energia elettrica: i valori normali si attestano sul 90% a differenza degli impianti termoelettrici (carbone e olio combustibile) che raggiungono a fatica il 45%, degli impianti turbogas a ciclo combinato (quasi il 60%), degli

Se questo è vero, certamente non può ignorarsi il fatto che lo sfruttamento dell'energia idroelettrica richiede la costruzione di opere imponenti quali dighe, laghi di deposito, canali di derivazione, installazione di grandi turbine ecc., che inevitabilmente impattano sull'ambiente in modo rilevante³⁶⁰.

Non si fa riferimento al solo aspetto che riguarda la realizzazione della centrale che può avere dei riflessi sul piano del paesaggio ma in particolare agli aspetti che riguardano la gestione ordinaria dell'impianto che può avere sensibili conseguenze sugli ecosistemi del corpo idrico³⁶¹.

Se quindi tra le energie rinnovabili, quella idroelettrica, deve godere di una certa "preferenza" rispetto ad altri "tipi" di energia, si impone che vengano adottate (

impianti eolici (35%) e degli impianti fotovoltaici (15%). Va inoltre ricordata la preziosa funzione di laminazione delle piene effettuata dagli invasi, che regolarizzano le portate dei corsi d'acqua ed evitano quindi gli straripamenti.

³⁶⁰ Gli impianti idroelettrici impattano comunque sull'ambiente sotto vari profili: in primo luogo occorre considerare l'impatto visivo (gli sbarramenti che essi richiedono sono certamente in contrasto con il paesaggio naturale e l'ecosistema circostante); in secondo luogo con la digressione dell'acqua da un bacino imbrifero ad un altro i territori a valle della derivazione vengono privati di un sostanziale quantitativo di risorse idriche per l'agricoltura, per la popolazione nonché delle funzioni naturali di depurazione; in terzo luogo essi modificano il microclima con conseguente aumento della vegetazione a valle dello sbarramento che non permette il corretto deflusso in caso di piena; in quarto luogo le acque utilizzate dalle centrali vengono fatte decantare nei bacini, dove prima scorrevano libere, determinando una riduzione dei microorganismi in sospensione necessari all'alimentazione di molti pesci; infine, generalmente si verifica un consistente disboscamento per destinare molte aree ad edifici, a condotte forzate, ad elettrodotti e alle strade di accesso.

³⁶¹ La costruzione di una centrale idroelettrica può causare alterazioni idromorfologiche ai corsi d'acqua: dall'incidenza sul regime idrologico, all'interruzione della continuità fluviale, alla modifica della morfologia dell'alveo e delle sponde, senza dimenticare le problematiche legate alla modifica della dinamica del trasporto solido e alla gestione dei sedimenti accumulati in dighe e traverse

per il suo utilizzo) misure volte a minimizzare gli effetti negativi che provoca sugli ecosistemi³⁶².

Il problema della compatibilità delle concessioni idroelettriche con i profili di tutela ambientale, può dirsi essere, particolarmente “giovane”³⁶³.

³⁶² In argomento cfr., N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 790. “La qualificazione di fonte rinnovabile di energia e di fonte relativamente pulita, non deve rimanere una semplice petizione di principio, né deve fornire una sorta di immunità, ma deve avere continuo riscontro nella realtà fattuale”.

³⁶³ Ed infatti, è soltanto attraverso la spinta del diritto comunitario e del diritto internazionale che anche il nostro ordinamento comincia a prendere consapevolezza della rilevanza assunta dall’ambiente. Sul dibattito che riguarda l’ambiente a livello internazionale, cfr. le attente considerazioni di M. R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, (a cura di) A. POLICE e altri, 171 e ss. nel quale l’Autore sottolinea l’azione penetrante dovuta al diritto internazionale ampiamente dimostrata dalla circostanza che risultano attualmente vigenti oltre 9000 trattati internazionali sul tema e per quanto più ristretta anche la produzione normativa in ambito comunitario risulta essere abbastanza copiosa. “Oltre i due terzi della produzione normativa interna in materia dell’ambiente è di origine comunitaria e numerosissime risultano essere le sentenze della Corte di Giustizia sul tema. La politica ambientale della Unione Europea è stata caratterizzata fino alla metà degli anni ‘80 da interventi relativi a settori specifici: basti ricordare che le prime direttive risalenti agli anni ‘70 avevano ad oggetto la disciplina dell’inquinamento atmosferico. Negli anni successivi esse hanno sempre più spesso avuto ad oggetto principi a carattere generale di azione e di organizzazione sino a dar vita ad un vero e proprio “corpus” omogeneo dal quale si traggono già indicazioni di valenza generale”. L’autore fa riferimento all’art. 3 della direttiva in materia di VIA, nel quale viene affermato che “gli effetti sull’ambiente sono da ritenersi quelli che riguardano l’uomo, la fauna ... l’ambiente assume insomma un significato assai ampio che ricomprende sia gli elementi naturali, sia il cosiddetto ambiente antropizzato ossia la risultanza dell’interazione tra fattori naturali e azioni dell’uomo” ; inoltre G. DI FIORE, *Diritto dell’urbanistica e dell’ambiente*, in *Lezioni* (a cura di G. PALMA), 2005/2006, 340ss., nel quale l’Autrice mette in evidenza come l’interesse per l’ambiente sia nato prima nel resto del mondo e soltanto dopo nel nostro Paese. Infatti, “nel diritto internazionale si parla forse per la prima volta di ambiente soltanto nel 1941, per una vicenda che occorre tra gli USA e il Canada, relativa ad alcune emissioni nocive di uno stabilimento canadese al confine con gli Stati Uniti. Queste emissioni furono, per la

Infatti nel nostro ordinamento mancava una disciplina organica dedicata in modo specifico a questi aspetti e, si anticipa si d'ora, che nonostante vi siano stati diversi interventi volti a crearla ancora oggi non sembra che l'opera del legislatore abbia sortito gli effetti sperati³⁶⁴.

Ripercorrendo infatti, l'evoluzione legislativa³⁶⁵ della risorsa "acqua" e facendo un passo indietro fino all'inizio del secolo scorso, si intravede in modo chiaro che nel T.u delle acque e degli impianti elettrici del '33, norma più volte richiamata, obiettivo del legislatore era quello di preferire usi speciali o riservare l'uso dell'acqua per finalità produttive³⁶⁶ lasciando da parte la possibilità di sfruttamento della risorsa per finalità generali e di tipo comunitario³⁶⁷.

prima volta, trattate non secondo gli schemi privatistici delle immissioni, e quindi non come un problema di diritto soggettivo leso, ma come un interesse pubblico, appunto quello all'ambiente salubre". Il dibattito giuridico in Italia ha invece origine soltanto alla fine degli anni '60 e si sviluppa poi negli anni '70. "Nonostante i ritardi l'interesse all'ambiente assume rapidamente connotati suoi propri, con una progressiva esigenza di tutela". Peraltro attraverso la giurisprudenza della Corte Costituzionale si fa strada una ricostruzione del concetto di ambiente che privilegia una visione unitaria e non frammentaria del bene. "Ci si avvicina (...) sempre più ad una costruzione del concetto di ambiente come principio non solo non solo in senso giuridico ma come bene da tutelare, fondato su un valore metagiuridico".

³⁶⁴ Cfr. N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 795 nel quale gli autori mettono in evidenza di come l'impostazione del T. U del 33, ancora vigente, e modificato episodicamente per singole norme, influenzi ancora l'intera disciplina del settore idrico con particolare riguardo allo strumento della concessione. In tali sensi cfr. anche U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1025ss.

³⁶⁵ M. CONTE, *L'utilizzazione delle acque prima e dopo la legge sulla difesa del suolo* in *Il regime giuridico delle acque in Italia e Spagna*, in *ISRI CNR quaderni per la ricerca*, n. 21/1990, 55 ss. nonché O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente* (a cura di G. BOTTINO e altri) Giuffrè, 2008.

³⁶⁶ In argomento P. URBANI, *Bilancio idrico, concessione di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di Bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 843, nel quale l'A. afferma che nel T.U del 1933 "emerge con chiarezza che nella scelta tra i diversi usi delle acque,

E' di tutta evidenza che tale tipo di impostazione intanto era giustificata in quanto il legislatore di allora si muoveva sul presupposto che l'acqua fosse una risorsa illimitata³⁶⁸

In questo senso il T.U. sulle acque pubbliche e sugli impianti elettrici, che, come si è visto, rappresenta ancor'oggi la fonte più importante in materia, prevedeva all'art. 10 che dovessero essere ammesse le domande di concessione presentate dall'ENEL anche se tardive in quanto considerate dirette al "soddisfacimento di uno speciale e prevalente interesse pubblico"³⁶⁹.

Con il passare del tempo, la sempre maggiore richiesta di acqua per utilizzazioni differenti, la crisi ecologica degli ecosistemi acquatici, l'eccessivo sfruttamento e degrado delle falde sotterranee, il deterioramento della qualità delle acque e i fenomeni di inquinamento delle risorse iniziarono a mettere in crisi il sistema previgente basato sulla priorità per gli usi produttivi delle risorse idriche.

Pian piano, infatti, l'acqua da *res communis omnium* e, quindi, da risorsa tendenzialmente esauribile, si era trasformata in un bene da tutelare.

E' negli anni Ottanta³⁷⁰, a seguito del mutato scenario caratterizzato da esigenze di tipo ambientale³⁷¹ e dalla consapevolezza dell'esauribilità della risorsa, che

l'atteggiamento premiale dell'amministrazione doveva dirigersi verso l'uso maggiormente produttivo della risorsa acqua".

³⁶⁷ Sul tema, *cf.* in generale, tra gli altri, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, *op. cit.* 362; S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.* 2003, 355 e L. R. PERFETTI, "Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm.- CdS*, 2003, 621.

³⁶⁸ O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente* (a cura di G. BOTTINO ed altri), 2008, 837.

³⁶⁹ Cfr. anche art. 9 d.p.r. 18 marzo 1965, n. 342.

³⁷⁰ G. SANTUCCI, A. SIMONATI, F. CORTESE, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *L'Acqua e il Diritto*, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento (2 febbraio 2011), paragrafo n. 4.

comincia a farsi strada una politica incentrata sulla tutela di questo “prezioso” bene capace di soddisfare una molteplicità di usi.

2. La “logica provvedimentale”: dal testo unico del 1933 alle prime aperture

Il capovolgimento del quadro di riferimento e l’aumento vertiginoso del valore dell’acqua, allarga gli orizzonti portando ad un’intuizione semplice e cioè, l’inadeguatezza dello strumento della concessione in una visione di “amministrazione globale delle acque”³⁷².

La concessione è infatti, per definizione, provvedimento adottato caso per caso e, come tale, poteva essere strumento omogeneo ad un sistema quale era quello instaurato nel 1865³⁷³ nel quale serviva per permettere volta per volta, utilizzazioni del tutto marginali e di interesse pubblico modesto o addirittura nullo³⁷⁴, peraltro di una risorsa considerata inesauribile.

³⁷¹ In argomento cfr. O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell’ambiente*, (a cura di G. BOTTINO ed altri), 2008. L’A. afferma che “con il passare del tempo, la sempre maggiore richiesta di acqua per utilizzazioni differenti, la crisi ecologica degli ecosistemi acquatici, l’eccessivo sfruttamento e degrado delle falde sotterranee, il deterioramento della qualità delle acque e i fenomeni di inquinamento delle risorse iniziarono a mettere in crisi il sistema previgente basato sulla priorità per gli usi produttivi delle risorse idriche”.

³⁷² Cfr. sul punto M. RAMAJOLI, *Usi delle acque*, in *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di U. POTOTSCHNIG-E. FERRARI, Padova, 2000, 23.

³⁷³ Va ricordato, infatti, che nella legge fondamentale sui lavori pubblici del 1865 (L.20.3 1865 n. 2248 all. F) la materia delle acque era contenuta nella sua interezza e nelle sue diverse componenti nel Titolo III “*acque soggette a pubblica amministrazione*”.

³⁷⁴ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1020 ss. In tale contributo l’A. sottolinea che la concessione poteva essere uno strumento adeguato quando l’oggetto principale a cui servivano le acque era la navigazione o l’uso pubblico e quindi la concessione era uno strumento “sussidiario” all’amministrazione del bene. Col passare del tempo la concessione ha assunto un ruolo radicalmente nuovo e sproporzionato rispetto alle sue possibilità naturali: quello di strumento non più sussidiario ma *principale* di amministrazione del bene.

A quell'epoca, infatti, la concessione di derivazione era divenuta il principale strumento di amministrazione del bene acqua, il luogo della conciliazione degli interessi (in presenza di domande concorrenti) e delle scelte discrezionali tra il caso concreto e il pubblico interesse³⁷⁵.

Nonostante vi fossero nel testo unico del '33 disposizioni che superassero il semplice schema provvedimentale³⁷⁶, l'impostazione dello stesso, riferita alle singole utilizzazioni al di fuori di un quadro pianificatorio, costituiva il limite principale della disciplina.

Né valsero allo scopo i tentativi operati dal d. lgs n. 275 del 1993³⁷⁷ che all'art. 2, inserendo nel testo unico sulle acque l'art. 5 bis³⁷⁸ relativo all'aspetto informativo

³⁷⁵ In argomento cfr. O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente*, (a cura di G. BOTTINO ed altri), 2008, 836. Inoltre, cfr. N. LUGARESI, *Le Acque pubbliche, Profili dominicali di tutela e gestione*, Milano, 1995, 247. Nel quale l'A. inquadra la concessione come "la prima espressione, sia pure limitata ed incompleta, di una politica delle acque"

³⁷⁶ L'articolo 5 del T. U del '33 prevedeva la formazione del catasto delle utenze di acqua pubblica; l'art. 57 affidava al Servizio idrografico la raccolta delle osservazioni idrografiche e meteorologiche riguardanti corsi d'acqua e bacini imbriferi e lo studio dei bacini imbriferi e delle questioni idrografiche e meteorologiche riguardanti i corsi d'acqua e bacini imbriferi.

³⁷⁷ Decreto legislativo 12 luglio 1993, n. 275 "Riordino in materia di concessione di acque pubbliche", pubblicato in *GU n. 182 del 5-8-1993*. Tale norma interveniva peraltro radicalmente sui criteri di rilascio delle concessioni, inserendo profili di preferenza legati alla tutela ambientale e inserendo il parere dell'autorità di bacino nel procedimento concessorio. Tale politica continuava con la legge n. 34 del 1996 (meglio nota come "legge Galli" e con il successivo d. lgs. n. 152 del 1999, che all'art. 22, poi modificato dall'art. 6 d. lgs. n. 285 del 2000, introduceva il tema della salvaguardia del deflusso minimo vitale del bacino derivato, prevedendo l'eventuale riduzione del flusso derivabile senza alcun indennizzo. Sul punto cfr. P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 845ss.

³⁷⁸ Che al comma 2 dispone "Le amministrazioni dello Stato, le regioni e le province autonome assicurano lo scambio delle informazioni relative ai provvedimenti di rilascio, di modificazione e di rinnovo delle concessioni di derivazioni e di licenze di attingimento, entro trenta giorni dalla data di efficacia del relativo provvedimento. Gli stessi dati sono

in materia di concessioni, cercava, vanamente, di rendere più completa ed attuale l'attività conoscitiva propria dei pubblici poteri incentivando lo scambio delle informazioni riguardanti i provvedimenti emessi dalle singole amministrazioni.

Nonostante ciò, la suddetta normativa del 1993 non fu capace di stravolgere il quadro previgente costituito dal testo unico del 1933.

Né a questa situazione pose rimedio l'organico intervento di cui al Codice dell'Ambiente (d.lgs. n. 152/2006) che pure avrebbe potuto procedere all'accorpamento della disciplina in un unico atto legislativo con intuibili e auspicati effetti di razionalizzazione ed unitarietà³⁷⁹.

Invece con il predetto decreto n. 152/2006, il legislatore delegato si limitò ad introdurre alcune disposizioni con le quali procedette alla modifica e integrazione dell'art. 9 comma 1 T.U acque che assunse la forma tuttora vigente³⁸⁰.

A seguito di tale modifica tale articolo è stato strutturato prevedendo una serie di criteri utilizzabili dall'amministrazione per la scelta della più razionale

inviati, entro il medesimo termine, alle Autorità di bacino e al Dipartimento per i servizi tecnici nazionali.

³⁷⁹ G. SANTUCCI, A. SIMONATI, F. CORTESE, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *l'Acqua e il Diritto*, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento (2 febbraio 2011), paragrafo n. 2.

³⁸⁰ Art. 9, comma 1 T.U acque (comma sostituito dall'articolo 4 del D.Lgs. 12 luglio 1993, n. 275 e, successivamente, dall'articolo 23 del d. lgs. 11 maggio 1999, n. 152. La norma è poi confluita nell'art. 96 del d. lgs. 3 aprile 2006, n.152, rubricato espressamente "Modifiche al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775"). "Tra più domande concorrenti, completata l'istruttoria di cui agli articoli 7 e 8, è preferita quella che da sola, o in connessione con altre utenze concesse o richieste, presenta la più razionale utilizzazione delle risorse idriche in relazione ai seguenti criteri: a) l'attuale livello di soddisfacimento delle esigenze essenziali dei concorrenti anche da parte dei servizi pubblici di acquedotto o di irrigazione e la prioritaria destinazione delle risorse qualificate all'uso potabile; b) le effettive possibilità di migliore utilizzo delle fonti in relazione all'uso; c) le caratteristiche quantitative e qualitative del corpo idrico oggetto di prelievo; d) la quantità e la qualità dell'acqua restituita rispetto a quella prelevata. Sul punto, cfr. S. MANICA, *Commento all'art. 96*, in N. LUGARESI, S. BERTAZZO (a cura di), *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, 2009, 363ss.

utilizzazione delle risorse idriche in caso di domande concorrenti. Tali criteri, per il loro carattere indeterminato, non appaiono però sufficienti a costituire parametri sicuri di giudizio.

La comparazione di domande concorrenti può garantire la scelta più efficace, in relazione al pubblico interesse, per una determinata acqua, ma assolutamente non può garantire che tale scelta si inserisca in un disegno unitario con le altre adottate “ parallelamente”³⁸¹.

In questo senso, la stessa disciplina disposta dal decreto liberalizzazione del settore elettrico, per il rilascio delle concessioni di grande derivazione (decreto Bersani), prende in considerazione anche profili *lato sensu* di tutela ambientale, laddove prevede che la “gara” per l’affidamento della concessione debba essere indetta “*avendo particolare riferimento ad un’offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza e di aumento dell’energia prodotta o della potenza installata*” nonché pure di “*idonee misure di compensazione territoriale*”³⁸².

Ma anche il sistema della gara pubblica, se da un lato può garantire una maggiore trasparenza, non assicura, una considerazione globale degli interessi, ma soltanto un confronto tra più soluzioni prospettate dagli aspiranti concessionari.

Peraltro, l’utilizzazione più razionale per il caso concreto non è necessariamente tale se la si considera in un ambito territoriale o amministrativo, più ampio.

Se a questo si aggiunge la mancata considerazione dei profili di tutela, qualitativa e quantitativa, delle risorse idriche, si può arrivare alla conclusione per la quale il testo unico del 1933 non appare più idoneo a costituire la base normativa di una politica e di un “governo” delle acque che rispondano alle esigenze attuali³⁸³.

³⁸¹ N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA , *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 796.

³⁸² Art. 12, d. lgs. n. 79/99 e ss.mm.

³⁸³ N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA , *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 796.

Dunque, se è vero, come sembra essere vero che la pubblica amministrazione, in sede di procedimento concessorio, può esercitare la propria discrezionalità non solo nella scelta dell'utilizzazione più razionale (secondo i parametri di pubblico interesse) in riferimento alla singola fattispecie, ma pure nella conformazione di ogni singolo atto³⁸⁴, è anche vero che ciò non assicura che siano valutati gli aspetti di tutela delle risorse idriche, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo.

La concessione di derivazione, quale provvedimento puntuale³⁸⁵, non consente una considerazione globale degli effetti conseguenti alle diverse utilizzazioni insistenti sul medesimo bene ed è quindi inidonea ad intervenire nella protezione del bene stesso.

Ciò non significa che lo strumento concessorio debba essere eliminato, ma che lo stesso debba intervenire in sede attuativa di un provvedimento di carattere generale, che sia un piano o un programma, ove siano valutati e temperati tutti gli interessi, pubblici, ma anche privati, incidenti sulle risorse idriche.

Occorrerebbe cioè, come da molti rilevato, che l'istituto della concessione di derivazione venga adeguato in maniera tale da essere integrato maggiormente all'interno di un contesto pianificatorio in un rapporto analogo a quello esistente tra permesso di costruire e Piano regolatore nel quale, come è noto, il primo può essere rilasciato soltanto se compatibile con il secondo³⁸⁶.

³⁸⁴ In questo senso P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 844ss.

³⁸⁵ In argomento cfr., O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente*, (a cura di G. BOTTINO ed altri), 2008, 836; M. RAMAJOLI, *Usi delle acque*, in *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di U. POTOTSCHNIG E E. FERRARI, Padova, 2000, 23.; U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 1020.

³⁸⁶ In questo senso cfr. P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 844 che mettendo in discussione il modello della concessione di derivazione, ritiene che questa debba essere inserita all'interno di un contesto pianificatorio come è accaduto per la licenza edilizia "... la licenza edilizia che per lungo tempo ha costituito l'unico atto di valutazione degli interessi pubblici connessi all'utilizzazione del territorio e quindi unico atto conformativo della proprietà ha perso il suo ruolo centrale a vantaggio del piano urbanistico ...". Tra gli altri

Ciò che però costituisce motivo di preoccupazione è che, allo stato, nonostante tali forti istanze di tutela anticipata e inserita in un ambito di programmazione, si continui ad operare il bilanciamento degli interessi quasi esclusivamente a livello provvedimentale.

Eppure il tentativo di passare dalla logica “provvedimentale” a quella “pianificatoria” costituisce il filo rosso dei principali interventi legislativi nel settore tra la fine degli anni ottanta e l’inizio degli anni novanta.

3. La legge n. 183 del 1989 e l’inserimento delle concessioni idroelettriche in un quadro pianificatorio (i piani di bacino e le autorità di Bacino)

Prima di dar conto delle innovazioni apportate dal legislatore nel campo della materia acque e soprattutto prima di analizzare la legge n. 183 del 1989 che, come noto, costituisce il primo tentativo di impostare una politica organica delle acque nel nostro ordinamento, appare opportuno volgere uno sguardo indietro per comprendere come nasce e su quali basi si fonda tale legge³⁸⁷.

Il settore idrico, più che altri settori, è stato caratterizzato da un fenomeno di legiferazione per stratificazioni successive che ha comportato problemi di

cfr. anche O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell’ambiente*, (a cura di G. BOTTINO ed altri), 2008, 840 e N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 797 dove si afferma che le valutazioni discrezionali fatte per i singoli casi, come accade per la concessione di derivazione, devono lasciare spazio a valutazioni più ampie, compiute in sede di pianificazione.

³⁸⁷ In argomento, molto puntuale, che si sofferma sull’eredità tramandata fino al legislatore del 2006, M. ALBERTON, *L’attività delle Autorità di bacino alla luce dei recenti sviluppi in tema di governo delle acque*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2010, 366 e ss.; cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Acque e opere idrauliche*, in *Seicentosedici: dieci anni dopo*, Cons. reg. Veneto Atti del convegno, Venezia 18-20 nov. 1987, 514ss., Roma 1988

sovrapposizioni di competenze e di frammentazione dei centri decisionali e di potere³⁸⁸.

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento³⁸⁹ e in particolare con l'avvento del Novecento si cominciava a regolamentare l'uso delle risorse idriche, compresi gli "usi speciali ed eccezionali"³⁹⁰, la produzione di energia elettrica, la bonifica integrale³⁹¹.

Ma è a partire dalla seconda metà del secolo scorso, che il legislatore si mostra fortemente sensibile alla materia che riguarda le acque. E' in questo periodo

³⁸⁸ Sull'evoluzione degli strumenti di *policy* e legislativi nel settore idrico e sui rapporti tra pianificazione, gestione e governo delle acque in Italia si veda il contributo di F. RAINALDI, *Il governo delle acque in Italia: dalla pianificazione territoriale al basin management*, Paper presentato al XXIII Convegno della Società Italiana di Scienza Politica, Roma, 17-19 settembre 2009. Si vedano, inoltre, C. CARROZZA, *La riforma italiana dei servizi idrici. Modi locali di governo fra continuità e rottura*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 1, 2008, 200 ss.; G. CITRONI, A. LIPPI, *La politica di riforma dei servizi idrici: istituzioni, processi e poste in gioco*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2, 2006, 239 ss.; N. GIANNELLI, *La riforma dei servizi idrici: uno sguardo alla normativa nazionale e regionale*, *ivi*, 277 ss.; R. PASSINO, *La difesa del suolo in Italia dalla Commissione De Marchi ad oggi*, Relazione presentata al Convegno nazionale "Acqua e suolo: dalla legge n. 183/1989 alla direttiva europea 60/2000, Taormina, 1-2 dicembre 2005", consultabile *on line* sul sito internet del Gruppo 183 (www.gruppo183.org).

³⁸⁹ Il riferimento è alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, a cui si è fatto cenno più volte nel presente lavoro.

³⁹⁰ Sul punto cfr. G. LANDI, *Derivazione di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, 297 e ss.; F. PACELLI, *Le acque pubbliche*, 301 e ss.; G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo IV*, 1948, 65 e 66; R. ALBANO, *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *I Lavori pubblici* (a cura di) A. M. SANDULLI, 156. In buona sostanza, per "usi speciali" si intendevano quelli che non sottraevano l'acqua alla sua normale destinazione, mentre gli "usi eccezionali" riguardavano la derivazione delle acque a fini industriali, irrigui o di forza motrice, da sottoporre a richiesta di concessione.

³⁹¹ Tra i provvedimenti dell'inizio del Novecento in materia di acque cfr P. URBANI, *Il governo delle acque*, reperibile su www.gruppo183.org, 4: il "Testo Unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie" (r.d. 25 luglio 1904, n. 523, in G.U. 7 ottobre 1904, n. 234); il "Testo Unico delle disposizioni di legge sulle acque e sugli impianti elettrici" (r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, in G.U. 8 gennaio 1934, n. 5); il "Testo Unico sulla bonifica integrale" (r.d. 13 febbraio 1933, n. 215, in G.U. 4 aprile 1933, n. 79).

infatti, che prendeva avvio la programmazione dell'uso delle risorse idriche con l'introduzione dei primi strumenti di pianificazione³⁹² inoltre, attraverso la "nazionalizzazione" dell'energia si procedeva alla riorganizzazione del settore elettrico³⁹³ nonché alla tutela delle acque dall'inquinamento³⁹⁴, al ripensamento degli interventi necessari per la sistemazione idrogeologica e alla conservazione del suolo a seguito dei gravi episodi di alluvione delle Polesine del 1951³⁹⁵ e di Firenze del 1966³⁹⁶.

Fu proprio a seguito di quest'ultimo episodio che fu istituita la Commissione De Marchi³⁹⁷ che ebbe come scopo quello di evidenziare i principali difetti del sistema, proponendo che la difesa idraulica dovesse essere inquadrata nell'ambito di bacini idrografici unitari unitamente alla difesa della qualità delle acque e nel

³⁹² "Piano orientativo ai fini di una sistematica regolazione delle acque e relazione annuale del Ministero dei lavori pubblici" (legge 19 marzo 1952, n. 184, in G.U. 7 aprile 1952, n. 83); "Piano regolatore generale degli acquedotti e delega al Governo ad emanare le relative norme di attuazione" (legge 4 febbraio 1963, n. 129, in G.U. 2 marzo 1963, n. 59).

³⁹³ "Istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica e trasferimento ad esso delle imprese esercenti le industrie elettriche" (legge 6 dicembre 1962, n. 1643)

³⁹⁴ Legge 10 maggio 1976, n. 319 "Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento" (cosiddetta legge Merli)

³⁹⁵ L'alluvione del Polesine, intervenuta in un sistema fluviale ancora insufficientemente dotato di difese, invase un territorio con una densità di insediamenti, prevalentemente di tipo rurale, ancora contenuta e con una tipologia in qualche modo assuefatta a convivere con le alluvioni, gravità a parte, come è dimostrato dalle caratteristiche strutturali degli insediamenti di allora.

³⁹⁶ Dal 3 al 7 novembre 1966 si verificò una disastrosa alluvione che aveva sommerso gran parte del centro storico di Firenze e gravemente danneggiato campagne, litorali e città su vaste estensioni dell'Italia centro-settentrionale, in particolare del Veneto, Friuli Venezia Giulia e Toscana.

³⁹⁷ Si trattava di una Commissione interministeriale per lo studio della sistemazione idraulica e della difesa del suolo, costituita congiuntamente dal Ministero dei Lavori Pubblici e da quello dell'Agricoltura e delle Foreste, nota come Commissione De Marchi, dal nome del suo presidente. Per una trattazione completa sull'evoluzione della Commissione De Marchi cfr. R. PASSINO, *La difesa del suolo in Italia dalla Commissione De Marchi ad oggi*, reperibile sul sito Gruppo 183.

quadro di una pianificazione di bacino che costituisse la base delle attività di intervento amministrativo.

La Commissione fece il punto non tanto sulla tecnologia, quanto sull'approccio con cui all'epoca si affrontavano i problemi della difesa dalle alluvioni, con anticipazioni notevolissime di idee che si sarebbero sviluppate successivamente.

Il Rapporto finale della Commissione, completato agli inizi degli anni '70, mostrava chiara e urgente la necessità di affrontare congiuntamente tutte le questioni relative la difesa del suolo e l'uso ottimale delle risorse idriche, non solo con interventi singoli, ma soprattutto attraverso forme di pianificazione capaci di integrare esigenze di tutela e di sviluppo che non potevano che essere gestite da un unico centro decisionale.

Si ponevano così le basi per la creazione di una struttura amministrativa pubblica a scala di area idrografica vasta (era questo il termine usato nel rapporto), verso la quale far convergere tutte le competenze relative la gestione del territorio.

La relazione conclusiva (di circa 900 pagine), pose in evidenza la necessità di una pianificazione di bacino come *conditio sine qua non* di ogni attività amministrativa di settore³⁹⁸.

Nonostante gli sforzi ci vollero ben venti anni perché si giungesse alla citata legge n. 183 del 1989³⁹⁹.

³⁹⁸ Certamente influirono sulla Commissione, oltre alle eccezionali qualità del suo Presidente, le risoluzioni che in materia di governo delle acque venivano maturando negli anni 60 in altri Paesi Europei, particolarmente in Francia e nel Regno Unito. In Francia, la legge del 1964 istituiva sei Agenzie di Bacino, in capo alle quali poneva il compito di pianificare e coordinare le varie azioni della Pubblica Amministrazione, rafforzate da specifiche competenze in materia finanziaria e di controllo sugli usi delle acque, nonché dal compito di promuovere la partecipazione dei rappresentanti degli interessi e dei diritti al processo decisionale. Anche nel regno Unito era iniziato sin dai primi anni '60 un intenso dibattito che portò alla emanazione del Water Authorities Act del 1973, che prevedeva la suddivisione del territorio nazionale in dieci bacini idrografici governati da dieci autorità indipendenti, in capo alle quali veniva posto il governo integrato delle risorse idriche, supportato da autonomia economica derivante da introiti sui servizi prestati.

Tale legge dal titolo "norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo" si innestava su una straordinaria polverizzazione della materia e degli apparati organizzativi centrali (Min. Ambiente, LL.PP., Industria) e periferici (uffici speciali, Magistrato alle Acque, Uffici del Genio civile e provveditorati alle opere pubbliche), Regioni (grazie ai pochi poteri conferiti in base al DPR18/72 e 616/77)⁴⁰⁰ sulla quale sin da subito furono sollevati dubbi di costituzionalità⁴⁰¹.

³⁹⁹ Le difficoltà furono dovute ai tanti rinvii parlamentari legati anche a scadenze di legislatura, ma soprattutto da un importante evento di natura politico amministrativa: l'avvento delle regioni a statuto ordinario, alle quali venivano delegate o trasferite competenze mediante il D.P.R. 616/77. La modificazione del quadro delle competenze e delle responsabilità accelerò purtroppo il decadimento delle strutture tecnico-amministrative dello Stato, tanto a livello centrale che periferico. Le nuove competenze erano poi necessariamente esercitate nell'ambito dei confini amministrativi regionali, eludendo quindi il principio della unitarietà di bacino. Questi antefatti spiegano le difficoltà entro le quali si svolse il dibattito parlamentare che portò alla approvazione della legge 183 e i compromessi che ne consentirono l'approvazione, a scapito, come a breve si vedrà, della sua qualità. Da una parte le tradizionali Amministrazioni dello Stato miravano a recuperare competenze perse con il D.P.R. 616/77, dall'altra le Regioni miravano a rosicchiare competenze ulteriori e comunque a non condizionare quelle conquistate.

⁴⁰⁰ Sul punto cfr. P. LOMBARDI, *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato-regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 3, 2012, 1ss. "Il concetto di "difesa del suolo", attiene a diversi settori di materie, opere idrauliche, la sistemazione idrogeologica, la forestazione, la bonifica montana, l'agricoltura e il governo del territorio. La n. 183 che ha il merito di aver definito per la prima volta in modo unitario i problemi che riguardano la pianificazione, la programmazione ed attuazione degli interventi connessi con le acque, integrando il momento della tutela dalle calamità ricorrenti con il momento della utilizzazione e della considerazione della qualità delle acque. Si occupa sia della difesa del suolo *dalle acque* sia della tutela *delle acque* dall'inquinamento. Ai sensi dell'art. 1, «per il conseguimento delle finalità perseguite dalla presente legge, la pubblica amministrazione svolge ogni opportuna azione di carattere conoscitivo, di programmazione e pianificazione degli interventi, di loro esecuzione, in conformità alle disposizioni che seguono» (2° comma) «Alla realizzazione delle attività previste dal comma 1 concorrono, secondo le rispettive competenze: lo Stato, le regioni a statuto speciale ed ordinario, le province autonome di Trento e di Bolzano, le province, i comuni, le comunità montane, i consorzi di bonifica ed irrigazione e quelli di bacino imbrifero montano» (4° comma). Dall'analisi della norma emerge l'intento da parte del Legislatore di voler creare un

La legge n. 183/1989 risultò finalizzata a delineare e rendere operante un quadro organico di riferimento e di coordinamento delle politiche afferenti “il ciclo dell’acqua”, non limitandosi alla sola difesa del suolo *dalle acque* ma aspirando altresì a provvedere alla tutela *delle acque* dall’inquinamento nonché al risanamento e gestione del patrimonio idrico⁴⁰².

Per quanto tale legge si presentasse come disciplina di settore afferente alla difesa del suolo, non deve stupire che mostrò evidenti caratteri di *onnicomprendività*⁴⁰³, di *globalità* ed *esaustività*⁴⁰⁴.

apparato fortemente accentrato, attraverso la presenza di numerosi attori statali cui venivano attribuiti tutti i poteri di indirizzo, coordinamento, controllo ed approvazione degli atti programmatici ed esecutivi”. In tal senso cfr. anche nonché M. RUGEN, *La legge per la difesa del suolo*, in *Rass. lav. pubb.*, 1989, I, 267-268.

⁴⁰¹ Sul punto cfr. P. LOMBARDI, *L’evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato-regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 3, 2012 ed anche G. PASTORI, *Il seicentosedici rovesciato*, in *Le regioni*, 1991, 25. In effetti, la legge quadro, al momento della sua entrata in vigore, intervenne con condizionamenti pesanti ed incisivi in più di una materia di competenza regionale, puntualmente rilevati dalle regioni e dalle province autonome e portati innanzi alla Corte costituzionale. In particolare, le regioni addebitarono alla legge il ruolo fondamentale assegnato a nuovi soggetti pubblici – le Autorità di bacino di rilievo nazionale – e tale da sostituirle nel proprio operato in tema di difesa del suolo. Fu per questo le Regioni del Triveneto impugnarono la legge di fronte alla Corte Costituzionale con sentenza 26 febbraio 1990, n. 85 (la sentenza è reperibile su *In Foro it.*, 1990, I, 1778 con nota di E. Rossi), oltre a dichiarare tale ultima questione inammissibile nei termini in cui era stata posta, a causa della sua genericità, respinse quasi tutte le singole censure mosse dalle regioni ai contenuti della legge, partendo dal presupposto che la l. 183/1989 conteneva un insieme di norme che fissavano un *obiettivo* comune per Stato e regioni costituito dalla *difesa del suolo*, da raggiungere attraverso un complesso sistema di strutture, di soggetti (anche a composizione mista Stato-regioni), di pianificazione e cooperazione che vincolasse tutti gli interventi delle pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento a quelli regionali.

⁴⁰² P. DELL’ANNO, *Manuale di diritto dell’ambiente*, Padova, 2000, 698-699.

⁴⁰³ Sul punto, P. LOMBARDI, *L’evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato-regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. giur. ambiente*, n.

Ed infatti il settore della difesa del suolo divenne la sede normativa nella quale si iniziò un processo di riconduzione ad unità della disciplina sostanziale e organizzativa delle acque.

In buona sostanza, anche alla luce di quanto di dirà in seguito, nonostante le diverse criticità che presentava la legge, è possibile attribuirle il merito di aver posto le premesse affinché si aprissero le condizioni per un intervento organico più direttamente imperniato sul governo delle acque in un'ottica pianificatoria⁴⁰⁵.

La riforma impostata con la legge quadro, si basava essenzialmente su tre aspetti tra di loro fortemente connessi.

In primis veniva individuato il bacino idrografico⁴⁰⁶ quale ambito ottimale di governo del settore⁴⁰⁷, in secondo luogo venivano istituite le Autorità di Bacino⁴⁰⁸,

3, 2012, 1; P.M. PIACENTINI, *Aspetti della funzionalità amministrativa nella nuova legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. trim. appalti*, 1989, 866-868.

⁴⁰⁴ A. ABRAMI, *Strutture amministrative e poteri di programmazione nella recente legislazione di difesa del suolo*, in *Riv. dir. agr.*, 1992, 2, 329.

⁴⁰⁵ In argomento cfr. M. RENNA, *Pianificazione per la tutela delle acque e per la gestione dei rifiuti*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, (a cura di) F. BASSI- L. MAZZAROLLI, Torino, 2000, 198

⁴⁰⁶ In Italia, il riferimento al bacino come unità geografica si ritrova per la prima volta nel testo di una legge del 1907 che ha istituito il Magistrato per le acque per le province venete e di Mantova ed è stato ripreso anche nel Regio Decreto del 1923 (famoso per aver istituito il vincolo idrogeologico) quale ambito per azioni di contrasto dei fenomeni di dissesto e di sistemazione idraulico forestale dei bacini montani. Oggi il bacino idrografico viene inteso come ambito fisico di pianificazione che supera le frammentazioni e le separazioni fino ad allora prodotte dall'adozione. Per un'analisi dei bacini idrografici. Sugli aspetti relativi ai bacini idrografici cfr. M. NANNI, *Il bacino come unità di gestione delle acque in Italia: tra l'intenzione e la realtà*, in AA.VV., *Il diritto e l'amministrazione delle acque*, (a cura di) R. Burchi, Padova, 1995; R. PAPANIA, *L'attività di pianificazione dei bacini idrografici nel testo unico ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 436 ss.;

⁴⁰⁷Ai sensi dell'art. 13 della legge, l'intero territorio nazionale era ripartito in bacini idrografici, classificati in bacini di rilievo nazionale, interregionale e regionale. In particolare, gli art. 14 e 15 procedevano direttamente alla elencazione delle prime due categorie, prevedendo invece l'art. 16, con disposizione residuale, che fossero di rilievo

organo misto composto da rappresentanti dello Stato e delle Regioni⁴⁰⁹, quali enti con funzioni amministrative e gestionali sui bacini idrografici capaci, peraltro, di costituire un argine ai ricorrenti conflitti tra i diversi livelli istituzionali⁴¹⁰, ed infine, la legge, individuava nel Piano di Bacino⁴¹¹ lo strumento di programmazione e regolazione del territorio idrografico⁴¹².

regionale tutti i bacini non compresi nei due articoli precedenti, spettando alle regioni la relativa delimitazione, anche d'intesa tra loro, in virtù dei rispettivi ambiti di competenze

⁴⁰⁸ Le Autorità di Bacino hanno il compito di assicurare la difesa del suolo, il risanamento delle acque, la fruizione e la gestione del patrimonio idrico e la tutela degli aspetti ambientali nell'ambito dell'ecosistema unitario del bacino idrografico, nonché compiti di pianificazione e programmazione per il territorio di competenza.

⁴⁰⁹ L'art. 12 della legge 183 prevedeva quali organi dell'Autorità di Bacino il Comitato istituzionale, il Comitato tecnico, il Segretario generale e la Segreteria tecnico-operativa. Tale composizione costituì all'epoca il tema di un vivace dibattito nell'attuazione della legge quadro. Si tenga poi presente che l'art. 12 costituì uno dei principali punti della legge quadro contestati da regioni e province autonome con i ricorsi che hanno dato causa alla sentenza della Corte costituzionale n. 85/1990. Tali enti misero infatti in dubbio la legittimità costituzionale dell'articolo nella parte in cui creava nuove istituzioni statali in luogo di quelle regionali – o provinciali – attributarie delle medesime competenze. La Corte, dichiarò la questione infondata, sul presupposto che la l. 183/1989 fosse essenzialmente "legge di obiettivi" comuni allo Stato e alle regioni, che pertanto dovevano essere perseguiti attraverso la via della "cooperazione" tra l'uno e gli altri: tra le forme di cooperazione possibili vi era certamente quella della creazione di "organi misti". Sul punto cfr. P. LOMBARDI, *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato-regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 3, 2012, 125.

⁴¹⁰ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 346 ed anche U. POTOTSCHNIG, *La difesa del suolo (ovvero le Regioni senza difesa)* in *Le Regioni*, 21ss.

⁴¹¹ Sui piani di bacino cfr. C. MORRONE, *Competenze e strumenti di coordinamento delle competenze in materia di pianificazione ambientale e tutela del suolo: i piani di bacino ex L.18 maggio 1989 n. 183*, in *Foro amm.*, fasc.6, 1995, pag.1184; P. STELLA RICHTER, *I piani di bacino*, in *Riv. giur. Urb.*, 1998, 523; L. RAINALDI, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992.

In tal modo come è stato efficacemente sostenuto, attraverso il piano di bacino nasce “un piano regolatore di tutti gli usi idrici a livello di bacino idrografico”⁴¹³.

E' chiaro dunque che interferendo le concessioni idroelettriche sulla disciplina delle acque la soluzione auspicabile sarebbe stata quella di inquadrarle all'interno di questo quadro pianificatorio, ma su questi aspetti la normativa non detta delle norme specifiche ma ciò nonostante fornisce comunque dei principi e dei criteri per la successiva opera di attuazione normativa e provvedimento⁴¹⁴.

Si noti che le Autorità di Bacino, costituite da rappresentanti statali e regionali (o delle Province Autonome) espressione dei vari interessi pubblici tutelati⁴¹⁵, inizialmente istituite dal codice dell'ambiente, avrebbero dovuto essere sostituite dalle Autorità di Bacino distrettuale⁴¹⁶, ma, tuttora, in attesa della riforma, sono state prorogate ed operano effettivamente⁴¹⁷.

⁴¹³ M. RAMAJOLI, *Usi delle acque in Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di U. POTOTSCHNIG, E. FERRARI, Padova, 2000, 23.

⁴¹⁴ In argomento, cfr. M. RAMAJOLI, *Usi delle acque in Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, (a cura di U. POTOTSCHNIG, E. FERRARI), Padova, 2000, 44ss.; S. BERTAZZO, *Profili quantitativi nella gestione delle risorse idriche*, in *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, (a cura di) N. LUGARESI e MASTRAGOSTINO, 2003, 155, nonché cfr. N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 800.

⁴¹⁵ Come è stato esattamente rilevato “è difficile che un'azione imparziale ed efficiente possa provenire da una struttura organizzatoria non già ispirata già nella sua struttura a questi principi”: M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003, 246.

⁴¹⁶ Sulle competenze delle Autorità di bacino distrettuale alla luce del Codice, C. ALIBERTI, *Le competenze in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione nel Testo unico n. 152/2006(artt. 57-63)*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2008.

⁴¹⁷ Con il Decreto Legislativo 3 aprile 2006 n. 152 “Norme in materia ambientale”, attuativo della delega di cui alla L. 15.12.2004 n. 308 per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale, si è aperta una lunga fase di trasformazione durante la quale, attraverso il D.Lgs 284/2006 prima e poi il D.L. 208/2008 convertito nella L. 27 febbraio 2009 n. 13, la normativa ha compiuto un percorso che ha visto prima la soppressione delle Autorità di bacino con la previsione delle

E' ad esse che competono la pianificazione e la programmazione per il governo unitario del territorio del bacino idrografico attraverso il detto strumento del Piano di bacino⁴¹⁸.

Tale piano ha valore di piano territoriale di settore ed è lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo e la corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato⁴¹⁹.

4. Il concetto di deflusso minimo vitale

E' importante sottolineare anche l'art. 3 della legge n. 183 del 1989, nel quale per la prima volta fa il suo ingresso il concetto del minimo deflusso vitale (DMV) che fa riferimento alla tutela quantitativa della risorsa idrica e che ha come finalità quella di salvaguardare l'equilibrio dell'ecosistema esistente all'interno di un corpo idrico.

Tale concetto riveste un'importanza fondamentale per quella che sarà la successiva opera del legislatore soprattutto con riferimento alle concessioni idroelettriche.

Ciò è testimoniato infatti dall'art. 12 del d. lgs n. 79 del 1999 che stabilisce appunto che *"la nuova concessione deve essere compatibile con la presenza negli alvei sottesi del*

Autorità di bacino Distrettuali, poi la proroga della attività delle Autorità di bacino "nelle more della costituzione dei distretti idrografici e della eventuale revisione della disciplina normativa " di cui al D.Lgs 152/2006.

⁴¹⁸C. MORRONE, *Competenze e strumenti di coordinamento delle competenze in materia di pianificazione ambientale e tutela del suolo: i piani di bacino ex L.18 maggio 1989 n. 183*, in *Foro amm.*, fasc.6, 1995, pag.1184; P. STELLA RICHTER, *I piani di bacino*, in *Riv. giur. Urb.*, 1998, 523; M. NANNI, *Il bacino come unità di gestione delle acque in Italia: tra l'intenzione e la realtà*, in *AA.VV., Il diritto e l'amministrazione delle acque*, a cura di R. BURCHI, Padova, 1995; R. PAPANIA, *L'attività di pianificazione dei bacini idrografici nel testo unico ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 436 ss.; L. RAINALDI, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992

⁴¹⁹ Sul punto la norma originaria era appunto l'art. 17, comma 1, l. 183/1989.

minimo deflusso costante vitale, individuato sentiti anche gli enti locali, e con le priorità di messa in sicurezza idraulica del bacino stesso ai sensi della legge n. 183/1989 e successive modifiche e integrazioni nonché con i deflussi ad uso idropotabile relativi alle concessioni...” .

Con il termine di deflusso minimo vitale (DMV)⁴²⁰ s'intende il deflusso che, in un corso d'acqua, deve essere presente a valle delle captazioni idriche al fine di mantenere le migliori condizioni di funzionalità e di qualità degli ecosistemi interessati ossia una quantità minima d'acqua da rilasciare a valle della diga per assicurare la vita della fauna e flora e gli utilizzi umani essenziali⁴²¹.

Sottraendo una minore quantità d'acqua nel punto di prelievo autorizzato si consente un'adeguata preservazione degli ecosistemi.

In concreto le misure che stabiliscono volta per volta quale sia il DMV sono stabilite nel Piano di Tutela delle Acque, la cui approvazione è di competenza delle Regioni e deve intervenire nel rispetto degli obiettivi definiti dalle Autorità di bacino su scala di distretto idrografico⁴²².

Il Legislatore ha, quindi, demandato al predetto strumento di pianificazione settoriale l'individuazione delle regole di calcolo e dei criteri applicativi del DMV, la cui disciplina può dunque differire tra Regione e Regione, anche se il parere riservato alle Autorità di bacino sui contenuti del Piano di Tutela delle Acque,

⁴²⁰ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 348; O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente*, (a cura di G. BOTTINO ed altri), 2008, 846; N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 846.

⁴²¹ L'art. 3, comma 3, della legge n. 36/94 disponeva che “nei bacini idrografici caratterizzati da consistenti prelievi o da trasferimenti, sia a valle che oltre la linea di displuvio, le derivazioni sono regolate in modo da garantire il livello di deflusso necessario alla vita negli alvei sottesi e tale da non danneggiare gli equilibri degli ecosistemi interessati”.

⁴²² In tal senso dispongono gli artt. 95 e 121 del D. Lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'Ambiente)

nell'ambito della necessaria interazione fra pianificazione di bacino e pianificazione regionale, e le verifiche di competenza del Ministero dell'Ambiente, dovrebbero garantire una disciplina omogenea - almeno nelle sue linee fondamentali sul territorio nazionale, con possibilità di adeguamento alle specifiche realtà territoriali regionali.

5. La legge Galli n. 36 del 1994: la rivoluzione copernicana rispetto al t.u. del 1933

Se, quindi, la legge n. 183 del 1989 ebbe il merito di aver introdotto dei concetti fondamentali e lungimiranti sul tema di cui si discute, non fu però in grado di inserire le concessioni in un ambito pianificatorio.

La conseguenza fu che la disciplina delle concessioni rimase di fatto ancorata alle disposizioni del T.U delle acque.

Un primo tentativo di adattamento dell'istituto delle concessioni al sistema di pianificazione introdotto dalla legge sul suolo, fu il d. lgs. n. 275 del 1993 (Riordino in materia di concessione di acque pubbliche)⁴²³ che interveniva peraltro radicalmente sui criteri di rilascio delle concessioni⁴²⁴, inserendo profili di preferenza legati alla tutela ambientale e inserendo il parere dell'autorità di

⁴²³ Sul punto cfr. N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 800 e inoltre cfr. M. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in www.federalismi.it;

⁴²⁴ L'art. 3 del decreto legislativo n. 275 del 1993 ha aggiunto il comma 1-bis all'art. 7 del T. U del 1933. Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 461 che ritiene essere tale decreto un vero e proprio punto di svolta per il sistema delle concessioni.

bacino, dapprima solo obbligatorio e oggi vincolante⁴²⁵, nel procedimento concessorio.

E' evidente che la disposizione in esame costituisce un "segnale" di un quadro che timidamente tenta di assumere colorazioni di tipo diverso in un'ottica di "rivisitazione" necessaria del modello concessorio che, come sottolineato innanzi, si mostra oramai inidoneo a fronte di problematiche che guardano verso "nuovi" bisogni.

Come è stato esattamente rilevato, la previsione di un parere in sede istruttoria del procedimento di concessione costituiva un grande passo in avanti sulla disciplina delle concessioni che sancisce normativamente "l'intenzione di superare la tradizionale amministrazione per atti puntuali", subordinando l'emanazione degli stessi ad una verifica di compatibilità con l'atto di pianificazione di carattere generale⁴²⁶.

⁴²⁵ In argomento cfr. P. URBANI, *Le Autorità di bacino di rilievo nazionale: pianificazione, regolazione e controllo nella difesa del suolo*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, 227 ss. L'autorità di bacino territorialmente interessata esamina le domande di concessione e a seguito di una valutazione emette un parere all'ufficio istruttore in ordine alla compatibilità. Tale parere nella vigenza del testo a cui si fa riferimento (D. lgs. n. 275 del 1993) era obbligatorio ma non vincolante. Sul punto cfr. P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di Bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 847, sulla particolare rilevanza anticipatoria dell' A. che critica il carattere meramente consultivo del parere, e quindi non obbligatorio e soprattutto l'introduzione del silenzio assenso "cosicché le deroghe introdotte al regime del " giusto procedimento" in favore dell' esigenza della rapidità dell'azione amministrativa, finiscono per incidere negativamente sul buon andamento dell'amministrazione, che comprende anche il dovere dell'amministrazione procedente di acquisire il materiale conoscitivo per poter provvedere". Sta di fatto che l'intuizione dell' A. ha anticipato quanto è accaduto a seguito dell'intervento del Codice dell'Ambiente n. 152 del 2006, infatti, tale parere è divenuto obbligatorio e vincolante ed è venuto meno il meccanismo del silenzio-assenso che caratterizzava la precedente normativa.

⁴²⁶ Cfr. N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 800.

Tale politica continuava con la legge n. 34 del 1994 (meglio nota come “legge Galli”)⁴²⁷ che risultò essere una legge importantissima per i principi affermati nei primi articoli⁴²⁸ che rovesciano completamente quelli contenuti nel Testo unico sulle acque del ’33.

Per ragioni di economia non è possibile affrontare tutti gli aspetti che contempla la legge in questione, dunque, ci si soffermerà sugli aspetti salienti della legge che costituiranno elementi senz’altro determinanti ai fini dell’inserimento delle concessioni idroelettriche all’interno della pianificazione di bacino.

Procedendo con ordine, tra le novità introdotte dalla legge viene prevista una pubblicità generalizzata di tutte le acque, in collegamento con un principio generale di solidarietà⁴²⁹; viene introdotta una gerarchia degli usi che colloca al primo posto il consumo umano, vengono riconosciute le aspettative delle generazioni future e, soprattutto, vengono affermati i principi della risorsa idrica sul piano sia qualitativo che quantitativo.

Inoltre il legislatore sembra voler potenziare il ruolo delle Autorità di bacino attribuendo a tali organi la definizione e l’aggiornamento periodico del bilancio idrico⁴³⁰ finalizzato ad assicurare l’equilibrio fra le disponibilità di risorse reperibili o attivabili nell’area di riferimento ed i fabbisogni per i diversi usi⁴³¹.

⁴²⁷ Legge n. 34 del 5 gennaio del 1994 intitolata “Disposizioni in materia di risorse idriche”.

⁴²⁸ Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 350; P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di Bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 843; O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell’ambiente*, (a cura di G. BOTTINO), 2008, 838; N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 801 e 821.

⁴²⁹ Art. 1, comma 2: “tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorchè non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà”.

⁴³⁰ In questo senso l’art. 3 della legge n. 36/1994 rubricato “equilibrio del bilancio idrico” disponeva che “l’Autorità di bacino competente definisce ed aggiorna periodicamente il bilancio idrico diretto ad assicurare l’equilibrio fra le disponibilità di risorse reperibili o

La legge si apre significativamente con l'affermazione per cui tutte le acque sono pubbliche⁴³² e che costituiscono un bene primario da salvaguardare ed utilizzare secondo criteri di solidarietà.

Sempre per il legislatore "qualsiasi uso delle acque è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale" (art. 1, comma 2).

Nello stabilire che "gli usi delle acque sono indirizzati al risparmio e al rinnovo delle risorse per non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici" si stabilisce il principio di sostenibilità.

Si stabilisce poi – ed è questa la rivoluzione copernicana rispetto a quanto stabilito dal T.U. del 1933 in relazione agli usi – che "l'uso dell'acqua per il consumo umano è prioritario rispetto agli altri usi del medesimo corpo idrico superficiale o sotterraneo. Gli altri usi sono ammessi quando la risorsa è sufficiente e a condizione che non ledano la qualità dell'acqua per il consumo umano"(art. 2).

E', dunque, proprio nella legge n. 36/1994 che vengono ribaltati completamente i principi del T.U. del 1933: come si è visto viene soprattutto introdotta una graduazione dell'uso dell'acqua che colloca al primo posto il consumo umano, al secondo quello irriguo e all'ultimo posto quello industriale.

attivabili nell'area di riferimento ed i fabbisogni per i diversi usi, nel rispetto dei criteri e degli obiettivi di cui agli articoli 1 e 2. Per assicurare l'equilibrio tra risorse e fabbisogni, l'Autorità di bacino competente adotta, per quanto di competenza, le misure per la pianificazione dell'economia idrica in funzione degli usi cui sono destinate le risorse".

⁴³¹Sul ruolo delle Autorità di bacino importantissimo è il lavoro di P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di Bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 843- 848. Inoltre cfr. M. RUGEN, *Il ruolo delle Autorità di Bacino nella concessione dell'acqua e nei programmi triennali di intervento*, in *Il diritto e l'amministrazione delle acque. Profili di diritto comparato, di diritto comunitario e stato della normativa in Italia*, (a cura di) S. BURCHI, Padova, 1995, 104

⁴³² "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche" (art. 1).

In sintesi se la legge n. 183/1989 è stata fondamentale nell'individuare gli strumenti operativi per la tutela delle acque (autorità e atti di programmazione), la successiva legge n. 36/1994 si è invece mossa su un piano diverso facendo diventare il piano della tutela e della salvaguardia dell'acqua il nucleo della nuova disciplina.

6. Il d.lgs. n. 152/1999: i piani di tutela delle acque

I principi contenuti nella legge n. 36/1994 vengono ripresi e attuati attraverso il D. lgs. n. 152 del 1999 (che abroga la l. n. 183/1989 e la legge n. 36 del 1994 e che confluirà successivamente nel d.lgs. n. 152/2006), altro intervento normativo di grandissima qualità che, per alcuni aspetti, sembra voler anticipare le indicazioni comunitarie⁴³³.

E' in questa stagione infatti, che il legislatore sembra essere più deciso e incline ad un inserimento effettivo delle concessioni all' interno di quadro pianificatorio.

Ciò accade, appunto, con l'art. 22 del suddetto decreto⁴³⁴ che considera la tutela quantitativa come complementare e funzionale rispetto alla tutela qualitativa in

⁴³³ Il riferimento è alla Direttiva Quadro 2000/60/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000 che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque. L' obiettivo ultimo della direttiva è quello di mantenere e migliorare lo stato di tutte le acque, superficiali e sotterranee, del territorio dell' Unione. La strategia disegnata dalla Direttiva si articola in cinque obiettivi specifici: il raggiungimento del "buono stato ecologico" (parametri chimici, biologici e morfologici) di tutte le acque entro il 2016; un "approccio combinato" che includa sia i controlli alla sorgente, sia gli standard di qualità; una gestione delle acque basata sui bacini idrografici, quale "naturale unità geografica ed idrologica"; l'introduzione di una tariffazione per l'acqua basata sul principio della *full-cost recovery*, come incentivo per l'uso sostenibile delle risorse idriche; la partecipazione dei cittadini e dei portatori di interesse nell'attuazione della Direttiva. Sul punto cfr. F. RAINALDI, *Il governo delle acque in Italia: dalla pianificazione territoriale al river basin management*, in www.gruppo183.org

⁴³⁴ Poi modificato dall'art. 6 d. lgs. n. 285 del 2000. Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 352-353 che afferma "lo stesso decreto riforma profondamente la disciplina di tutela delle acque, dando la stura al progressivo superamento della dicotomia tutela quantitativa-tutela qualitativa (...) introducendo il

vista di un consumo idrico sostenibile affinando peraltro, ulteriormente lo strumento del deflusso minimo vitale⁴³⁵.

La pianificazione del bilancio idrico, se attuata, diventa uno strumento di grandissima importanza che ha dei risvolti anche sulle concessioni.

Le autorità concedenti infatti, ai sensi del comma 5 dell'art. 22 (oggi confluito nell'art. 95 del Codice dell' Ambiente del 2006), possono provvedere alla revisione delle concessioni disponendo prescrizioni o limitazioni temporali o quantitative senza indennizzo, purchè venga fatta salva la riduzione del canone demaniale di concessione⁴³⁶.

principio della revocabilità delle concessioni idriche". Nello stesso senso N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rass. Giur. En. Elettrica*, 1999, 800.

⁴³⁵ Infatti l'avvertita necessità di garanzia della conservazione negli alvei del minimo deflusso vitale è stata la molla per cominciare ad introdurre il principio della modificabilità del contenuto della concessione al fine di renderla compatibile con le nuove esigenze ambientali e di salvaguardia degli ecosistemi. Sul punto cfr. O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente*, (a cura di G. BOTTINO e altri), 2008, 849.

⁴³⁶ Art. 22 comma 6 del Decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152 "Decreto legislativo 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" (oggi *abrogato dal decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 152*) che recita: "per le finalità di cui ai commi 1 e 2 le autorità concedenti, a seguito del censimento di tutte le utilizzazioni in atto nel medesimo corpo idrico provvedono, ove necessario, alla loro revisione, disponendo prescrizioni o limitazioni temporali o quantitative, senza che ciò possa dar luogo alla corresponsione di indennizzi da parte della pubblica amministrazione, fatta salva la relativa riduzione del canone demaniale di concessione". Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 462 che tale norma sia stata introdotta per "salvaguardare il minimo deflusso vitale nei corsi d'acqua pesantemente alterati per effetto di sottrazioni della portata naturale, con pregiudizi spesso esiziali per gli ecosistemi posti a valle delle prese".

Altro aspetto fortemente innovativo del D.lgs 152/99 è costituito dall'aver individuato nel Piano di Tutela (previsto dall'art. 44 del D.Lgs. 152/99 e s.m.i.)⁴³⁷ l'atto di programmazione capace di perseguire i tanto "auspicati" obiettivi di qualità e di quantità.⁴³⁸

E' questo il primo livello di pianificazione in materia di acque di competenza regionale.

⁴³⁷ Tali piani costituivano una significativa evoluzione dei piani di risanamento previsti sin dal 1979. La prima disciplina organica in materia (legge 319/76: cd Merli), quando non esistevano ancora le Autorità di bacino, prevedeva in capo allo Stato "la redazione del piano generale di risanamento delle acque sulla base dei piani regionali, nonché il controllo della compatibilità dei piani regionali di risanamento delle acque relativi ai bacini idrografici a carattere interregionale, anche attraverso conferenze permanenti interregionali, promosse dal Ministero per i lavori pubblici" (art 2, lett c). Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 348; inoltre vedi anche F. FIGORILLI, *I piani regionali di risanamento delle acque*, in *Riv. giur. Urban.*, 1988, 333.

⁴³⁸ Tali obiettivi sono individuati nell' art. 73 del D. lgs n. 152 del 2006. Che dispone così: " *Le disposizioni di cui alla presente sezione definiscono la disciplina generale per la tutela delle acque superficiali, marine e sotterranee perseguendo i seguenti obiettivi: prevenire e ridurre l'inquinamento e attuare il risanamento dei corpi idrici inquinati; conseguire il miglioramento dello stato delle acque ed adeguate protezioni di quelle destinate a particolari usi; perseguire usi sostenibili e durevoli delle risorse idriche, con priorità per quelle potabili; mantenere la capacità naturale di autodepurazione dei corpi idrici, nonché la capacità di sostenere comunità animali e vegetali ampie e ben diversificate; mitigare gli effetti delle inondazioni e della siccità contribuendo quindi a: garantire una fornitura sufficiente di acque superficiali e sotterranee di buona qualità per un utilizzo idrico sostenibile, equilibrato ed equo; ridurre in modo significativo l'inquinamento delle acque sotterranee; proteggere le acque territoriali e marine e realizzare gli obiettivi degli accordi internazionali in materia, compresi quelli miranti a impedire ed eliminare l'inquinamento dell'ambiente marino, allo scopo di arrestare o eliminare gradualmente gli scarichi, le emissioni e le perdite di sostanze pericolose prioritarie al fine ultimo di pervenire a concentrazioni, nell'ambiente marino, vicine ai valori del fondo naturale per le sostanze presenti in natura e vicine allo zero per le sostanze sintetiche antropogeniche; impedire un ulteriore deterioramento, proteggere e migliorare lo stato degli ecosistemi acquatici, degli ecosistemi terrestri e delle zone umide direttamente dipendenti dagli ecosistemi acquatici sotto il profilo del fabbisogno idrico".*

Il D. lgs. n. 152 del 2006 (Codice dell'Ambiente)⁴³⁹ riconferma all' art. 121 il contenuto principale di tale strumento di tutela ma ne cambia la natura infatti,

⁴³⁹ Emanato sulla base dei principi della delega legislativa contenuti nella legge 15 dicembre 2004, n. 308 «*Delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*». Tale decreto ha abrogato quasi tutta la legislazione precedente in materia di acque, con l'intento di semplificare e rendere organica la ormai complessa e disarticolata disciplina esistente. L'intervento si è però distinto, a parere unanime di dottrina e operatori del settore, per aver disegnato norme non coordinate, contraddittorie, non compiute, e lacunose. Per un commento su questi aspetti Per un commento si vedano, tra gli altri, A. MURATORI, *Se il legislatore (ambientale) è... di memoria corta: le discipline "mutilate" per omessa emanazione delle norme esecutive (parte seconda)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 4, 2009, 305 ss.; A. QUARANTA, *Il riordino disarticolato della disciplina a tutela delle acque nel t.u. ambientale*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento al Testo Unico Ambientale*, Milano, Ipsoa, 2006; C. SCARDACI, *Il Testo Unico in materia ambientale e la nuova disciplina sulla gestione delle risorse idriche: prime considerazioni*, 2007, consultabile sul sito internet www.giuristiambientali.it.

Inoltre è opportuno sottolineare che il decreto recepisce la direttiva comunitaria 2000/60 CE che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque. In argomento Si vedano, inoltre, M. VITA, *Il recepimento della direttiva 2000/60CE in Italia: problematiche e proposte di attuazione*, in *Ambiente Italia*, 3, 2006, 8 ss.; GRUPPO 183, *La sfida dei distretti idrografici per il governo cooperativo delle acque e del suolo: la revisione del d.lgs. 152/2006 in materia ambientale*, documento presentato il 7 novembre 2006; WWF ITALIA-LEGAMBIENTE, *Nota sul documento del Gruppo 183*, documento presentato il 7 novembre 2006; GRUPPO 183, *Analisi del Rapporto Italiano sull'art. 5 della direttiva quadro europea sulle acque 2000/60/CE*, documento presentato il 10 ottobre 2006; A. AGAPITO LUDOVICI, C. TONGHINI, *Indagine del WWF sull'applicazione della direttiva 2000/60/CE in materia di acque. Analisi del ruolo dell'informazione ambientale e della partecipazione pubblica*, documento presentato il 20 dicembre 2005; GRUPPO 183-IEFE BOCCONI-LEGAMBIENTE, *Per l'attuazione della direttiva europea quadro sulle acque (2000/60)*, documento presentato il 17 ottobre 2003; GRUPPO 183, *Note di analisi e di proposta della bozza provvisoria di revisione della parte III d.lgs. 152/2006: i distretti idrografici e i servizi idrici ad uso civile*, Roma, 17 settembre 2007. I documenti citati sono consultabili sul sito del Gruppo 183 (www.gruppo183.org); P. URBANI, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 209 ss. Dal recepimento della direttiva si assiste ad un'innovazione profonda che viene introdotta dal Codice che è costituita dalla ridefinizione delle unità territoriali di riferimento della difesa del suolo: l'art. 64 del Codice Ambiente, infatti, ripartisce l'intero territorio nazionale in 8 distretti idrografici (Alpi orientali, Padano, Appennino

mentre prima veniva considerato piano stralcio di settore del piano di bacino e quindi in posizione pari ordinata, diviene ora “uno specifico piano di settore” che necessariamente deve essere coordinato con gli altri atti di programmazione primo tra tutti il Piano di gestione del distretto idrografico che prende il posto a livello gerarchico del Piano di tutela e diventa l’articolazione interna del piano di bacino distrettuale assumendo il ruolo di piano con il medesimo iter di approvazione.⁴⁴⁰

settentrionale, Serchio, Appennino centrale, Appennino meridionale, Sardegna e Sicilia), ognuno dei quali ricomprende un numero variabile dei bacini nazionali, interregionali e regionali già costituiti ai sensi della l. 183/1989. Sul piano soggettivo, la novità più importante portata dal Codice consegue alla previsione dei nuovi distretti idrografici ed è costituita dalla istituzione in ciascuno di essi di un’*Autorità di bacino distrettuale* (nelle intenzioni del Codice 2006 le “vecchie” Autorità di Bacino vengono soppresse a partire dal 30 aprile 2006 ma, con il primo correttivo del Codice, D. lgs. n. 284/2007 viene sospesa l’efficacia delle norme volte alla soppressione e conseguentemente viene ripristinata la situazione organizzativa precedente), espressamente qualificata dall’art. 63, 1° comma, ente pubblico non economico, “che opera in conformità agli obiettivi della presente Sezione ed uniforma la propria attività a criteri di efficienza, efficacia, economicità e pubblicità”. Ne sono organi la Conferenza istituzionale permanente, il Segretario generale, la Segreteria tecnico-operativa e la Conferenza operativa di servizi, le cui competenze sono elencate nell’art. 63. Le previsioni contenute nell’art. 63, 7° comma, del Codice confermano in ogni caso il rilevante ruolo affidato alla nuova Autorità distrettuale, chiamata: a) all’elaborazione del piano di bacino distrettuale; b) ad esprimere parere sulla coerenza, con gli obiettivi del piano di bacino, dei piani e programmi sovranazionali, nazionali, regionali e locali relativi alla difesa del suolo, alla lotta alla desertificazione, alla tutela delle acque e alla gestione delle risorse idriche; c) all’elaborazione di un’analisi delle caratteristiche del distretto, di un esame sull’impatto delle attività umane sullo stato delle acque superficiali e sulle acque sotterranee, nonché di un’analisi economica dell’utilizzo idrico.

⁴⁴⁰ Come noto, la direttiva acque 2000/60 CE, il cui scopo di fondo è quello di istituire un quadro per la protezione delle acque superficiali interne, costiere e sotterranee (art. 1 par. 1 della direttiva) innanzitutto introduce il concetto di distretto idrografico rivelando la volontà quindi di superare i problemi di coordinamento amministrativo e territoriale derivanti dalla vecchia ripartizione in bacini idrografici. Il distretto idrografico (previsto all’art. 2 par. 1, n. 15 della direttiva) viene definito come “l’area di terra e di mare costituita da uno o più bacini limitrofi e dalle rispettive acque sotterranee e costiere che a norma dell’art. 3 par. 1, è definita la principale unità per la gestione dei bacini”. Per ciascun distretto idrografico interamente compreso nel proprio territorio gli Stati membri

Il piano di tutela contiene l'insieme delle misure necessarie alla tutela qualitativa e quantitativa dei sistemi idrici, a scala regionale e di bacino idrografico.

L'elaborazione del piano è demandata alle Regioni⁴⁴¹ e deve intervenire nel rispetto degli obiettivi definiti dalle Autorità di bacino su scala di distretto idrografico⁴⁴² e alla base del piano di tutela vi è la conoscenza degli aspetti quantitativi naturali che caratterizzano i corpi idrici.

Da tale conoscenza, scaturisce la possibilità di conseguire i due principali obiettivi del Piano: il mantenimento o il riequilibrio del bilancio idrico tra disponibilità e prelievi, indispensabile per definire gli usi compatibili delle risorse idriche al fine della loro salvaguardia nel futuro; la stima delle caratteristiche di qualità dei corpi idrici attraverso l'intensificazione del monitoraggio e la conseguente definizione degli interventi per il conseguimento degli obiettivi di qualità.

E' chiaro quindi che tale attività di mappatura che è volta, come detto, a individuare gli obiettivi di qualità delle acque e le misure di tutela necessarie perché questi obiettivi possano essere raggiunti, costituisca un primo punto di contatto tra l'attività di pianificazione e provvedimento puntuale in quanto il rilascio della concessione può avvenire solo nel rispetto degli obiettivi stabiliti nel Piano di tutela avendo particolare riguardo al corso d'acqua interessato dalla domanda di prelievo nel tratto interessato dalla derivazione.

Infatti "più la risorsa risulta compromessa sul piano qualitativo o, viceversa, più la risorsa presenta caratteristiche ambientali di elevato pregio, più l'Amministrazione, nell'esaminare la domanda di concessione, dovrà valutare se il

hanno l'obbligo di predisporre un piano di gestione così come disposto all'art. 13 par.1 della direttiva. Quest'ultimo nelle intenzioni del legislatore comunitario costituisce lo strumento generale di disciplina e tutela delle acque.

⁴⁴¹ Appare opportuno sottolineare che non tutte le Regioni si sono dotate di un Piano di Tutela delle acque. Dalla consultazione dei dati presentati da Assoelettrica la situazione al 2007 si presenta in questo modo : solo le Regioni Piemonte, Valle d'Aosta, Lombardia, Provincia di Trento, Veneto, Emilia-Romagna, Toscana e Sardegna hanno approvato tali piani di tutela attualmente in vigore, tutte le altre Regioni non contemplate nell'elenco indicato supra hanno piani di tutela in fase di definizione o approvazione

⁴⁴² In tal senso dispongono gli artt. 95 e 121 del D. Lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'Ambiente)

richiesto prelievo d'acqua possa compromettere o meno lo stato esistente del corso d'acqua interessato e il raggiungimento dell'obiettivo specifico previsto per quel tratto d'acqua dal Piano di tutela".⁴⁴³

Sulla stessa scia di quello che era stato stabilito dalla legge n. 36 del 1994 anche il codice dell'ambiente, alcuni anni più tardi, all'art. 144, confermava che l'acqua è una risorsa da tutelare ed usare secondo criteri di solidarietà e nel rispetto delle aspettative delle future generazioni a fruire di un patrimonio ambientale integro.

Veniva, conseguentemente, confermata la "gerarchia" tra gli usi stabilita inizialmente dalla legge Galli: la priorità fra gli usi è data al consumo umano⁴⁴⁴ e gli altri usi sono consentiti a condizione di non pregiudicare la qualità dell'acqua e che la risorsa sia quantitativamente sufficiente⁴⁴⁵.

Fra gli altri usi, ai fini della regolazione delle derivazioni in atto nei periodi di siccità o di scarsità delle risorse, il comma 1 dell'articolo 167 del citato D.Lgs 152/2006 stabilisce una seconda priorità, dopo quella per il consumo umano, per l'uso agricolo delle acque, compresa l'acquacoltura⁴⁴⁶.

⁴⁴³ O. TORRANI, *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente*, (a cura di G. BOTTINO e altri) , 2008, 843.

⁴⁴⁴ Art. 144, comma 4, del D.Lgs 152/2006. L'uso dell'acqua per consumo umano ha assunto un valore preminente nella valutazione della qualità della vita e non vi è da stupirsi se esso sia stato privilegiato con un costante aumento dell'attenzione alla qualità della risorsa e siano state introdotte norme (già a partire dalla legge 5 gennaio 1994 n. 36) che ne hanno sancito la priorità rispetto a tutti gli altri usi. Sul punto cfr. M. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi* 2013.

⁴⁴⁵ Art. 96, comma 3, D.Lgs 152/2006

⁴⁴⁶ L'uso irriguo è sempre stato protetto a causa del suo impatto su un settore produttivo che ha continuato a mantenere grande importanza. Nonostante la continua perdita di occupati, il mondo agricolo mantiene pur sempre notevole numero di addetti ed il mondo politico attribuisce a questo settore una grande importanza per la necessità di mantenere un'agricoltura vitale anche per motivi strategici. Sul punto cfr. M. A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi* 2013

Gli altri usi, tra cui quello di utilizzo dell'acqua come fonte di energia, sono messi tutti sullo stesso piano.

7. Misure, indirizzi e prescrizioni nei piani regionali di tutela delle acque

Essendo la materia dell'energia una materia di competenza concorrente si può dire che praticamente ogni Regione si è nel tempo dotata di una normativa propria sull'energia idroelettrica sulla base dell'art. 44 del d.lgs. n. 152/1999 poi confluito nell'art. 121 del codice dell'ambiente che costituisce la norma attualmente vigente.

Sotto il profilo amministrativo il Piano di tutela delle acque (PTA) costituisce lo strumento principale attraverso cui le Regioni pianificano le risorse idriche⁴⁴⁷: si tratta di un documento di pianificazione generale contenente gli interventi volti a garantire il raggiungimento o il mantenimento degli obiettivi di qualità dei corpi idrici e le misure necessarie alla tutela qualitativa e quantitativa del sistema idrico.

Si esamineranno successivamente misure, indirizzi ed eventuali prescrizioni che alcuni dei più importanti PTA regionali (soprattutto quelli delle Regioni dell'arco alpino che sono le maggiori produttrici di energia idroelettrica) hanno individuato

⁴⁴⁷ Si vedano, ad es., Regione Autonoma Valle d'Aosta (2006), *Piano regionale di tutela delle acque*; Regione Piemonte (2000), *Piano direttore regionale per l'approvvigionamento idropotabile e l'uso integrato delle risorse idriche, finalizzato al risanamento, al risparmio, alla tutela, alla riqualificazione e all'utilizzo a scopo multiplo delle acque in Piemonte*; Regione Piemonte (2007), *Piano di tutela delle acque*; Regione Piemonte (2009), *Forum acqua-energia. Sessione congiunta del Forum per la tutela delle acque e del Forum regionale per l'energia*; Regione Lombardia (2004), *Atto di indirizzo per la politica di uso e tutela delle acque della Regione Lombardia – Linee strategiche per un utilizzo razionale, consapevole e sostenibile della risorsa idrica*; Regione Lombardia (2006), *Programma di tutela e uso delle acque*; Regione Lombardia (2007a), *Patto per l'acqua. Un programma d'azione condiviso*; Provincia Autonoma di Trento (2005), *Piano di tutela della qualità delle acque*; Provincia Autonoma di Trento (2006), *Piano generale di utilizzazione delle acque pubbliche*; Provincia Autonoma di Bolzano (2004), *Piano di tutela delle acque. Piano stralcio riguardante la delimitazione dei bacini drenanti in aree sensibili*; Provincia Autonoma di Bolzano (2009), *Documento preliminare del Piano generale di utilizzazione delle acque pubbliche*; Regione Veneto (2004), *Piano di tutela delle acque*; Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia (2009), *Valutazione globale provvisoria dei problemi prioritari per la gestione delle acque nella Regione Friuli-Venezia Giulia*.

riguardo all'uso idroelettrico ed alle strategie volte a conciliare l'idroelettrico con la tutela ambientale dei corpi idrici.

Verranno poi presi in considerazione gli eventuali strumenti o documenti appositamente predisposti dalle amministrazioni regionali in tema di utilizzo sostenibile delle acque, anche se non si tratta di documenti di pianificazione ufficiali.

Infine, si analizzeranno i contenuti dei Piani energetici (o energetici ambientali) regionali, ponendo ovviamente particolare attenzione alle previsioni riguardanti il settore idroelettrico.

L'analisi è stata impostata attraverso il confronto delle politiche regionali in ordine ai tre seguenti aspetti: il deflusso minimo vitale; i criteri di pre-pianificazione adottati; le previsioni per l'idroelettrico dei Piani energetici regionali.

Si tenterà, alla fine, di proporre una valutazione sulla coerenza interna della pianificazione di tutela delle acque con quella energetica.

La definizione delle portate di deflusso minimo vitale e le modalità di attuazione costituiscono generalmente il fulcro prescrittivo dei PTA: molto spesso infatti il DMV rappresenta l'unica misura di tutela propriamente quantitativa, in conseguenza del fatto che l'introduzione del DMV è obbligatoria per legge come si è visto, in base al D.Lgs. 152/2006.

In tutte le Regioni (tranne il Veneto⁴⁴⁸) il grado di cogenza delle misure sul DMV è elevato, ed è lo stesso Piano di tutela a dettarne la disciplina attraverso prescrizioni vincolanti.

Tutti i Piani hanno poi recepito le metodologie di calcolo del DMV stabilite in precedenza dalle rispettive Autorità di bacino⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Il PTA del Veneto prevede infatti l'adeguamento al DMV delle derivazioni esistenti attraverso specifici provvedimenti dell'Autorità competente che, con un provvedimento per ciascuna derivazione, specificherà (al massimo entro 4 anni) la quantità d'acqua da rilasciare e le tempistiche di attuazione.

⁴⁴⁹ Per quanto riguarda il bacino del Po, la componente idrologica di base viene applicata ovunque, mentre la definizione e le modalità di applicazione dei fattori correttivi variano

Dall'analisi degli strumenti di pianificazione regionale di tutela delle acque, oltre alla disciplina del DMV, alcune Regioni hanno introdotto alcuni criteri e prescrizioni per limitare la costruzione di nuovi impianti idroelettrici o per disciplinare il rinnovo delle concessioni.

La definizione di tali criteri, che costituisce dunque una modalità di pre-pianificazione, non è generalmente contenuta nei Piani di tutela (fatta eccezione per i PGUAP delle Province Autonome di Trento e Bolzano), quanto piuttosto è da ricercarsi nelle disposizioni attuative delle giunte regionali⁴⁵⁰.

maggiormente da Regione a Regione: la Valle d'Aosta, ad esempio, definisce nel dettaglio tutti i fattori correttivi, mentre Piemonte e Lombardia demandano la definizione di questi parametri ai metodi sperimentali sito-specifici. E' interessante notare che il PTA lombardo si preoccupa di stabilire una soglia massima per le portate di DMV: dal momento che, per semplificare la formula dell'Autorità di bacino, la componente idrologica viene fissata in percentuale (10%) rispetto alla portata media annua, si stabilisce che il calcolo dei fattori correttivi non possa comportare un aumento eccessivo dei rilasci, imponendo dunque al DMV la soglia massima del 20% della portata media annua. Inoltre l'unico fattore correttivo che il Piano definisce è Q, il fattore relativo alle necessità di diluizione degli inquinanti, mentre si prevede che gli altri fattori correttivi possano essere applicati nelle sole zone individuate dalla Giunta con specifici regolamenti. In Veneto infine, per il territorio appartenente al bacino del Po, si stabiliscono i valori dei parametri della componente idrologica, abolendo invece l'applicazione dei fattori correttivi; per il restante territorio si stabiliscono due soli valori (4 e 3 l/s/km²), la cui unica discriminante è la superficie del bacino sottesa. Le Province Autonome di Trento e Bolzano non devono rispettare alcuna previsione, dal momento che il Piano Generale di Utilizzazione delle Acque Pubbliche (PGUAP) assume valenza di Piano stralcio di bacino. A Trento, con puntuale cartografia, si stabiliscono in un unico termine i valori del DMV per tutti i bacini e sottobacini trentini, suddivisi in ambiti idrografici omogenei, sulla base dei principali fattori che condizionano il regime idraulico (superficie, altitudine, precipitazioni, presenza o meno di ghiacciai e nevai, permeabilità dei suoli, morfologia degli alvei, etc.). A Bolzano si stabilisce invece un rilascio minimo di base (2 l/s/km²) per tutte le derivazioni, da incrementarsi sulla base di valutazioni ambientali, studi limnologici, etc. Sul punto cfr. R. PASI, *Idroelettrico e tutela delle acque: una rassegna delle politiche delle Regioni dell'arco alpino italiano*, in *www.183.org*.

⁴⁵⁰ Specifiche delibere contenenti criteri di pre-pianificazioni si trovano nella Regione Autonoma Valle d'Aosta (delibera della Giunta regionale n. 976 del 04 aprile 2008) e Provincia Autonoma di Trento.

8. Rapporto tra piani di tutela delle acque e piani energetici regionali

Uno dei problemi più rilevanti in materia di pianificazione, com'è noto, è quello del rapporto tra piani diversi.

In materia di concessioni idroelettriche il conflitto si pone almeno a livello potenziale tra piani di tutela delle acque e piani energetici regionali: può capitare, ad esempio, che in una Regione sia fortemente incentivato il ricorso all'energia idroelettrica per raggiungere gli obiettivi di tutela dal punto di vista energetico e che, al contrario, si tenti di limitare l'uso dell'acqua a fini di produzione di energia per esigenze di tutela dell'ambiente.

Ed infatti per quanto riguarda i piani energetici regionali la maggioranza degli strumenti di pianificazione energetica regionale prevede un aumento della produzione idroelettrica⁴⁵¹. Soltanto le Province Autonome di Trento e Bolzano hanno bloccato, o comunque ridotto fortemente, le previsioni di sviluppo del settore idroelettrico, concentrando maggiormente gli sforzi nel campo dell'efficienza energetica, e in particolare nel settore domestico.

Tutte le amministrazioni prevedono di migliorare l'efficienza degli impianti esistenti, sostanzialmente mediante ammodernamenti tecnologici ed infrastrutturali.

⁴⁵¹ Regione Autonoma Valle d'Aosta (1998), *Piano energetico regionale*; Regione Autonoma Valle d'Aosta (2003), *Piano energetico ambientale della Valle d'Aosta relativo alle catene energetiche stazionarie*; Regione Piemonte (2002), *Proposta di Piano energetico ambientale regionale*; Regione Piemonte (2009), *Forum acqua-energia. Sessione congiunta del Forum per la tutela delle acque e del Forum regionale per l'energia*; Regione Piemonte (2009), *Relazione programmatica sull'energia*; Regione Lombardia (2003), *Programma energetico regionale*; Regione Lombardia (2007), *Piano d'azione per l'energia*; Provincia Autonoma di Trento (2003), *Piano energetico ambientale provinciale*; Provincia Autonoma di Bolzano (1994), *Piano energetico*; Regione Veneto (2005), *Piano energetico regionale*; Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia (2007), *Piano energetico regionale*.

Diverso e disomogeneo è invece il quadro delle previsioni di realizzazione di nuovi impianti sia di grandi che di medie che di piccole dimensioni⁴⁵².

Gli impianti di piccole dimensioni, sostanzialmente il mini-idroelettrico, sono invece tendenzialmente accettati ovunque, tranne in Piemonte⁴⁵³. Significativo è il caso delle Regioni Veneto e Lombardia che, in particolare la seconda⁴⁵⁴, individuano invece nel mini-idroelettrico l'unica via oggi praticabile per incrementare la produzione di energia idraulica.

In ogni caso tornando alla valutazione delle previsioni dei Piani energetici per il settore idroelettrico, si può affermare che la tendenza generale sia quella di incrementare la produzione idroelettrica.

Tale tendenza può essere attribuita alle forti pressioni della legislazione europea per aumentare la quota di energia prodotta da fonti rinnovabili, che in ambiente

⁴⁵² Per quanto riguarda gli impianti di grandi dimensioni praticamente nessuna amministrazione, ad eccezione del Piemonte (che prevede la realizzazione di un massimo di 5 nuovi invasi a scopo multiplo tra cui ovviamente anche la produzione di energia), prevede o consente nuovi interventi. Per quanto riguarda gli impianti di media potenza solo il Piemonte e la Valle d'Aosta ne prevedono la realizzazione.

⁴⁵³ Così, ad esempio, nelle Province di Trento e Bolzano il mini-idroelettrico viene accettato solo nel rispetto degli specifici e stringenti criteri dettati dai PTA e PGUAP, che ne limitano fortemente l'espansione; in Friuli Venezia Giulia si stabilisce che la realizzazione di nuovi impianti, anche se di piccole dimensioni, debba essere valutata volta per volta attraverso mirati studi di fattibilità; una posizione ambigua è quella assunta dalla Valle d'Aosta; il PTA e la successiva delibera del 2008 hanno di fatto bloccato l'espansione del mini-idroelettrico, anche se il Piano energetico della Regione, risalente al 1998, prevedeva ancora possibilità d'ampliamento del parco-impianti di piccola taglia.

⁴⁵⁴ Coerentemente con questa posizione, la Regione Lombardia è l'unica ad aver ammesso a finanziamento gli interventi di realizzazione di impianti mini-idroelettrici, nonostante l'esistenza di generosi incentivi statali e le elevate e rapide prospettive di guadagno offerte dagli impianti idroelettrici in genere.

alpino si traduce in modo quasi meccanico e consequenziale in un aumento della produzione di energia idroelettrica⁴⁵⁵.

Orbene le previsioni dei piani regionali di tutela delle acque e dei piani regionali dovrebbero essere coerenti tra loro.

Da un'analisi comparativa svolta ciò è stato riscontrato solo per le previsioni degli strumenti della Provincia Autonoma di Trento⁴⁵⁶ e per la Provincia Autonoma di Bolzano⁴⁵⁷ mentre si sono registrate alcune incongruenze per la Valle d'Aosta⁴⁵⁸ e il Friuli Venezia Giulia⁴⁵⁹.

⁴⁵⁵ Nelle Regioni considerate però rientra anche buona parte della pianura padana, e quindi esistono delle potenziali alternative all'idroelettrico (si pensi alle biomasse). Ciò nonostante, le politiche energetiche di questi territori sono restie ad accettare la prospettiva di una definitiva interruzione dello sviluppo dell'idroelettrico a causa dei vantaggi economici offerti da una tecnologia matura e, di conseguenza, delle forti pressioni politiche provenienti dal mondo imprenditoriale.

⁴⁵⁶ Di fronte alle estese e specifiche limitazioni poste alla realizzazione di nuovi impianti, il piano energetico non punta sull'idroelettrico per aumentare la propria quota di produzione da FER.

⁴⁵⁷ Nella Provincia di Bolzano il PGUAP specifica criteri di esclusione e limitazione alla costruzione di nuovi impianti; tuttavia a Bolzano non è disponibile un Piano energetico aggiornato (l'ultimo Piano risale infatti al 1994) e risulta quindi impossibile parlare di coerenza interna tra i due Piani. Il livello di dettaglio e coerenza a cui scende il PGUAP rende però praticamente impossibile immaginare che la Provincia possa aggiornare il proprio Piano energetico senza considerare, e ancor meno contraddire, le scelte politiche operate attraverso le previsioni del PGUAP.

⁴⁵⁸ Per tale regione esistono delle difficoltà nella comparazione delle previsioni dei due settori della pianificazione regionale dal momento che il Piano energetico risale al 1998. Tuttavia in questo caso è possibile individuare una sostanziale incongruenza: se infatti la Giunta regionale, per proteggere il proprio territorio da un eccesso di domande di concessione ad uso idroelettrico, ha dovuto approvare una delibera a limitazione della costruzione di nuovi impianti, non si capisce il perché non si sia provveduto ad aggiornare e modificare le previsioni del PER, che al contrario prevede di sfruttare le potenzialità residue della regione.

⁴⁵⁹ Nella valutazione provvisoria dei principali problemi per la gestione delle acque infatti l'amministrazione identifica innumerevoli problemi di tipo quantitativo dovuti all'uso

Nel caso di Piemonte, Lombardia e Veneto non è certo possibile parlare di incoerenza della pianificazione regionale: i tre PTA infatti non individuano specifici criteri di pre-pianificazione per limitare lo sviluppo dell'idroelettrico; parallelamente i rispettivi Piani energetici individuano nell'aumento del parco-impianti idroelettrico una strategia per incrementare la produzione da FER.

Come già detto, Lombardia e Veneto escludono la possibilità di nuovi impianti di grandi e medie dimensioni, lasciando però campo libero allo sviluppo del mini-idroelettrico. Entrambi i PER delle due Regioni ammettono che il contributo del mini-idroelettrico non permetterà un sostanziale aumento della potenza installata e definiscono dei limiti⁴⁶⁰.

idroelettrico. Il Piano energetico, riconoscendo la gravità di queste problematiche, stabilisce che le possibilità di realizzare nuovi impianti debbano essere valutate volta per volta sulla base di specifici studi di fattibilità, e che dunque esistono limitati margini di sviluppo del settore. Allo stesso tempo però si legge che le numerose richieste di concessione presentate agli uffici competenti possono essere accolte fino ad un incremento massimo del 40% dell'attuale producibilità regionale: un tale incremento (che in questo caso corrisponde a + 480 GWh rispetto ai 1.200 GWh del 2003) non sembra possa essere considerato un "limitato margine di sviluppo". Dopo l'approvazione del PTA si dovranno quindi rivalutare le previsioni del PER, in modo da armonizzare i due strumenti e decidere se puntare o meno sull'idroelettrico.

⁴⁶⁰ un massimo di + 10 MW per il Veneto e la preferenza per impianti su acquedotti e canali irrigui per la Lombardia. Tuttavia, vista la presenza degli incentivi statali e l'assenza di limitazioni allo sviluppo del mini-idroelettrico nella pianificazione regionale è prevedibile che queste blande previsioni di contenimento non verranno rispettate.

Per quanto riguarda il Piemonte il quadro è invece ribaltato: la Regione ha infatti esplicitamente dichiarato la propria avversità verso il mini-idroelettrico, il cui contributo energetico è ritenuto insignificante rispetto al bilancio energetico regionale; si preferisce invece concentrare le rimanenti potenzialità di sviluppo dell'idroelettrico in un massimo di 5 impianti di grandi dimensioni dotati di serbatoio d'accumulo. La giustificazione di questi serbatoi, contenuta anche nel PTA, sarebbe legata alla loro multi-funzionalità: i nuovi invasi permetterebbero infatti di riequilibrare il bilancio idrico regionale, di diminuire i prelievi dai corpi idrici sotterranei per soddisfare esigenze civili e irrigue, di aumentare la sicurezza idrogeologica dei bacini visto il loro utilizzo per la laminazione delle piene. Inoltre, sempre secondo la logica del PTA, la realizzazione di questi 4-5 nuovi invasi (sotto il diretto controllo della Regione) è posta come alternativa alla compromissione diffusa e pervasiva del territorio, attribuita invece ai piccoli impianti.

9. I poteri di controllo

Le funzioni di controllo e di accertamento delle violazioni nonché quelle sanzionatorie sono ripartite tra Regione e Province, in base alle diverse previsioni delle legislazioni regionali.

Nel corso dell'operatività della derivazione, si potranno sollecitare le Autorità preposte affinché richiedano al concessionario di installare idonei misuratori delle portate e dei volumi d'acqua derivati e, qualora già installati, provvedano a verificare puntualmente l'osservanza dei valori di concessione nonché, nel caso di loro violazione, ad assumere i provvedimenti sanzionatori conseguenti.

Tutti i soggetti richiedenti una nuova concessione di derivazione ovvero in sede di rinnovo, variante della concessione e di adeguamento della derivazione al rilascio del DMV, sono tenuti ad installare idonei strumenti per la misura delle portate e dei volumi d'acqua derivati, previa presentazione di idoneo progetto delle opere e degli strumenti necessari ed approvazione dello stesso da parte dell'Autorità concedente.

L'inadempienza del concessionario in ordine all'installazione degli strumenti di misurazione può comportare la decadenza della concessione.

Fra le ipotesi di decadenza, significativa è anche quella relativa al mancato rilascio del DMV.

Più vaga ed indefinita e, quindi, di difficile applicazione, è l'ipotesi della abituale negligenza ed inosservanza delle disposizioni legislative e regolamentari in vigore.

CAPITOLO VII: Le questioni relative ai canoni e ai sovracanonici di concessione

1. *La normativa sul canone e sui sovracanonici a partire dal t.u. del 1933 (corresponsione di energia e comuni rivieraschi)*

Fin dall'inizio fu chiaro che il privato che volesse utilizzare una risorsa pubblica (e quindi destinata all'uso collettivo per produrre un'utilità particolare) dovesse pagare qualcosa alla collettività in base al principio di onerosità dell'uso particolare dei beni pubblici (il cd. canone demaniale).

Il canone demaniale, oggi previsto dall'art. 154, comma 3 del codice dell'ambiente⁴⁶¹, si fonda proprio sull'utilità concessa con l'uso dell'acqua pubblica e trova il suo titolo nel disciplinare di concessione innestandosi per tale tramite in un rapporto obbligatorio tra concedente e concessionario⁴⁶².

La prima norma che quantificò il valore del canone in relazione all'energia idroelettrica fu l'art. 14 della legge 10 agosto 1884, n. 2644 e in base a tale norma il concessionario doveva pagare 3 lire per ogni cavallo dinamico di energia derivata allo Stato (attualmente è di circa 20 euro per kW⁴⁶³).

⁴⁶¹ Oggi la disposizione concernente i criteri generali di determinazione dei canoni di concessione è singolarmente inserita nell'art. 154, comma 3 del codice dell'ambiente che si occupa di tariffa del servizio idrico integrato. Tale collocazione della norma ha fatto parlare di "tecnica redazionale certamente poco commendevole" (D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, cit., 2001, 7). Il legislatore si è comunque limitato a stabilire alcuni parametri che i vari Ministeri competenti dovranno tener conto nel fissare i criteri generali che a loro volta dovranno essere fissati dalle Regioni.

⁴⁶² In tal senso G. MORBIDELLI, *Osservazioni sulla natura giuridica del canone di concessione di acque pubbliche*, in *Foro amm.*, 1970, 2 ss.

⁴⁶³ I dati sono tratti dal sito APER in cui vengono riportati i singoli valori dei canoni demaniali distinti per Regione.

In base a tale regola, però, la collettività che riceveva il pagamento attraverso il canone demaniale era quella generale (ed infatti il canone veniva corrisposto allo Stato), mentre nulla veniva previsto per le comunità locali⁴⁶⁴.

Si pose ben presto il problema di “indennizzare” o “compensare” anche le collettività locali ossia quelle rappresentate dai Comuni i cui territori fossero attraversati dal corso d’acqua da cui veniva derivata l’acqua e usata a scopo idroelettrico⁴⁶⁵.

Come vedremo in un primo tempo tale indennizzo o compensazione per le collettività più prossime al corso d’acqua venne inteso esclusivamente in termini di energia da utilizzare per i servizi pubblici (secondo lo schema per cui dato che al concessionario viene concesso di utilizzare a titolo particolare una risorsa pubblica questi deve cedere una parte di energia prodotta) e successivamente venne inteso in termini economici (i cd. sovracanonici che si aggiungono al canone demaniale e che devono essere corrisposti, come vedremo, ai bacini imbriferi montani – cd. sovracanone BIM -e agli enti rivieraschi – cd. sovracanone ente rivierasco).

Mentre in un primo periodo (dal 1884 al 1916), quindi, venne previsto solo il canone di base ossia il canone demaniale, in un secondo periodo (dal 1916 fino al 1953), si stabilirono compensazioni esclusivamente in termini di energia da utilizzare per i servizi pubblici ma solo per gli enti rivieraschi.

Per quel che riguarda il canone demaniale di concessione si noti che esso viene previsto per tutte le utenze di acqua pubblica ed è differenziato a seconda dell’uso (agricolo, potabile, industriale, idroelettrico, etc.).

⁴⁶⁴ Si noti che, com’è stato rilevato, in difetto di coordinate stringenti oggi si evidenzia la tendenza di alcune Regioni a stabilire con legge o con provvedimento amministrativo canoni di concessione con importi elevati e palesemente disallineati rispetto a quelli di altre Regioni: cfr. (D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, cit., 2001, 7)

⁴⁶⁵ Sul punto v. STIFANO, *Bim e sovracanonici idroelettrici nel sistema di amministrazione delle risorse montane*, in *Riv.giur.urb.*, 1995, 325 e G. VESPERINI, *Il ruolo dei consorzi BIM nella strategia di impiego delle risorse energetiche*, in *Rass.giur.energia*, 1989, 59 ss.

Nel caso dell'uso idroelettrico, l'ammontare del canone è calcolato sulla base della potenza di concessione e comunque non può scendere al di sotto di un valore minimo determinato per legge (come si diceva ad oggi è di circa 20 euro a kW)⁴⁶⁶.

A seguito del decentramento delle competenze amministrative in materia di gestione del demanio idrico attuato con la Bassanini (D.Lgs. 112/98), la determinazione dell'ammontare del canone spetta alle Regioni (anche se alcune Regioni hanno ulteriormente delegato questa competenza alle Province) che provvedono o con propria legge regionale o con provvedimento amministrativo⁴⁶⁷.

Il fatto che la determinazione del canone spetti alle Regioni, peraltro, come è stato bene messo in evidenza dalla giurisprudenza, non significa che esse possano fissare la misura di detto canone in modo del tutto arbitrario dovendosi invece esse attenere al principio di ragionevolezza⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ L'art. 18 della legge n. 36 del 5 gennaio 1994 (Legge Galli) ha introdotto la facoltà per le Regioni di istituire un'addizionale regionale (o Addizionale Provinciale nel caso delle Province Autonome) fino al 10% dell'ammontare dei canoni. Si segnala che ad oggi non tutte le Regioni l'hanno istituita e che i valori riportati possono essere comprensivi o meno di tale addizionale, si consiglia pertanto di consultare la normativa di riferimento.

Il pagamento del canone demaniale avviene annualmente, in modo unificato per tutti i concessionari, entro un termine fissato da ciascuna Regione entro i primi mesi dell'anno, in anticipo rispetto all'anno solare di competenza.

⁴⁶⁷ Per una disamina in concreto dei valori attuali dei canoni di concessione si veda il sito dell'APER che riporta una scheda con i valori dei canoni distinti per Regione e i testi normativi o amministrativi che hanno provveduto a tale determinazione.

⁴⁶⁸ Cfr. in tal senso Corte Cass., n. 15144 del 2011 che ha confermato la sentenza con la quale il Tribunale superiore delle acque pubbliche annullava un atto della Regione Basilicata dal momento che con esso si era triplicata la misura del canone senza alcuna motivazione e in modo del tutto irragionevole. Chiarisce, infatti, la Cassazione che "non è ragionevole" la fissazione di una misura del predetto canone (Euro 34,98) quasi tripla rispetto a quella (Euro 12,02) risultante dall'ultimo aggiornamento ministeriale (...) essendo, comunque, "principio realmente fondamentale della materia" il canone della ragionevolezza ex art. 3 Costituzione" si richiama anche Cass. Sez. un. n. 15234/2009, ove si era ritenuta ragionevole una progressività della tariffa.

Per quel che riguarda il canone per i comuni rivieraschi fu l'art. 28 del decreto Luogotenenziale n. 1664/1916 a stabilire per primo, tra le altre disposizioni, la possibilità di riservare, ad uso esclusivo di servizi pubblici, a favore dei comuni rivieraschi, cioè quelli compresi lungo il corso d'acqua tra il termine del rigurgito a monte della presa e il punto di restituzione, fino ad un decimo della energia ricavabile dalla portata minima.

Come si vede, all'inizio, quindi, il legislatore sancì che la compensazione che spettava ai Comuni rivieraschi non fosse di tipo economico ma fosse costituita da una cessione di energia: i Comuni rivieraschi ottenevano energia elettrica gratis in una certa misura da utilizzarsi per i servizi pubblici proprio perché rappresentativi di comunità prossime al corso d'acqua.

Anche il testo Unico sulle acque ed impianti elettrici (R.D. 11.12.1933 n. 1775) confermò, all'art. 52, il sistema precedente inaugurato dalla legge del 1916 ossia la possibilità di riservare una quota di energia per i comuni rivieraschi (oggi il sovracanone per i comuni rivieraschi è in media di circa 5 euro per kW)⁴⁶⁹.

In questa legislazione quindi c'è già l'importante affermazione del principio che i territori (e perciò le rispettive popolazioni e gli enti che le rappresentano) localizzati nella vicinanza delle acque, la cui derivazione dà luogo alla produzione dell'energia elettrica, hanno diritto ad una parte almeno dei proventi ricavabili dalla risorsa idrica. E questi proventi perciò debbono essere in qualche modo a loro restituiti⁴⁷⁰.

In tale legislazione, però, si parla solo di una sorta di risarcimento in natura (una parte di energia) e solo per i comuni rivieraschi (ossia quelli i cui territorio sono a diretto contatto con il corso d'acqua).

⁴⁶⁹ Il medesimo testo unico stabilì la possibilità dell'ulteriore sovracanone a favore dei comuni rivieraschi nel caso di trasporto dell'energia prodotta e trasportata oltre il raggio di 15 km e inoltre precisò che, per l'energia trasportata fuori della Provincia, il sovracanone ad essa attribuito era la quarta parte, rimanendo i tre quarti dei sovracanoni da ripartire tra i comuni (art. 53)

⁴⁷⁰ Sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Consorti BIM tra passato e futuro: profili giuridici*, in *Rivista Federbim*, 2/2013.

Già in questa legislazione è inoltre evidente la distinzione tra il rapporto concessorio che lega l'ente concedente (lo Stato) e il concessionario della derivazione e ha ad oggetto la derivazione stessa (e la conseguente attività di produzione dell'energia), rapporto cui è connessa la prestazione di un canone (come una sorta di corrispettivo della concessione), da una parte; e il diritto delle comunità locali all'utilizzo delle risorse naturali del loro territorio, dall'altra.

Tali risorse, in quanto deprivate o parzialmente deprivate per effetto della derivazione idroelettrica, debbono essere in qualche modo restituite alle comunità locali attraverso la riserva di una parte di energia e/o attraverso il sovracanone.

2. La legge n. 959/1953: dalla corresponsione di energia al pagamento del sovracanone e la nascita dei B.I.M.

Le disposizioni di cui agli articoli 52 e 53 vennero, però, praticamente fin da subito, contestate dalle popolazioni e dagli enti direttamente coinvolti nei programmi di costruzione dei nuovi impianti dal momento che nell'esperienza applicativa erano emerse notevoli difficoltà pratiche intorno all'applicazione di queste norme sia per l'incapacità dei Comuni di predisporre i necessari adeguamenti tecnici al fine di ricevere e utilizzare la parte di energia di loro spettanza⁴⁷¹ sia per il fatto che comprendeva le provvidenze si prevedono solo a favore dei Comuni rivieraschi.

Proprio l'inadeguatezza delle soluzioni proposte dal Testo Unico, convinsero definitivamente il legislatore del fatto che, probabilmente, era arrivato il tempo di una nuova normativa che potesse in qualche modo ripagare in modo reale gli abitanti dei territori montani, considerati nel loro insieme, dai danni dovuti alla presenza di bacini, impianti e reti di distribuzione idroelettrica.

Fu così che, grazie all'iniziativa di un gruppo di senatori "amici della montagna", la proposta di legge presentata all'inizio dello stesso mese divenne

⁴⁷¹ I costi di realizzazione e la ristretta possibilità di utilizzazione comportarono un modesto sfruttamento di tale possibilità: G. CALANDRA, *Il bacino montano*, in *Acque, bonifiche e costruzioni*, 1959, 116ss.; U. PERNIGOTTI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc.dir.*, 1958, I, 424 e C. TREBESCHI, *I consorzi per i bacini imbriferi montani*, in *Riv.prov.*, 1963, 188.

definitivamente legge il 27 dicembre del 1953: la n. 959, detta anche legge sull'economia montana, che permetteva la costituzione di consorzi tra i comuni montani, enti sovracomunali, che si costituivano laddove vi era un utilizzo per la produzione di energia elettrica delle risorse idriche del territorio.

La prima grande innovazione di questa legge fu che il legislatore si rese conto della necessità "di rendere operante la norma legislativa nell'unico modo possibile: con la trasformazione in danaro dell'onere in natura"⁴⁷².

E' così che nasce il "sovraconte BIM" previsto dall'art. 1 della l. n. 959 del 1953, come quello facente carico ai concessionari di grande derivazione d'acqua per produzione di forza motrice in sostituzione degli oneri del cit. art. 52. Un sovraconte rapportato a una determinata somma per ogni kilowatt di potenza nominale media risultante dall'atto di concessione e da corrispondersi ai Comuni compresi nei Bacini Imbriferi Montani (appunto brevemente detti BIM) delimitati dall'autorità amministrativa⁴⁷³.

⁴⁷² Sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *ConSORZI BIM tra passato e futuro: profili giuridici*, in *Rivista Federbim*, 2/2013.

⁴⁷³ Mentre la perimetrazione di bacini imbriferi montani comporta l'esercizio di una discrezionalità tecnica, ed involge quindi questioni di diritto soggettivo, la determinazione se per lo stesso corso d'acqua debba essere istituito un unico bacino o più bacini è adottata in base ad un apprezzamento di discrezionalità amministrativa ed a criteri di buona amministrazione; pertanto, il provvedimento che per lo stesso fiume istituisca due bacini imbriferi non può essere sindacato dal giudice ordinario e può essere impugnato solo davanti al giudice amministrativo, in quanto lesivo di interessi legittimi (cfr. Trib. sup. acque, 16 marzo 1985, n. 13, in *Cons. Stato*, 1985, II, 454). Nel caso in cui il giudice di primo grado abbia dichiarato l'illegittimità del provvedimento di perimetrazione di un bacino imbrifero montano, emanato al fine della ripartizione dei sovraconti fra i comuni che vi sono compresi, ai sensi della l. 27 dicembre 1953, n. 959, per essere il provvedimento stesso stato emanato non nell'esercizio di una discrezionalità tecnica bensì nell'esplicazione di una discrezionalità amministrativa, non è consentito al giudice di secondo grado stabilire se in concreto la parte di bacino contestata sia montana o no, non potendo esso sostituirsi alla p.a. nella dichiarazione della natura montana del bacino imbrifero, che spetta in via primaria all'amministrazione, salvo il successivo controllo giurisdizionale (Trib. sup. acque, 29 settembre 1984, n. 27, in *Cons. Stato*, 1984, II, 1089).

La legge del 1953 divenne così il primo punto fermo nella lunga e difficile storia del “sovracanone BIM” (che oggi è quasi pari al canone demaniale essendo di circa 20 euro per KW): l’onere versato dai concessionari di derivazioni d'acqua pubblica, che hanno opere di presa all'interno dei bacini imbriferi montani stessi, non consiste più in una cessione di energia ma nel pagamento di una somma di denaro.

La legge 959/1953 fece, quindi, innanzitutto, venir meno il sistema della riserva di energia a favore dei Comuni rivieraschi rendendo in suo luogo obbligatorio un sovracanone fisso a carico del concessionario rapportato alla potenza nominale media.

Fu dunque nel 1953 che si passò dalla compensazione per le comunità locali intesa in termini di energia (in natura) alla compensazione intesa in termini economici.

La seconda grande innovazione della legge del 1953 fu che si stabilì che le popolazioni che hanno diritto ad essere ricompensate dell’acqua perduta, non sono solo quelle dei Comuni rivieraschi, ma tutte quelle comprese in un più vasto ambito, quello del Bacino Imbrifero appunto, che individua una intera vallata, come complesso geografico unitario tutto interessato alle trasformazioni idrodinamiche che si verificano in esso in dipendenza delle opere idroelettriche, in qualunque posto del territorio vallivo esse siano collocate⁴⁷⁴.

Il legislatore del 1953, come è stato detto, “prende atto che l’attivazione di grandi derivazioni idroelettriche, comportando la manomissione del sistema idrico nei territori montani, produce danni permanenti all’ecosistema montano, compromettendo spesso la produttività dei terreni coltivabili o addirittura distruggendoli con gli invasi artificiali”⁴⁷⁵ e agisce di conseguenza prevedendo una sorta di risarcimento per le collettività locali danneggiate.

E’ a questo fine che con la legge n. 959/1953 nasce il concetto di Bacino Imbrifero Montano (detto brevemente BIM), la cui delimitazione doveva avvenire con

⁴⁷⁴ Con il termine Bacino Imbrifero Montano si intende il territorio delimitato da una cintura montuosa o collinare che funge da spartiacque, ubicato al di sopra di una certa quota assoluta stabilita bacino per bacino.

⁴⁷⁵ In tal senso M. STIFANO, *Consorzi BIM e sovracannoni idroelettrici nel sistema di amministrazione delle risorse montane*, in *Rov.giur.urb.*, 1995, 325

decreto del Ministro dei lavori pubblici, sentito quello per l'Agricoltura e Foreste e sulla quale si sono sviluppate una serie di complesse problematiche che hanno dato luogo a parecchi contenziosi⁴⁷⁶.

Quindi in luogo della nozione di Comune rivierasco la legge del 1953 utilizza quella di Bacino Imbrifero Montano come quella che delimita l'ambito territoriale circostante a un corpo idrico e direttamente interessato alla sua utilizzazione, nel quale le popolazioni residenti, rappresentate dai loro enti di governo, hanno titolo per essere compensate della deprivazione della risorsa.

Nella stessa legge si prevede poi la nascita del cd. Consorzio BIM che nasceva quando i 3/5 dei comuni del BIM (60%) ne facessero domanda⁴⁷⁷ e che è stato definito come vero e proprio consorzio obbligatorio.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ La delimitazione del BIM comprende i territori dei Comuni cui spetta il diritto al sovraccanone e nello stesso tempo determina il territorio nel cui ambito le prese d'acqua oggetto della concessione di derivazione e destinate alla produzione di energia elettrica vengono computate ai fini della determinazione del sovraccanone. In ordine alla delimitazione del Bacino quindi, si pone una questione che vede come portatori di interessi contrapposti i Comuni del territorio circostante che intendono partecipare ai benefici del sovraccanone e i concessionari idroelettrici nei confronti dei quali ogni allargamento di questo territorio può comportare un incremento dell'entità del sovraccanone aumentandosi il numero delle prese d'acqua computate. Su questa questione vi è stata una lunga vicenda giurisprudenziale, che ha portato alla fine all'individuazione di una serie di criteri per la delimitazione dei bacini che non sempre risultano convincenti (v. sul punto, Cons. Sup. Lavv. Pubb., II, n. 87/99). Invero, la giurisprudenza aveva stabilito il concetto che il Bacino Imbrifero debba essere delimitato sulla base di criteri esclusivamente tecnici; ciò significa che l'amministrazione deve tener conto degli elementi orografici e morfologici di una certa zona, accertare i fattori fisici, come ad esempio l'altitudine, la forma del terreno, i fattori climatici, e così via. Sarebbe viceversa precluso all'amministrazione di utilizzare nell'attività di delimitazione, criteri di carattere politico-amministrativo, come gli interessi e i bisogni delle popolazioni che possono essere coinvolti (v. per tutti, Cass., S.U., 15.1.1966, n. 223).

⁴⁷⁷ In attesa della costituzione dei Consorzi, i sovraccanoni dovuti erano versati al Ministro dei LL.PP. che provvedeva alla ripartizione.

⁴⁷⁸ Si tratta di un Consorzio non propriamente obbligatorio (anche se la giurisprudenza ne ha affermato la natura obbligatoria, unitamente al divieto di scioglimento se non per legge: Cons. St., V, 15.2.2002, n. 899); restando fermo il diritto dei Comuni in determinati

Una volta costituito il Consorzio relativo ad in singolo BIM i sovracanononi erano attribuiti ad un fondo comune da impiegare per il progresso economico e sociale delle popolazioni, nonché ad opere di sistemazione montana non di competenza dello Stato ossia ad opere di valenza solidaristica⁴⁷⁹.

Si noti che il sovracanone BIM non è dovuto per tutte le concessioni ma solo dai concessionari di derivazione d'acqua per produzione di forza motrice, con potenza nominale media superiore a 220 kW.

La legge, poi, testualmente prevedeva che la gestione dei fondi provenienti dal pagamento del sovracanone dovesse essere finalizzata "esclusivamente a favore del progresso economico e sociale delle popolazioni, nonché ad opere di sistemazione montana che non siano di competenza dello Stato".

Il principio fondamentale che emerge da questa legislazione afferma il diritto delle collettività territoriali in ordine alle risorse idriche espresse dal territorio⁴⁸⁰.

Lo Stato (ovvero Regioni e Province Autonome) è il gestore della risorsa idrica, quello che dà le concessioni delle grandi derivazioni, organizza le relative politiche in vista del rifornimento energetico nazionale (adesso queste politiche in parte, sono di competenza regionale: art. 117, 3° co., Cost.).

Ma il diritto alla risorsa non appartiene allo Stato o gli appartiene soltanto in parte; perché il diritto appartiene alle collettività, cioè alle popolazioni locali. Espressione del loro diritto al territorio; una sorta di uso civico. Un diritto che per certi aspetti

Bacini Imbriferi a non costituire il Consorzio e occorrendo comunque i tre quinti delle adesioni per la costituzione dello stesso. Possiamo dire che il Consorzio diventa obbligatorio per i Comuni compresi in un determinato Bacino Imbrifero che non hanno assentito alla costituzione del Consorzio stesso, laddove i tre quinti dei Comuni compresi nel medesimo Bacino vi abbiano assentito.

⁴⁷⁹ Come si vedrà la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 533 del 2002 afferma "la destinazione del sovracanone a un fondo comune gestito da Consorzi per finalità di promozione dello sviluppo economico e sociale delle popolazioni interessate e per la realizzazione delle opere che si rendano necessarie per rimediare alla alterazione del corso naturale delle acque causata dalla loro regimazione artificiale".

⁴⁸⁰ Sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Consorzi BIM tra passato e futuro: profili giuridici*, in *Rivista Federbim*, 2/2013

può essere configurato come un diritto al risarcimento degli eventuali danni che il dirottamento della risorsa idrica ad altri scopi (scopi di produzione energetica, diversi da quelli strettamente connessi alle esigenze delle comunità locali) può produrre nell'ambito delle popolazioni del territorio montano.

In verità non si tratta di un vero e proprio diritto al risarcimento, ma ne ha degli aspetti. La giurisprudenza ha più volte sottolineato il fatto che il diritto al sovracanone da parte delle popolazioni locali non è correlato al danno prodotto (ciò che avrebbe reso necessario la dimostrazione del danno prodotto) e nasce comunque dalla concessione a prescindere addirittura dall'utilizzo concreto delle acque da parte del concessionario⁴⁸¹.

Quanto alla ripartizione dei sovracanoni essa in base alla legge del 1953 poteva essere stabilita d'accordo tra i comuni del BIM o, in mancanza, dal Ministro dei LL.PP., sentito il suo Consiglio Superiore, in relazione ai bisogni delle singole zone ed ai danni da esse subiti in conseguenza della derivazione.

3. La legislazione successiva (dagli anni '50 alle ultime leggi finanziarie)

Qualche anno più tardi intervenne la legge 1377/1956 che, pur mantenendo la facoltà di attribuzione del sovracanone, eliminò la condizione del trasporto

⁴⁸¹ Cfr. Trib. Sup. AA. PP., 10 luglio 1985, n. 44; 14 ottobre 1993, n. 97; 2 luglio 2002, n. 96, 23 settembre 2008 n. 145. Tuttavia, Trib. Sup. AA. PP. 11 aprile 2008, n. 46 afferma che l'obbligazione di corrispondere il sovracanone è sospesa, al pari dell'obbligazione di corresponsione del canone, ove la concreta possibilità di sfruttamento della risorsa idrica venga a mancare per cause straordinarie estranee al concessionario e non riconducibili alla sua volontà o comunque alla sua responsabilità, ossia quando la mancata o ritardata utilizzazione della risorsa non sia imputabile né a scelte imprenditoriali né ad inefficienza operativa del concessionario. Invero, questo diritto presuppone l'idea di un risarcimento delle popolazioni del territorio circostante: dei danni che ad esse almeno in astratto possono essere imputati. Il diritto delle popolazioni diventa il diritto dei Comuni e attraverso i Comuni diritto dei Consorzi, perché le popolazioni sono rappresentati dai loro enti esponenziali.

dell'energia e stabilì un tetto massimo della misura del sovracanone per unità di potenza nominale.

Inoltre vennero estesi anche per l'"ulteriore sovracanone" i criteri della ripartizione concernenti le condizioni economiche degli enti e l'entità dei danni subiti in dipendenza della derivazione.

Un ulteriore passo avanti fu compiuto con la legge 925/1980⁴⁸² che introduceva l'obbligo e non più la facoltà di entrambi i sovracanoni (quello a favore del BIM e quello a favore dei comuni rivieraschi) a carico dei concessionari.

La misura dei due sovracanoni (BIM e rivieraschi) veniva stabilita in modo fisso e si prevedeva che la revisione di essi fosse effettuata con appositi decreti dei competenti Ministri dei LL.PP. e delle Finanze ogni biennio in base ai dati ISTAT relativi all'andamento del costo della vita.

Dopo alcuni interventi specifici in ordine alla misura dei sovracanoni contenuti nella legge n. 136/1999⁴⁸³ a partire dal 2000, il legislatore ha iniziato ad intervenire sulla materia attraverso lo strumento delle leggi finanziarie.

In particolare disposizioni sul canone sono contenute nell'art. 28 della legge finanziaria per il 2001 che introduce disposizioni per la "razionalizzazione delle imposte e norme in materia di energia elettrica"⁴⁸⁴ la cui disciplina è stata "attuata"

⁴⁸² Si noti che l'art. 5 della legge in commento prevedeva la facoltà delle Regioni di sciogliere i consorzi BIM e di trasferire alle Comunità Montane funzioni, beni mobili ed immobili, attività e passività, rapporti giuridici, mezzi finanziari e proventi derivanti dai sovracanoni.

⁴⁸³ La legge n. 136/1999 è intervenuta con riferimento agli impianti di produzione di energia elettrica mediante accumulo per pompaggio, stabilendo in particolare che i sovracanoni fossero dovuti dal Concessionario ai Comuni del BIM nel cui ambito territoriale ricadono gli impianti stessi e ai comuni rivieraschi e relative Province in analogia con quanto previsto dagli artt. 1 e 2 della Legge 925 per gli impianti idroelettrici di tipo tradizionale a semplice caduta. Inoltre, i sovracanoni dovevano essere altresì attribuiti agli enti aventi diritto in ragione del 15% della potenza nominale media risultante dal decreto di concessione e riferita al pompaggio.

⁴⁸⁴ Per tale norma «La potenza nominale media di cui al comma 4 dell'articolo 28 della legge 30 aprile 1999, n. 136, deve essere intesa come prodotto della portata massima utilizzata in fase produttiva, per il salto quantificato pari alla differenza tra le quote

dalla successiva legge n. 289/2002 (legge finanziaria per il 2002), che recava la fissazione delle basi di calcolo dei sovracanonici per la produzione di energia idroelettrica.

In relazione ai consorzi BIM l'art. 2, comma 35 della Legge 24/12/2007 (Finanziaria 2008) ha previsto la riduzione degli organi gestionali dei Consorzi a 3 membri (per quanti gestiscono meno di euro 2.500.000,00/anno) e a 5 membri (per valori eccedenti tale limite).

Tra le norme più importanti occorre segnalare la legge n. 122 del 2011 che all'art. 15 comma 6 ha stabilito un sovracanone diverso per piccole e grandi derivazioni.

L'ultimo intervento in relazione ai BIM è contenuto, a quanto consta, nella legge di Stabilità approvata il 21 dicembre 2012⁴⁸⁵.

Attualmente è previsto che i canoni di concessione per l'utenza dell'acqua pubblica siano stabiliti con decreto⁴⁸⁶ e che l'aggiornamento abbia cadenza triennale (i canoni sono prefissati dall'art. 18 della L. 36/94).

massime di regolazione degli invasi superiore ed inferiore, per l'accelerazione di gravità. 9. I sovracanonici provenienti dagli impianti di produzione per pompaggio sono liquidati nel modo seguente: a) quelli riguardanti i bacini imbriferi montani, ai sensi dell'articolo 1 della legge 22 dicembre 1980, n. 925, per il 50 per cento ai consorzi costituiti tra i comuni compresi nel bacino imbrifero montano, come delimitato con decreti del Ministro dei lavori pubblici, e per il restante 50 per cento ai comuni non consorziati in base alle percentuali loro attribuite con decreto del Ministro dei lavori pubblici; b) quelli riguardanti i comuni rivieraschi, ai sensi dell'articolo 2 della legge 22 dicembre 1980, n. 925, per l'80 per cento a favore dei comuni territorialmente interessati dagli impianti e in base alle percentuali di cui alla lettera a) e per il restante 20 per cento a favore delle relative province. 10. I sovracanonici di cui al comma 9 sono immediatamente esigibili dagli aventi diritto senza attendere la formalizzazione dei decreti di concessione degli impianti».

⁴⁸⁵ L'art. 1, comma 137, dispone infatti: "al fine di consentire la prosecuzione degli interventi infrastrutturali da parte dei comuni e dei bacini imbriferi montani, i sovracanonici idroelettrici, previsti ai sensi dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1953, n. 959, sono estesi con decorrenza dal 1 gennaio 2013 a tutti gli impianti di produzione di energia idroelettrica superiori a 220 kw di potenza nominale media, le cui opere di presa ricadano in tutto o in parte nei territori dei comuni compresi in un bacino imbrifero montano già delimitato" (rivista *Federbim*, 4/2013)

Soltanto la raccolta di acque piovane in invasi e cisterne al servizio di fondi agricoli o di singoli edifici è libera⁴⁸⁷.

L'art. 15, c. 6, D.L. 78/2010 interviene "a bocce ferme" modificando solo il parametro *statico* del sovracanone definito dalla legge statale fissandolo, in via transitoria in attesa di attuazione dell'art. 119 Cost., nella misura di Euro 28 per i consorzi imbriferi ed Euro 7 per i comuni rivieraschi.

Di estremo interesse è la previsione di cui al successivo comma 6-bis che, modificando l'articolo 3 della legge n. 959 del 1953, prevede che i Consorzi imbriferi ed i comuni rivieraschi *creditori* del sovracanone possano, invece di ricevere la corrispondente somma in denaro possono richiederne il corrispettivo sotto forma di fornitura diretta di energia elettrica. In verità, tale previsione era già esistente, la novella elide l'inciso secondo cui la fornitura fosse limitata alla concorrenza del sovracanone.

Com'è noto è in atto da qualche anno un'incisiva riforma degli assetti del governo locale che investe sia il livello provinciale che comunale ed è intesa alla razionalizzazione e semplificazione delle strutture organizzative e alla riduzione dei costi⁴⁸⁸.

In questo processo di riforma i Consorzi dei Bacini Imbriferi Montani (BIM) si trovano spesso oggetto di iniziative di soppressione o di ridefinizione (d.d.l. A.S.2566) non sempre fondati su un'esatta cognizione dei dati di fatto e delle particolarità della disciplina giuridica che riguarda questi enti in rapporto alla gestione dei sovracanoni, imposti ai grandi concessionari. I BIM costituiti sulla base della citata legge n. 959/1953 coprono vaste aree montane del Paese, soprattutto nei territori dell'arco alpino, ma con valide propaggini anche in Appennino e rappresentano ormai una grande realtà al servizio dei bisogni delle popolazioni di montagna, nel settore dei servizi, della cultura, delle opere pubbliche.

⁴⁸⁶ In questo senso dispone l'art. 154 del D.Lgs. 152/2006

⁴⁸⁷ In questo senso dispone l'art. 167, comma 3, D.Lgs.152/2006.

⁴⁸⁸ Cfr. artt. 17 – 20, d.l. 6.7.2012 n. 95 conv. in L. 7.8.2012 n. 135.

Un ammontare di risorse rilevante, anche per effetto delle opportune scelte legislative degli ultimi anni che hanno via via incrementato (l. n. 488/01; art. 27, 10° co.; l. n. 289/02; art. 31, 10° co., da ultimo art. 15, 6° co. d.l. 31.5.2010 n. 78 conv. in l. 30 luglio 2010 n. 122), viene ogni anno investito in attività di interesse delle nostre popolazioni: da parte dei Consorzi laddove costituiti (nella maggior parte dei territori compresi nei BIM); da parte dei Comuni direttamente, in altri territori di dimensione più limitata compresi nei BIM.

Circa 70 milioni di euro da parte dei Consorzi. Oltre 7 milioni di euro direttamente da parte dei Comuni. Per attività culturali, per attività di progresso economico e sociale, per attività di incentivazione del turismo.

In ordine al diritto dei Comuni e dei relativi Consorzi al sovracanone si è aperto un contenzioso con riferimento al rapporto tra l'entità del sovracanone e la diminuzione delle potenze nominali degli impianti nell'ambito delle derivazioni per la produzione di energia elettrica, in virtù della normativa che impone ai concessionari il rilascio di determinate quantità di acqua per consentire il cd. deflusso minimo vitale dei corsi⁴⁸⁹.

Sul punto resta dubbio, e si è in attesa delle decisioni dei Tribunali delle acque, se a fronte di queste rideterminazioni delle potenze medie nominali delle concessioni rispetto alla concessione originaria, anche i sovracanoni debbano essere ridotti e a partire da quale data ciò avvenga.

Sul punto si evidenzia, comunque una differenza di regime tra il sovracanone, che come si è detto è una prestazione a fronte di diritti delle popolazioni, e i canoni demaniali che sono dovuti allo Stato o ad altro ente competente a fronte della concessione; questi ultimi situati nell'ambito di un rapporto a carattere amministrativo tra concedente e concessionario, i primi situati nell'ambito di un rapporto di carattere obbligatorio che fa capo alle popolazioni come titolari di diritti civici.

⁴⁸⁹ Cfr. art. 3, lett. i) l. n. 183/1989; art. 12 bis del T.U. sulle acque, r.d. n. 1775 del 1933, come modif. dall'art. 5, 2° co., lett. b d.lgs. n. 275/1993; art. 6, commi 2 e 4 delle Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Regione Trentino- Alto Adige , d.p.r. 22.3.1974 n. 381; art. 23 ter, l.p. Trento 6.3.1998 n. 4.

4. Il caso della Regione Piemonte: la ripartizione dei tre canoni

Per avere un'idea in concreto dei valori economici dei "tre" canoni si può fare l'esempio della Regione Piemonte in cui la produzione idroelettrica è assicurata da oltre ottocento derivazioni da corsi d'acqua naturali dei territori montani a cui vanno aggiunti circa un centinaio d'impianti localizzati sui canali irrigui e qualche decina d'impianti installati sulle condotte principali di importanti acquedotti⁴⁹⁰. Su un totale di circa mille impianti, gli impianti classificati come grandi derivazioni (potenza nominale maggiore o uguale a 3.000 KW) sono poco più di settanta.

L'utilizzazione idroelettrica delle acque è attualmente soggetta al pagamento dei seguenti canoni demaniali, ciascuno su base annua: il primo è il canone demaniale per la derivazione delle acque pubbliche (che era quello originario o quello di base)⁴⁹¹; il secondo è il sovracanone a favore dei comuni rivieraschi⁴⁹²; il terzo è il sovracanone a favore dei bacini imbriferi montani (BIM)⁴⁹³.

Il canone demaniale (il primo canone) è incamerato direttamente dalla Regione e il relativo gettito annuale (per avere un'idea dell'ordine di grandezza) ammonta a circa 15 milioni di euro, corrispondente a circa i tre quarti del gettito complessivo delle utenze d'acqua pubblica⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ fonte Sistema informativo della Regione Piemonte

⁴⁹¹ Attualmente il canone demaniale "di base" è di € 14,64 per ogni kilowatt di potenza nominale, con un minimo di € 128,25.

⁴⁹² Il sovracanone "Comuni rivieraschi" ex articolo 2, primo comma, della legge 22 dicembre 1980, n. 925, fissato per il periodo 1 gennaio 2010 - 31 dicembre 2011 è pari a € 5,27 per ogni chilowatt di potenza nominale media concessa o riconosciuta superiore a 220.

⁴⁹³ Il sovracanone BIM), ex legge 27 dicembre 1953, n. 959, fissato per il periodo 1 gennaio 2010 - 31 dicembre 2011 viene corrisposto nella misura di € 21,08 per ogni kW di potenza nominale concessa o riconosciuta superiore a 220.

⁴⁹⁴ In merito ai canoni demaniali è opportuno precisare che il comma 6 dell'articolo 15 del d.l. 78/2010, prevede, a decorrere dal 2010, un ulteriore canone per i grandi impianti idroelettrici i cui proventi sono destinati ad interventi di tutela ambientale. Il relativo

Il sovracanone per i comuni rivieraschi (il secondo canone) compete alle Province e a tutti quei Comuni il cui territorio si affaccia sul tratto di corso d'acqua sotteso dalla derivazione a partire dal punto ove ha termine il rigurgito dell'opera di presa fino al punto di restituzione. È normalmente ripartito per l'80% a favore dei Comuni, territorialmente interessati dall'impianto, e per il residuo 20% a favore della Provincia. Il relativo gettito annuale è stimabile in 5 milioni di euro.

Il sovracanone per i bacini imbriferi montani (il terzo canone) compete ai comuni facenti parte dei BIM delimitati con DM del Ministero dei LL.PP. È ripartito come stabilito nello statuto del Consorzio dei comuni facenti parte dello stesso BIM o, in mancanza del Consorzio, secondo le quote di riparto stabilite dai decreti ministeriali, che prevedono, in generale, una quota uguale per tutti e quote variabili definite sulla base di popolazione, superficie territoriale e localizzazione degli impianti.

In Piemonte risultano definite sedici distinte aree per la gestione dei sovracanoni per bacino imbrifero montano⁴⁹⁵ e i Comuni piemontesi compresi in tutto o in parte all'interno di bacini imbriferi montani sono in totale 504, circa il 42% di tutti i Comuni del Piemonte.

Il gettito annuo complessivo dei sovracanoni BIM è di circa 16 milioni di euro. Con i sovracanoni sono realizzate opere di carattere pubblico (ad es. interventi per

importo sarà fissato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e non potrà superare quello di concessione.

⁴⁹⁵ E precisamente: BIM del Ticino piemontese, costituito da 82 Comuni di cui 76 in Provincia di Verbania, 5 in Provincia di Novara e 1 in Provincia di Vercelli; BIM del Sesia, costituito da 82 Comuni di cui attualmente 31 in Provincia di Vercelli, 45 in Provincia di Biella, 3 in Provincia di Verbania, 2 in Provincia di Torino e 1 in Provincia di Novara; BIM della Dora Baltea della Provincia di Torino, costituito da 27 Comuni; BIM dell'Orco, costituito da 25 Comuni; BIM dello Stura di Lanzo, costituito da 24 Comuni; BIM della Dora Riparia, costituito da 38 Comuni; BIM del Sangone, costituito da 7 Comuni; BIM del Pellice, costituito da 30 Comuni; BIM del Po, costituito da 16 Comuni; BIM del Varaita, costituito da 14 Comuni; BIM del Maira, costituito da 22 Comuni; BIM del Tanaro della Provincia di Cuneo, costituito da 95 Comuni; BIM del Bormida della Provincia di Alessandria, costituito da 12 Comuni; BIM della Bormida della Provincia di Cuneo, costituito da 23 Comuni; BIM della Bormida della Provincia di Asti, costituito da 9 Comuni; BIM dello Scrivia, costituito da 23 Comuni.

strade o acquedotti) o servizi forniti alle comunità residenti (sgombero neve nei Comuni di montagna, sostegno a collegi e ospizi, ecc.).

In sintesi, quindi, almeno nella Regione Piemonte il canone demaniale vale circa 15 milioni di euro; il sovracanone comuni rivieraschi vale 5 milioni di euro e il sovracanone Bim vale 16 milioni di euro.

In generale il gettito incassato dai BIM ammonta a circa 80.000.000 di euro.⁴⁹⁶

Si tratta di cifre notevoli, soprattutto se paragonate con quelle dei bilanci comunali delle piccole municipalità montane. In un contesto economico in cui gli enti locali si vedono progressivamente ridurre i trasferimenti statali a sostegno delle attività di erogazione di servizi sociali e di infrastrutturazione del territorio, la presenza di impianti idroelettrici può quindi sempre più rappresentare per le comunità locali un'opportunità di sviluppo sociale basata sullo sfruttamento sostenibile di una risorsa naturale.

5. La sentenza Corte Costituzionale n. 533/2002 sulla valenza solidaristica dei sovracanon

Nell'esperienza applicativa della legge n. 959/53 una delle questioni fondamentali che è stata affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza è quella della natura del sovracanone.

⁴⁹⁶ La stima è della Federbim Federazione Nazionale dei Consorzi di Bacino Imbrifero Montano. Tale associazione nasce a Bergamo il 17 marzo del 1962 (a seguito della Legge 959 del 27 dicembre 1953, detta anche legge sull'economia montana, che permise la costituzione di consorzi tra i comuni montani) ed eretta in ente morale con D.P.R. n° 194 del 31/01/1964 con l'idea di rappresentare a livello istituzionale centrale le problematiche dei vari Consorzi Bim, ma anche di cercare di restituire il giusto ruolo alla montagna e di promuovere lo sviluppo economico della stessa. L' intento è quello di ripagare, in parte, agli abitanti dei territori montani, i danni dovuti alla presenza di bacini, impianti e reti di distribuzione idroelettrica, tramite la gestione delle entrate dovute al sovracanone, versato dai concessionari di derivazioni d'acqua pubblica, che hanno opere di presa all'interno dei bacini imbriferi stessi. Al giorno d'oggi raccoglie circa 2000 comuni montani, sparsi lungo tutta l'Italia (www.federbim.it).

Alcuni, infatti, ne hanno sostenuto la natura tributaria, altri, invece, ne hanno sostenuto la natura extratributaria⁴⁹⁷ e si è dibattuto se si tratti di un indennizzo⁴⁹⁸, se sia assimilabile al canone di concessione o se tale sovracanone sia da esso diverso.

L'ampio contenzioso che si era aperto sulla questione è stato chiuso da una serie di decisioni del Tribunale Superiore delle acque⁴⁹⁹ e della stessa Corte Costituzionale che hanno affermato la natura tributaria del sovracanone e la sua distinzione ontologica con il canone⁵⁰⁰.

Nella sentenza n. 533 del 2002, che peraltro è la prima che giudica del ricorso di una Regione (nella fattispecie il Veneto) contro la legge di un'altra "Regione" (nella fattispecie la Provincia autonoma di Bolzano che per le sue caratteristiche come si

⁴⁹⁷ In questa linea sembra porsi L. MERCATI, *L'incerto confine tra funzioni delegate e competenza legislativa concorrente in materia di sovracanoni per le concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 240ss.

⁴⁹⁸ In questo senso ad es. M.S. GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva di legge*, in *Riv.dir.sc.fin.*, 1957, 23 per il quale i sovracanoni andavano qualificati come "indennità di natura riparatoria della sottrazione di ricchezze che subiscono le collettività locali per effetto di derivazioni idriche ad uso di elettricità, simili alle tante che si impongono nelle concessioni di uso eccezionale di beni pubblici per determinazione delle autorità concedenti".

⁴⁹⁹ Tra le pronunce giurisprudenziali, cfr. Trib. sup. acque, 14 ottobre 1993, n. 97, nella quale si afferma che «il sovracanone richiesto ad un concessionario di utenza idrica non ha carattere indennitario e configura una prestazione patrimoniale correlata solo all'esistenza attuale e non all'uso effettivo della concessione di derivazione, la quale costituisce così il presupposto materiale di un'imposizione finalizzata ad integrare le risorse degli enti territoriali interessati, nel quadro dell'esigenza di sostegno dell'autonomia locale».

⁵⁰⁰ Tra le prime pronunce nelle quali la Corte costituzionale ha affermato che il sovracanone previsto dalla l. n. 959 del 1953 ha il carattere di «prestazione obbligatoria imposta per atto di autorità» cfr. Corte cost., 8 luglio 1957, n. 122.

In un secondo momento se n'è riconosciuta la finalità di sostegno dell'autonomia locale (cfr. Corte cost., 31 dicembre 1982, n. 257).

è detto può essere assimilata ad una vera e propria Regione)⁵⁰¹, la Corte costituzionale, sulla scia dei richiamati precedenti⁵⁰², è chiaramente intervenuta sulla questione, chiarendo che i sovracanonici idroelettrici costituiscono “prestazioni patrimoniali imposte a fini solidaristici” attinenti alla materia della finanza locale e qualificati dalla legge del 1953 come “principi fondamentali” non derogabili dalle Regioni in quanto collocati al di fuori della materia della utilizzazione delle acque.

Sotto questo profilo la derivazione d’acqua costituisce il mero presupposto materiale di un’imposizione avente natura tributaria finalizzata ad integrare le risorse degli enti rientranti nel BIM in un’ottica solidaristica attenta alle esigenze di sostegno dell’autonomia locale.

Secondo la Corte la natura tributaria riconduce ogni determinazione relativa al sovracanone nell’ambito della materia “coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario” mentre quello concernente il suo diretto versamento ai consorzi BIM costituisce principio fondamentale contenuto nella legislazione statale di cui alla legge n. 959 del 1953.

Nel caso di specie si ritenne che la legislazione della Provincia autonoma di Bolzano impugnata in quell’occasione, la quale prevedeva la riscossione diretta dei relativi proventi da parte della Provincia in occasione della riscossione del canone demaniale, violasse proprio i principî fondamentali della legislazione statale, che destina i relativi importi ad un fondo gestito dai consorzi tra i Comuni, ledendone altresì l’autonomia finanziaria.

Ed infatti per il giudice della legge la disciplina dei sovracanonici deve essere ricondotta all’«armonizzazione dei bilanci pubblici» e al «coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» e, conseguentemente, la legislazione

⁵⁰¹ Cfr. sul punto C. PADULA, *La problematica legittimazione delle Regioni ad agire a tutela della propria posizione di enti esponenziali*, in *Le Regioni*, 2003, 663 e di S. ILLARI, *La Corte Costituzionale in equilibrio tra continuità e discontinuità nell’opera di adeguamento dell’ordinamento alla riforma del titolo V*, in *Giur.cost.*, 2002, 4399.

⁵⁰² Cfr. le già citate Corte Cost., 31 dicembre 1982, n. 257 e Corte Cost., 8 luglio 1957, n. 122

regionale e provinciale incontra il limite dei principî desumibili dalla legislazione statale, anche da quella già in vigore, come appunto la legge del 1953⁵⁰³.

Solo in seguito all'attuazione dell'art. 119 Cost., infatti, per la Corte, sarà possibile intervenire con riferimento alla determinazione delle basi di calcolo, essendo comunque vincolati dalla eterodeterminazione dell'ammontare della somma. L'intervento regionale in materia dipenderà, quindi, dall'effettiva attuazione del federalismo fiscale e demaniale.

Secondo questa giurisprudenza, quindi, il sovracanone ha una natura del tutto diversa dal canone di concessione. Quest'ultimo si presenta come una sorta di corrispettivo della concessione e perciò spetta all'ente concedente, quindi allo Stato e adesso alla Regione: l'ente titolare della funzione amministrativa, della funzione di governo della risorsa in quanto produttiva di energia.

Il sovracanone, invece, è una prestazione patrimoniale che la legge impone ai concessionari delle grandi derivazioni di energia elettrica a favore delle popolazioni locali per il solo fatto dell'esistenza della concessione e quindi del potenziale uso delle acque al fine di produzione dell'energia elettrica: delle acque sulle quali le popolazioni locali hanno un diritto originario di godimento.

Una prestazione patrimoniale, come dice la Corte Costituzionale, che "non ha carattere indennitario ma è "correlata solo all'esistenza attuale e non all'uso effettivo della concessione di derivazione" e costituisce "il presupposto materiale di un'imposizione finalizzata ad integrare le risorse degli enti territoriali interessati, nel quadro di un'esigenza di sostegno dell'autonomia locale".

Il sovracanone si differenzia, quindi, dal canone demaniale (dal canone di concessione) per destinatario (non il titolare della concessione ma il Consorzio di Comuni), finalizzazione (progresso economico e sociale delle popolazioni, la realizzazione di opere di sistemazione montana) nonché, appunto, per la sua stessa natura giuridica⁵⁰⁴.

⁵⁰³ La Corte Costituzionale richiama la propria precedente sentenza n. 282 del 2002

⁵⁰⁴ Oltre a Corte Cost. n. 533/2002 v. anche, tra le tante, Trib. Sup. Acque Pubbliche, 10 luglio 1985, n. 44; 14 ottobre 1993, n. 97; più di recente Cass. S.U., 8 agosto 2005 n. 16602; 25 maggio 2009 n. 11989.

Il sovracanone è oggetto di un diritto soggettivo di credito in capo alla popolazione locale (e per essa in capo al Comune o al Consorzio) nei confronti del concessionario tenuto alla contribuzione.

Pertanto, in caso di inadempimento di questi, l'ente titolare del diritto è legittimato ad agire per la realizzazione della sua pretesa a contenuto patrimoniale (che costituisce, appunto, un vero e proprio diritto soggettivo)⁵⁰⁵.

E infine, secondo la Corte, il sovracanone costituisce elemento proprio della finanza comunale. E la relativa disciplina legislativa attiene alla materia della finanza locale; ciò che ovviamente produce conseguenze in ordine all'assetto del riparto legislativo tra Stato e Regioni.

In sintesi, in base alla decisione della Corte Costituzionale, il principio (che si fonda sulla disciplina legislativa del 1933 e del 1953) del diritto delle popolazioni locali a una parte delle risorse del proprio territorio, e segnatamente della risorsa idrica in quanto produttiva di energia, è da ritenere assolutamente non disponibile dal legislatore regionale.

La legislazione regionale, pertanto, non potrebbe, ad esempio, stabilire che i proventi del sovracanone siano dirottati verso un ente diverso non direttamente rappresentativo delle comunità locali, ad esempio la stessa regione o un ente regionale (come era avvenuto proprio nel caso deciso dal Corte cost., n. 533/02).

A tali conclusioni la Corte arriva non tanto sulla base dell'indisponibilità di questo diritto soggettivo delle popolazioni da parte del legislatore (e segnatamente del legislatore regionale); ma anche perché la disciplina del sovracanone non rientra nella materia della utilizzazione delle acque (materia di potestà legislativa regionale, e per certi aspetti di potestà legislativa concorrente: art. 117, Cost.) ma nella materia della finanza locale, i cui principi, com'è noto, sono inderogabilmente stabiliti dalla legislazione dello Stato, ai sensi dell'art. 117, 2° co., lett. e); 3° co. e art. 119, 2° co.

E sul punto, è dunque da ritenere assolutamente indiscutibile che la normativa di cui ci occupiamo, di cui alla legge del 1953, costituisca in senso tecnico un principio fondamentale della legislazione dello Stato in materia di finanza pubblica (art. 117, 3° co., Cost.), inderogabile dalle Regioni.

⁵⁰⁵ Trib. Sup. Acque Pubbliche, n. 44/85, cit.

6. Le basi di calcolo dei sovracanonici nelle sentenze della Corte Costituzionale n. 37 e n. 261 del 2004

A metà degli anni duemila si è sviluppato un ampio contenzioso costituzionale in ordine alle basi di calcolo dei sovracanonici.

Da una parte lo Stato è intervenuto con la propria legislazione esercitando la propria competenza e fissando lui stesso tali basi di calcolo e dall'altra alcune Regioni hanno contestato tale normativa ritenendo che in base alle norme costituzionali siano le Regioni che debbano legiferare in materia.

La Corte Costituzionale ha dato ragione allo Stato in due occasioni, rispettivamente con la sentenza n. 37 e n. 261 del 2004 (in entrambi i casi i ricorsi erano stati proposti dalla Regione Emilia Romagna).

Il primo giudizio era sollevato in relazione all'art. 27, c. 10, l. n. 448 del 2001, nella parte in cui, appunto, prevedeva che, a decorrere dal 1 gennaio 2002, le basi di calcolo dei sovracanonici (dovuti ai Comuni, o ai consorzi obbligatori tra essi costituiti, dai concessionari delle derivazioni d'acqua per produzione di forza motrice) fossero modificate in aumento⁵⁰⁶.

E già in quella occasione la Corte, dichiarando non fondata la questione, con sentenza n. 37 del 2004⁵⁰⁷, ribadì che fosse da ritenere spettante al legislatore statale la potestà di dettare norme modificative, anche nel dettaglio, della disciplina dei sovracanonici in questione.

Anche nella sentenza n. 261 del 2004 la Corte Costituzionale si è pronunciata dichiarando la non fondatezza della pretesa avanzata dalla ricorrente Regione

⁵⁰⁶ Originariamente erano fissate rispettivamente in 13 euro e 3,50 euro (fermo restando per gli anni a seguire l'aggiornamento biennale previsto attraverso decreti del Ministro dei lavori pubblici o di quello delle finanze, dall'art. 3 della legge 22 dicembre 1980, n. 925) ed erano state fissate dalla legge finanziaria del 2002 indicando i nuovi importi rispettivamente in 18 euro e 4,50 euro per i consorzi e per i comuni.

⁵⁰⁷ A commento di tale sentenza v. A. MORRONE, *Principi di coordinamento e "qualità" della potestà tributaria di regioni e enti locali*, in *Giur.cost.*, 2004, 541.

Emilia-Romagna nei confronti di una legge finanziaria dello Stato che aveva provveduto a fissare le basi di calcolo dei sovracanonici.

La Corte ribadisce che la disciplina della fissazione delle basi di calcolo dei sovracanonici per le concessioni di derivazioni di acqua, non attiene alla materia "produzione di energia" (art. 117, terzo comma, della Costituzione) e tanto meno ad ambiti di legislazione residuale (art. 117, quarto comma, della Costituzione) che giustificerebbero una sorta di riserva della normativa di dettaglio alle Regioni.

Richiamando la propria giurisprudenza⁵⁰⁸, la Corte specifica che la disciplina dei sovracanonici è qualificabile come prestazione patrimoniale imposta a fini solidaristici, attinente alla materia del sistema finanziario e tributario degli enti locali come regolato dall'art. 119, secondo comma, della Costituzione.

Da ciò deriva in modo chiaro la competenza a legiferare da parte dello Stato.

Per la Corte è certamente vero che il legislatore statale, in sede di attuazione, dovrà coordinare l'insieme della finanza pubblica e che a tal fine dovrà non solo fissare i principi cui i legislatori regionali dovranno attenersi, ma anche determinare le grandi linee dell'intero sistema tributario, e definire gli spazi e i limiti entro i quali potrà esplicarsi la potestà impositiva, rispettivamente, di Stato, Regioni ed enti locali ma è altrettanto vero che, in attesa del predetto intervento legislativo, sia da ritenere tuttora spettante al legislatore statale la potestà di dettare norme modificative, anche nel dettaglio, della disciplina dei sovracanonici in questione.

⁵⁰⁸ Si richiamano la sentenza n. 533 del 2002 e ordinanza n. 21 del 2004

Conclusioni

Si era aperto il presente lavoro con una serie di domande e, fondamentale, ci si era proposti di indagare i rapporti tra concessioni idroelettriche e concorrenza, da una parte, e concessioni idroelettriche e tutela dell'ambiente dall'altra.

Si è visto come per poter arrivare ad indagare su tali aspetti si è reso necessario, innanzitutto, fornire una serie di dati tecnici sull'energia in generale e sull'energia idroelettrica in particolare.

Dall'analisi effettuata è emerso come l'energia idroelettrica sia stata fondamentale per lo sviluppo del nostro paese; che fino agli anni sessanta sia stata praticamente l'unica fonte di energia e che senza di essa probabilmente il nostro paese non avrebbe conosciuto lo sviluppo industriale che ha avuto negli anni cinquanta.

Si sono forniti una serie di dati sulle varie tipologie di impianti per la produzione di energia idroelettrica, sul loro numero (che ammonta attualmente a circa 3000 impianti), sulle varie classificazioni (mini idroelettrico e grande idroelettrico) e sulle prospettive di espansione di questa forma di energia.

Si è visto, in particolare, che mentre le prospettive di sviluppo del grande idroelettrico siano abbastanza limitate (perché ormai quasi tutti i grandi corsi d'acqua sono stati ampiamente sfruttati), vi siano, invece, buone prospettive ancora per il mini idroelettrico, nonostante le resistenze di molte associazioni ambientaliste.

Si è evidenziato che, nonostante lo sviluppo dell'energia idroelettrica si sia fermato, si tratta tuttora della più importante tra le fonti rinnovabili (circa il 13% dell'energia prodotta in Italia proviene dall'idroelettrico).

Si sono analizzate le varie regolamentazioni che si sono susseguite in materia: dal diritto romano che considerava l'acqua dei fiumi *res communes omnium*, al diritto medievale in cui per la prima volta viene sancito il principio della necessità di un titolo giuridico particolare per derivare l'acqua.

Si è poi analizzata l'evoluzione della legislazione: si è partiti dalle prime leggi antesignane di fine ottocento e inizi novecento per giungere fino al testo unico del 1933 che tuttora, seppur con grandi modifiche, costituisce la legge vigente in materia.

Si sono analizzati poi i procedimenti per l'autorizzazione degli impianti anche alla luce del "difficile" riparto di competenza in materia di energia tra Stato e Regioni.

Come si è visto non sono state rare le occasioni in cui la Corte Costituzionale ha annullato leggi statali ritenendo che esse avessero invaso la competenza delle Regioni e, al contempo, ha annullato leggi regionali ritenendo che queste si fossero addentrate in terreni riservati allo Stato.

Si è poi passati ai due temi centrali: quello dei rapporti tra concessioni idroelettriche e concorrenza e quello dei rapporti tra concessioni idroelettriche e tutela dell'ambiente.

In ordine al primo punto dopo aver descritto i vari passaggi normativi e giurisprudenziali che hanno caratterizzato i rapporti tra concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza sia sul versante nazionale che su quello relativo alle Province di Trento e Bolzano si è visto che vi è una fortissima resistenza del sistema a cambiare e ad aprirsi ai principi concorrenziali: il processo di apertura che è stato iniziato e portato avanti, soprattutto grazie alle spinte provenienti dall'Europa, ha subito non poche battute di arresto.

Sebbene ancora nei fatti, al momento attuale, vi sia un sistema con un unico operatore, quello risultante dalle leggi di nazionalizzazione del 1962, e in cui si preclude l'ingresso ad ogni altro attore sia italiano che straniero, almeno, da un punto di vista teorico, sotto la spinta dell'Europa, abbiamo iniziato a prevedere un momento in cui questo sistema dovrà venire meno.

Del resto una tale chiusura del mercato italiano non poteva certamente essere accettata dagli altri paesi europei e, soprattutto, da quelli con imprese in grado di competere con le nostre.

Probabilmente dietro la forte spinta prima alle privatizzazioni all'inizio degli anni '90 e poi alla fine degli anni '90 alle liberalizzazioni e, in particolare, a quella del settore elettrico che si è concretizzata nel decreto Bersani, vi è stata proprio la spinta di quelle imprese straniere a cui fa gola l'acqua del nostro paese che è una delle poche ricchezze di cui (ormai) disponiamo: sono tali realtà straniere che non possono tollerare che un mercato come il nostro rimanga chiuso e impermeabile al loro ingresso.

Si è osservato come a queste spinte la legislazione che si è negli ultimi venti anni susseguita nel nostro paese ha tentato in tutti i modi di resistere o di ritardare l'entrata in vigore delle norme europee: è come se in tutti i modi si fosse obbligati a raggiungere un risultato che non si desidera e si tenti di ritardarne il conseguimento in ogni modo possibile.

Il legislatore nazionale ha "dovuto" far saltare il principio di perpetuità delle concessioni (perché non sarebbe stato tollerabile il contrario) e ha "dovuto" prevedere una durata predeterminata delle concessioni ma ha "resistito" fin dal decreto Bersani prevedendo un lungo periodo di mantenimento dello *status quo* (che si potrebbe definire di *stand still*, di sospensione obbligatoria o in vari altri modi).

E' sembrato poi che il mantenimento in vita delle concessioni (in gran parte) fino al 2029 (ossia addirittura fino a trent'anni dopo il decreto Bersani) sia forse eccessivo, dato che un periodo di tempo di due, tre o cinque anni potrebbe sembrare più che congruo per preparare le gare.

Si è rilevato, poi, che di fronte alla spinta a favore della realizzazione dei principi concorrenziali la legislazione "di resistenza" abbia operato non solo spostando in avanti il momento in cui si dovranno fare le gare ma anche prevedendo che, ove tali gare si realizzassero, vi sarebbe un vero e proprio privilegio per il concessionario uscente.

Si è visto, infatti, come, sempre sulla base del meccanismo previsto originariamente dal decreto Bersani, il concessionario uscente avrebbe potuto - con sforzo praticamente pari a zero - mantenere il suo posto in luogo del candidato concessionario entrante, semplicemente facendo proprio il progetto migliorativo di quest'ultimo.

Di fronte alle censure della Commissione europea, della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e di qualche intervento della Corte Costituzionale, che avrebbe potuto essere senz'altro più deciso e non limitarsi agli *obiter dictum*, la legislazione "di resistenza" ha dovuto, così, inventare altre strade.

E, dunque, visto che non si poteva più mantenere in vigore il privilegio per il gestore uscente, sebbene si sia riusciti d'altro canto a mantenere molto in avanti nel tempo il momento in cui si dovranno realizzare le gare (e dunque si sia lasciato immutato il sistema delle proroghe), si è lavorato innalzando il "prezzo" che

dovrà essere “pagato” dal gestore entrante e facendo in modo che tale prezzo venisse stabilito di fatto dal gestore uscente.

In questo senso sembra che possano essere lette le disposizioni del 2012 che non a caso sono state di nuovo fatte oggetto di censura da parte dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

A tutt’oggi la legislazione “di resistenza” – se si consente il bisticcio di parole – comunque “resiste” complici anche l’instabilità politica e di Governo che non sono riuscite, ad esempio, a chiudere in ordine all’emanazione del decreto ministeriale che dovrà stabilire in concreto in requisiti di gara.

Intanto si va avanti – e questo sta bene ai concessionari esistenti - con un sistema di proroghe che di fatto consente di mantenere lo *status quo* anche se formalmente sembra che ci stiamo adeguando ai principi concorrenziali.

D’altra parte, anche in Trentino Alto Adige, come si è visto, pian piano le collettività locali, attraverso i propri enti esponenziali (le province autonome) e le società ad essi collegate (Dolomiti energia) si sono di fatto ripresi praticamente tutti gli impianti e, nonostante i vari proclami, si crede difficile siano pronti a lasciarle.

Nonostante questi dati non è sembrato giusto dare un giudizio totalmente critico sulla legislazione “di resistenza”: ed infatti, analizzando, seppur per cenni, la situazione negli altri paesi europei si è visto che è assai meno concorrenziale della nostra.

Proprio in questi paesi (specie la Francia) vi sono monopolisti assai più grandi del nostro (e sono probabilmente proprio questi che “spingono” per aprire il mercato italiano e poter entrare nel nostro paese) e ci sono legislazioni con durata delle concessioni assai più lunghe di quelle previste da noi e soglie di grandi derivazioni assai più alte delle nostre (così sottraendo alla concorrenza tutte quelle che vengono da questi paesi ritenute piccole).

Delle due l’una: o si aprono tutti i mercati in una vera e propria condizione di reciprocità e si mettono tutte le imprese europee sullo stesso piano e allora deve “saltare” la nostra legislazione di resistenza e, allo stesso tempo, si devono aprire anche gli altri mercati o non si apre nessun mercato e allora “ben venga” la nostra

legislazione “di resistenza” che costituisce una risposta a tentativi di impadronirsi di mercati “travestiti” dall’attuazione delle norme sulla concorrenza!

Dopo aver trattato di questi aspetti si è passati poi al secondo dei temi che si sono ritenuti fondamentali ossia quello della compatibilità delle concessioni idroelettriche con i profili di tutela ambientale.

Com’è logico, essendo l’esigenza di tutela dell’ambiente particolarmente giovane nel nostro ordinamento (si pensi che la Costituzione del 1948 non conteneva alcuna norma di tutela dell’ambiente) sarebbe stato singolare ritrovare considerazioni di questo tipo nel testo unico del 1933.

Si è visto, invece, che inizialmente il legislatore del ’33 aveva come obiettivo quello di preferire l’uso della risorsa acqua per finalità di tipo produttivo senza prendere in considerazione le finalità di tipo comunitario (generale) e ciò era possibile in quanto il T. U del ’33 viene adottato in una “stagione” dove l’acqua era ritenuta una risorsa illimitata.

Ma con il tempo l’eccessivo sfruttamento, il degrado della risorsa, la crisi ecologica che ha travolto il nostro Paese hanno condotto il legislatore a prendere consapevolezza che quella stagione è ormai lontana e che gli strumenti posti in essere precedentemente non sono più capaci di gestire questo bene che, più di tutti gli altri beni, richiede incisive forme di tutela.

Si è visto come in tal senso si sia passati da una logica provvedimentale in cui campeggiava la concessione ad una logica pianificatoria: si è compreso che se si consente l’utilizzazione di un fiume per la produzione di energia si possono impedire altri tipi di usi e, soprattutto, si possono danneggiare gli ecosistemi e, dunque, si impone una programmazione che prenda in considerazione questi aspetti.

Il legislatore ha preso consapevolezza della valenza ambientale della risorsa acqua poco alla volta nelle leggi n. 183/1989, n. 36/1994, n. 152/1999 e nel codice dell’ambiente (d.lgs. n. 152/2006) in cui sono stati introdotti i concetti di pianificazione, di piani di tutela delle acque, di deflusso minimo vitale, e, soprattutto, dal punto di vista organizzativo, di autorità di bacino di cui si è descritto il tormentato iter attuativo che non è ancora giunto a conclusione.

Si sono poi affrontate alcune tematiche assai importanti: quelle della misura dei canoni e dei sovracanonici evidenziando il fondamentale principio di ragionevolezza che la giurisprudenza sia della Cassazione che costituzionale ha ritenuto dover costituire la regola fondamentale in materia.

Si era iniziato questo lavoro evidenziando come le concessioni idroelettriche, nonostante siano uno degli istituti più risalenti nel nostro Paese, siano ancora un tema inesplorato ed effettivamente alla fine di questa analisi si può concludere che le questioni aperte sono davvero tantissime e che in un quadro legislativo molto confuso e incerto meritino certamente ulteriori approfondimenti.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Atti del XVII Congresso Italo-Spagnolo dei Professori di Diritto Amministrativo svoltosi a Saragozza nei giorni 23-25 ottobre 2008, sul tema Agua, territorio, cambio climatico y derecho administrativo*, Saragozza, 2009.

ABRAMI A., *Strutture amministrative e poteri di programmazione nella recente legislazione di difesa del suolo*, in *Riv. dir. agr.*, 1992, 2, 329.

AGOSTA S., *La Corte costituzionale dà finalmente la... "scossa" alla materia delle intese tra Stato e Regioni? (Brevi note a margine di una recente pronuncia sul sistema elettrico nazionale)*, 2 febbraio 2004 in www.forumcostituzionale.it.

ALBANO R., *Le concessioni di acque pubbliche e la nazionalizzazione dell'energia elettrica*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione in Lavori pubblici* (a cura di A. M. Sandulli), Firenze, 1967, 153.

ALBANO R., voce *Energia elettrica: profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1990.

ALBERTON M., *L'attività delle Autorità di bacino alla luce dei recenti sviluppi in tema di governo delle acque*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4, 2010, 366.

ALIBERTI C., *Le competenze in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione nel Testo unico n. 152/2006(artt. 57-63)*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2008.

AMOROSINO A., *Il governo delle acque. La salvaguardia di Venezia: una storia amministrativa italiana*, Roma, 2002.

ANZON A., *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni (nota a Corte cost. n. 303/2003)* in www.forumcostituzionale.it.

AQUARONE A., *Tre capitoli sull'Italia giolittiana*, Il Mulino, Bologna 1987.

ASTUTI G., voce *Acque (storia)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 348ss.

BAILO F., *Rifiuti e conservazione degli habitat naturali: una riconferma (ma non troppo!) della giurisprudenza costituzionale in materia ambientale*, in *Giur.it.*, 2008, 1631.

- BALZANO S., *La tutela dell'ambiente dopo la riforma del titolo V, Cost.: il giudice delle leggi conferma il primato della competenza legislativa statale anche nei confronti degli enti territoriali ad autonomia speciale*, in *Riv.giur.ed.*, 2008, 463.
- BARTOLE S., *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale (nota a Corte cost. n. 303 del 2003)* in *www.forumcostituzionale.it*.
- BASSO A. M., *Concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico tra produzione di energia e tutela della concorrenza: norme statali di dettaglio e competenze amministrative regionali*, in *Dir. giur. agr. alim e dell'ambiente*, 2011, 625.
- BENEDETTO M. A., *Acque e diritto intermedio*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 203.
- BERTANI A., *Art. 96, Modifiche al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775*, in *Codice dell'Ambiente* (a cura di) G. BOTTINO e altri, Giuffrè, 2008.
- BERTAZZO S., *Profili quantitativi nella gestione delle risorse idriche*, in *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, (a cura di N. LUGARESI e MASTRAGOSTINO), 2003, 155.
- BOSCOLO E., *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 235.
- BRAMBILLA P., *Articolo 168 - Utilizzazione delle acque destinate ad uso idroelettrico*, in *Codice dell'ambiente. Commento al D. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, aggiornato alla Legge 6 giugno 2008, n. 101*, 2008.
- BRAMBILLA P., MAESTRONI A., *La tutela delle acque: obiettivi di qualità, misure di risanamento e regolamentazione degli usi idrici*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, 6, 883 ss.
- BRAMBILLA P., *Semplificazioni procedurali e protezione dell ambiente nella localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili*, in M. DE FOCATIIS- A. MAESTRONI (a cura di) *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2011.
- BRUGI B., *Per il nuovo diritto delle acque*, in *Riv. di dir. agrario*, 1922.
- BRUNO F., *Tutela e gestione delle acque. Pluralità di ordinamenti e governance multilivello del mare e delle risorse idriche*, Giuffrè, 2012.
- BRUTTI M., *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009.

BUZZACCHI C., *Il prisma energia: integrazione di interesse e competenze*, Giuffrè, 2010.

CACCIAVILLANI I., *Il regime giuridico della laguna di Venezia. Storia e ordinamento*, Padova, 2000.

CALANDRA G., *Il bacino montano*, in *Acque, bonifiche e costruzioni*, 1959, 116ss.

CAMERLENGO Q., *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2-3, 2006.

CAMERLENGO Q., *Dall'amministrazione alla legge, seguendo il principio di sussidiarietà. Riflessioni in merito alla sentenza n. 303 del 2003 della Corte costituzionale*, in *www.giurcost.org*.

CAMMEO F., *Demanio*, in *Dig. ital.*, IX, I, Torino, 1887-1898.

CAPOZZI S., *I soggetti e le autorità di vigilanza*, in *Legge quadro in materia di lavori pubblici: realtà e prospettive*, 1994, 107ss.

CAPOZZI S., *Il ruolo delle s.p.a., il sistema delle tariffe ed il regime dei prezzi*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi* (a cura di G. DI GIANDOMENICO e altri), 1997, 219ss.

CARABBA M., voce *Nazionalizzazione nell'ordinamento italiano*, in *Digesto pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 103ss.

CARINGELLA F. - PROTTO M.(a cura di) *Il nuovo procedimento amministrativo*, Dike giuridica, Roma, 2009.

CAROCCI G., *Giolitti e l'età giolittiana*, Einaudi, Torino 1961.

CARROZZA C., *La riforma italiana dei servizi idrici. Modi locali di governo fra continuità e rottura*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 1, 2008, 200ss.

CARUSO M., *La complessità organizzativa nel settore delle fonti energetiche rinnovabili*, in *Astrid*, 2009, dal sito <http://www.astrid-online.it>

CASALINI D., *Tutela dell'ambiente, tutela della concorrenza e principio di proporzionalità nella durata dei monopoli naturali*, in *Foro amm. CDS*, 2010, 5, 955ss.

CASSESE S., *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.* 2003, 355ss.

- CASSESE S., *Il governo dell'energia* (a cura di) S. CASSESE, Rimini, 1992.
- CASSESE S., *L'energia elettrica nella legge costituzionale 3/2001*, in *Rass. Giur. Energia. Elettr.*, 2002, 499ss.
- CASSESE S., *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giur. cost*, 1960, 1332ss.
- CASTELLI G.-AVOLIO G., *Commento alle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici*, Napoli, 1936.
- CERE' L., *La produzione di energia elettrica – Le centrali*, in *L'energia un quadro di riferimento*, Torino, 2001.
- CERULLI IRELLI V., *Acque e opere idrauliche*, in *Seicentosedici: dieci anni dopo*, Cons. reg. Veneto Atti del convegno, Venezia 18-20 nov. 1987, Roma 1988, 514ss.
- CERULLI IRELLI V., *Consorzi BIM tra passato e futuro: profili giuridici*, in *Rivista Federbim*, 2/2013.
- CERULLI IRELLI V., voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- CERUTI M., *Parchi naturali e regime delle acque*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, 3-4, 630 ss.
- CHELI E., *Orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di monopoli pubblici*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 305ss.
- CHESSA O., *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004.
- CHIRONI G., *Dottrina della demanialità e sue applicazioni alle acque*, in *Acque e Trasporti*, 1918.
- CINTIOLI F., *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003* in *www.forumcostituzionale.it*.
- CIRIELLI P., *La completa liberalizzazione dei mercati energetici*, in *Giorn.dir.amm.*, 2008, 280ss.
- CITRONI G.,LIPPI A., *La politica di riforma dei servizi idrici: istituzioni, processi e poste in gioco*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2, 2006, 239ss.
- COCO T.(a cura di), *La disciplina delle acque*, Roma, 1978, 96ss.

COLAVECCHIO A., *Il nuovo (?) riparto di competenze Stato-Regioni nella materia "energia"* in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura) *Il governo dell'energia tra Stato e regioni*, Trento, 2009.

COLETTI G., *Il procedimento per ottenere la concessione sulle acque pubbliche nel più recente ordinamento giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, V, 1955.

COLLEVECCHIO M., *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario nonché Alla ricerca di un giusto bilanciamento fra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Bari 2000.

CONTE E., *L'evoluzione della disciplina giuridica delle acque pubbliche*, in *Rass. giur. Enel*, 1996.

CONTE G. B., *La Corte dichiara l'illegittimità della proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche prevista dalla legge finanziaria per il 2006*, in *Giust.amm.*, 2008, 28.

CONTE I., *Durata e proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche*, in *Gazzetta Ambiente*, 2009, 43.

CONTE M., *L'utilizzazione delle acque prima e dopo la legge sulla difesa del suolo in Il regime giuridico delle acque in Italia e Spagna*, in *ISRI CNR quaderni per la ricerca*, n. 21/1990, 55ss.

CORNELLA S., *La proroga delle concessioni di grande derivazione e apertura al mercato del comparto idroelettrico*, in *Giorn.dir.amm.*, 2011, 7, 796ss.

CORSO G., *Servizi pubblici e Costituzione*, in G. MARONGIU, G. C. DE MARTIN (a cura di) *Democrazia e Amministrazione*, Milano, 1992.

COSTA G., *Le acque nel diritto romano*, Bologna, 1919, 83ss.

COSTANTINO M., *Sfruttamento delle acque e tutela giuridica*, Napoli, 1975.

D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988.

D'ALBERTI M., *Concessioni e concorrenza*, in *Temi e problemi*, (a cura dell'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato), n. 8, 1998

D'ALBERTI M., *La concessione amministrativa. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

D'ATENA, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale (Nota a Corte Cost. n. 303/2003)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

D'ARPE E., *La Consulta censura le norme statali "cedevoli" ponendo in crisi il sistema: un nuovo aspetto della sentenza 303/2003* in *www.forumcostituzionale.it*.

DE BELLIS C., *Le piccole derivazioni d'acqua per uso idroelettrico: dai nodi antichi del d.p.R. 616/1977 all'evanescenza odierna della legge n. 183/1989 (nota a Corte Cost., ord., 6 giugno 1991, n. 255)*, in *Le Regioni*, 1992, , 734ss.

DE CUPIS A., *Del concetto di proprietà sulle acque fluenti*, Roma, 1909.

DE FOCATIIS M., *Il sindacato della Corte Costituzionale sulle decisioni di politica energetica italiana: nuovi spazi per il mercato e per la libertà di impresa?*, in *Politica energetica, regolazione e mercato. Il nuovo diritto dell'energia tra libertà e limitazioni concorrenziali e ambientali* (a cura di A. Maestroni e M. De Focatiis), 2012, 49.

DE LEONARDIS F., *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. Cost.* 2004, 150ss.

DE NICTOLIS R., *Corte costituzionale n. 401/2007 in pillole*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

DE RUGGERO G., *Dizionario epigrafico di antichità romane*, voce *Acqua*, vol. I, 544.

DE SIMONE E., *Il processo europeo di liberalizzazione del mercato elettrico, le diverse linee d'interpretazione*, in *Queste istituzioni* 2004, 129ss.

DELL'ANNO P., *La gestione delle risorse idriche tra accentramento e decentramento: profili giuridici*, in *San. pubbl.*, 1996, 577 ss.

DELL'ANNO P., *Manuale di diritto dell'ambiente*, Padova, 2000.

DI DIO F., *Acqua, derivazioni e conflitti d'uso: per la prima volta un Tribunale riconosce che bere è un diritto primario rispetto alle concessioni per produrre energia elettrica*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, 6, 1018ss.

DI DIO F., *D.lgs. n. 28/2011, il nuovo regime speciale delle autorizzazioni per impianti da rinnovabili*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2011

DI FIORE G., *Diritto dell'urbanistica e dell'ambiente*, in *Lezioni* (a cura di G. PALMA), 2005/2006, 340ss.

- DI GASPARE G., *Il mercato comunitario dell'energia elettrica e la concessione di distribuzione dopo il D. Lgs. 79/99*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 1, 29ss.
- DI LIETO A., *Il diritto all'acqua nel diritto internazionale*, in *Riv.giur.amb.*, 2004, 749ss.
- DI MAJO A., *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La Costituzione economica*, Padova, 1977, 333ss.
- DI PORTO F., *Tre sentenze della Corte costituzionale su energia e titolo V della Costituzione*, in <http://www.amministrazioneincammino.it>.
- DONATI F., *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 37.
- FABREGUETTES, *Traitèdes eaux publiques et des eaux privèe*, Parigi, 1911.
- FALCIONE M., *Diritto dell'energia*, Barbera editore, 2008.
- FANETTI S., *Acqua e inquinamento idrico*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2008.
- FANETTI S., *Una nuova decisione della Corte Costituzionale in materia di energia. La sentenza n. 1/2008*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, 3-4, 583 ss.
- FARI' A., *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in *Quaderni di Italianieuropei*, 2010.
- FARINA-DEL RE M.A., *Lo sfruttamento delle risorse idriche per il ricavo dell'energia elettrica nella salvaguardia del territorio (1898-1940): i De Cecco di Fara S. Martino attraverso le carte di famiglie*, in *Gli archivi per la storia della scienza e della tecnica*, 1991, 612ss.
- FAVRE F., *Cva investe sull'idroelettrico: corsa ai bandi*, in www.ilsole24ore.com.
- FERRARA R., *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2004, I, 1018ss.
- FERRARI E., *Commento all'art.29*, in G. FALCON (a cura di), *Commentario al D.lgs. 31 marzo 1998, n.112 recante conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli Enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15 marzo 1997, n.59*, in *Le Regioni*, 1998, 592.

- FIENGA S., *Energia da fonti rinnovabili e procedure autorizzatorie* (nota a Corte Cost. n. 119/2010), in *Ambiente e Sviluppo*, 2010.
- FIGORILLI F., *I piani regionali di risanamento delle acque*, in *Riv. giur. Urban.*, 1988, 333ss.
- FIorentini M., *L'acqua da bene economico a "res communis omnium" a bene collettivo*, in *Anal. Giur. econ.*, 2010, 39.
- FLOrenzano D., *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *L'acqua e il diritto*, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, 2011.
- FOIS S., *"Riserva originaria" e "riserva di legge" nei "principi economici della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 476ss;
- FRANCHETTO F., *Decreto crescita, per il grande idroelettrico le concessioni passano da 30 a 20 anni*, in *www.nextville.it*, 2012.
- FRITSCH H., in *Jus fluvialium*, Jena, 1672, Capitolo I, 7.
- GABBIOLI, *Le nuove disposizioni sulle derivazioni di acque pubbliche*, Torino, 1917.
- GABRIELE F., *In tema di nazionalizzazione e di altre forme di intervento pubblico nell'economia. Esempi di nazionalizzazione nel settore petrolifero in alcuni ordinamenti stranieri*, in *Foro amm.*, 1972, 704.
- GALGANO F., *Sub art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Bologna-Roma, 1982, 193 e ss.
- GALLUCCI C., *Energia elettrica*, in *Concessioni e concorrenza* (a cura di M. D'ALBERTI), *Temi e problemi – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 1998, 76ss.
- GARIONI G., *Finanziare un progetto idroelettrico*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2007, n. 5, 421
- GARZIA G., *La pianificazione delle acque nel sistema dei piani regionali e locali*, in *www.pausania.it*.
- GARZIA G., *Vincoli di piano e misure di salvaguardia della difesa del suolo*, in *Rivista giuridica edilizia*, 1998, II.

- GENTILE G. – GONNELLI P., *Manuale di diritto dell'energia*, Milano, Giuffr , 1994
- GIANNELLI N., *La riforma dei servizi idrici: uno sguardo alla normativa nazionale e regionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2, 2006, 277.
- GIANNINI D., *Sul riconoscimento di antiche utenze di acque pubbliche*, in *Bonifica integrale*, 1933, 446.
- GIANNINI M. S., *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, in *Rass.giur.en.elettr.*, 1987.
- GIANNINI M. S., *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva di legge*, in *Riv.dir.sc.fin.*, 1957, 23ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.
- GIANZANA S., *Le acque nel diritto civile italiano*, 531.
- GIANZANA, *Voce Acque private (teorica delle)*, in *Dig. it.*, vol. I, parte I, 1884.
- GIGANTE M. (a cura di), *L'acqua e la sua gestione*, Napoli, Jovene, 2012 (atti del convegno svoltosi presso l'Universit  degli Studi di Sassari con la collaborazione del Centro Studi AED nel maggio 2011).
- GILARDONI A., *Acque pubbliche e impianti elettrici*, vol. II, Roma, 1935-1937.
- GRATANI A., *Quando l'inquinamento a livello regionale coinvolge la politica ambientale comunitaria: la gestione delle risorse idriche del Danubio*, in *Riv. giur. ambiente*, 2001, 3-4, 445 ss.
- GRECO N., *Le acque*, monografie AREL, Il Mulino, Bologna, 1983.
- GRILLO M., SCORCIARINI COPPOLA L., *La concorrenza nell'industria dell'energia: riassetto strutturale e intervento antitrust*, in *La concorrenza nell'industria dell'energia*, il Mulino, 1999.
- GRIPPO E. – MANCA F., *Manuale breve di diritto dell'energia*, Padova, 2008.
- GROSSO G., *Precisazioni in tema di derivazioni di acque pubbliche*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova, 1940, 177ss.
- GUARINO G., *Unit  ed autonomia del diritto dell'energia*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962.

GUICCIARDI E., *Il demanio*, Padova, 1934.

ILLARI S., *La Corte Costituzionale in equilibrio tra continuità e discontinuità nell'opera di adeguamento dell'ordinamento alla riforma del titolo V*, in *Giur.cost.*, 2002, 4399ss.

ISENBURG T., *Acque e Stato, Energie, bonifiche, irrigazione in Italia fra 1939 e 1950*, Milano, 1981.

KERNN, *Wasserwirtschaft und Wasserrecht*, Berlino, 1927.

LANDI G., voce *Derivazioni di acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 297ss.

LETTERA F., *La difesa del suolo e le autorità di Bacino nelle regioni e Province autonome*, in www.gruppo183.org.

LICATA G.F., *La scadenza delle concessioni per il servizio di distribuzione di gas naturale tra legislazione interna e giustizia comunitaria*, in *Riv.it.dir.pubb.com.*, 2011, 523ss.

LIGUORI F., *Ente locale, gestore del servizio e utenti: pluralità di soggetti e modelli contrattuali nei servizi pubblici locali*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi* (a cura di) G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA, Editoriale scientifica, 1997.

LIGUORI F., *I servizi pubblici: nozioni giuridiche ed evoluzione del mercato*, in *Lavori* (a cura di G. PALMA), 2005/2006, 361ss.

LOMBARDI P., *L'evoluzione della disciplina sulla difesa del suolo tra dialettica Stato-regioni e prospettive applicative degli strumenti di pianificazione*, in *Riv. giur. ambiente*, n. 3, 2012, 1ss.

LOMBARDI R., *Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico ambientali*, in P.M. VIPIANA (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre*, Milano, 2005 e in *GiustAmm.it*, 5/2005.

LONGO M., *Il regime romano delle acque pubbliche*, in *Riv. it. per le sc. Giur.*, 1918, 475ss.

LUGARESI L., G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia idroelettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1999.

- LUGARESÌ L., *La competenza in materia di acque nella Provincia autonoma di Trento: le concessioni di grande derivazione*, in *Riv.giur.amb.*, 1999, 3-4, 473 ss.
- LUGARESÌ N., *Le acque pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1995.
- LUGARESÌ N., *Le Acque pubbliche, Profili dominicali di tutela e gestione*, Milano, 1995, 247
- MANFREDI G., *Concessioni di derivazione di acque pubbliche ed esigenze di coordinamento nel governo delle acque*, in *Riv. giur. ambiente*, 2055, 6, 1035 ss.
- MANICA S., *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte Costituzionale 14 gennaio 2008*, in *Federalismi*, 2008, 8.
- MARRACINO A. - CONTE E., *Commentario delle nuove disposizioni legislative sulle acque pubbliche*, Roma, 1917.
- MARTIN P., *L' autorizzazione unica ai sensi dell' art. 1 sexies del decreto-legge 29 agosto 2003, n. 239 e disciplina degli interessi*, in *Riv. giur. amb.*, n. 6, 2013, 742 ss.
- MASI M. e S. CARRÀ', *Energie rinnovabili*, in *Le fonti di energia* (a cura di Sergio Carrà), Il Mulino, 2008, 137ss.
- MASSARUTTO A., *L'acqua: un dono della natura da gestire con intelligenza*, Il Mulino, 2008.
- MASTRANGELO G., *I Tribunali delle acque pubbliche*, in *Corriere giuridico*, 2009, 8ss.
- MAZZA A., *Delle acque nei rapporti con la Pubblica amministrazione*, I, Torino, 1893.
- MAZZARELLI M., *La legittimazione delle imprese elettriche locali, quali concessionarie ex lege del servizio elettrico nazionale, al ritiro di energia prodotta da terzi e all'ammissione al Cip 6/92*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*.
- MERCATI L., *L'incerto confine tra funzioni delegate e competenza legislativa concorrente in materia di sovracani per le concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico*, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2003, 2, 240.
- MEZZETTI L., *Energia e ambiente*, in L. MEZZETTI (a cura di) *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2001.
- MILONE A., *Il procedimento autorizzatorio degli impianti di produzione di energia rinnovabile: rapporti con VIA e AIA*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2009.

MORBIDELLI G., *Osservazioni sulla natura giuridica del canone di concessione di acque pubbliche*, in *Foro amm.*, 1970, 2ss.

MORRONE A., *La Corte costituzionale riscrive il titolo V?*, in *www.giurcost.org*.

MORRONE C., *Competenze e strumenti di coordinamento delle competenze in materia di pianificazione ambientale e tutela del suolo: i piani di bacino ex L.18 maggio 1989 n. 183*, in *Foro amm.*, fasc.6, 1995, 1184ss.

MOSCARINI L., *Lo sfruttamento energetico delle acque*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1996, Anno XIII;

MOSCATI L., *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico- giuridica*, Torino, 1994.

MOZZI U., *I magistrati veneti alle acque e alle bonifiche*, Bologna, 1926.

MURATORI A., *Se il legislatore (ambientale) è... di memoria corta: le discipline "mutilate" per omessa emanazione delle norme esecutive (parte seconda)*, in *Ambiente & Sviluppo*, 4, 2009, 305.

NANNI M., *Il bacino come unità di gestione delle acque in Italia: tra l'intenzione e la realtà*, in AA.VV., *Il diritto e l'amministrazione delle acque*, (a cura di) R. Burchi, Padova, 1995.

NAPOLANO L., G. VACIAGO, *Liberalizzazione del mercato elettrico e consorzi di acquisto*, in *Economia pubblica*, in *Economia pubblica* (a cura del Ciriec), 2000, 9ss.

NAPOLITANO G., *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano 2003, 2189ss.

PACELLI F., *Le acque pubbliche*, Padova, 1934.

PACELLI G., *La competenza dei tribunali delle acque pubbliche in materia di energia elettrica*, in *Giur.it.*, 1942.

PADULA C., *La problematica legittimazione delle Regioni ad agire a tutela della propria posizione di enti esponenziali*, in *Le Regioni*, 2003, 663.

PALAZZOLO S., *Il regime delle acque*, in *Rass. giur. energ. Elettrica Enel*, 2000, 289ss.

PAPANIA R., *L'attività di pianificazione dei bacini idrografici nel testo unico ambientale*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 436ss.

PASI R., *Idroelettrico e tutela delle acque: una rassegna delle politiche delle Regioni dell'arco alpino italiano*, in Gruppo 183.

PASSINO R., *La difesa del suolo in Italia dalla Commissione De Marchi ad oggi*, Relazione presentata al Convegno nazionale "Acqua e suolo: dalla legge n. 183/1989 alla direttiva europea 60/2000, Taormina, 1-2 dicembre 2005", consultabile online su www.gruppo183.org.

PASTORI G., *Il seicentesimo rovesciato*, in *Le regioni*, 1991, 25ss.

PAVANELLO G., *Energia elettrica nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IV, Torino, 1988.

PERFETTI L. R., *Il governo dell'energia tra federalismo e liberalizzazione. Profili di ricomposizione nel quadro delle competenze*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2002, 377ss.

PERFETTI L. R., *"Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm.- CdS*, 2003, 621ss.

PERICU G., *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, in *Rass.giur.en.elettr*, 1987.

PERNIGOTTI U., *Acque pubbliche*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 400ss.

PERTILE A., *Storia del diritto italiano*, Padova, 1874, vol. IV, 376ss.

PETROCCHI C., *Acque (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig. Ital.*, I, Torino, 1957.

PETROCCHI C., *Sull'utilizzazione delle acque*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1958;

PIACENTINI C., voce *Energie alternative*, in *Dig.Disc.pubbl.*, 30ss.

PIACENTINI P.M., *Aspetti della funzionalità amministrativa nella nuova legge sulla difesa del suolo*, in *Riv. trim. appalti*, 1989, 866ss.

PICOZZA E. (a cura di), *Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica*, Torino, 2003.

PICOZZA E.- COLAVECCHIO A., *Energie*, in G. CORSO-LOPILATO V., *Diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Parte spec., vol. II, Milano, 2006, 84 ss., *La riforma del titolo V della Costituzione e la "perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari"*, in *Giur. cost.*, 2004, 137ss.

- PIOGGIA A., *Acqua e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente* (a cura di G. Rossi), II ed., 2011, 256ss.
- POTOTSCHING U., *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969.
- POTOTSCHNIG U. e FERRARI E. (a cura di), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, CEDAM, 2000.
- POTOTSCHNIG U., *La difesa del suolo (ovvero le Regioni senza difesa)* in *Le Regioni*, 1991, 19ss.
- PREDIERI A., voce *Collettivizzazione*, in *Enc.dir.*, vol. VII, Milano, 1960.
- QUADRI S., *Energia sostenibile, diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Giappichelli, Torino, 2012.
- QUADRI S., *Lineamenti di diritto internazionale delle fonti di energia rinnovabili*, Napoli, 2008.
- QUAIA P., *La liberalizzazione del mercato elettrico e la gestione dei servizi a rete nel rispetto degli interessi primari concorrenti: la sicurezza dell'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2008, 591ss.
- QUARANTA A., *Il riordino disarticolato della disciplina a tutela delle acque nel t.u. ambientale*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento al Testo Unico Ambientale*, Milano, Ipsoa, 2006.
- RAGAZZO M., *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Giappichelli, 2011.
- RAINALDI F., *Il governo delle acque in Italia: dalla pianificazione territoriale al river basin management*, in www.gruppo183.org.
- RAINALDI L., *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992.
- RAMAJOLI M., *Usi delle acque*, in *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, a cura di U. Pototschnig-E. Ferrari, Padova, 2000, 23ss.
- RANELLETTI O., *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, parte III, in *Giur. ital.*, 1898.

- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894.
- RENNA M., *Pianificazione per la tutela delle acque e per la gestione dei rifiuti*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, (a cura di) F. Bassi- L. Mazzarolli, Torino, 2000, 198ss.
- RENNA M., *Semplificazione e ambiente*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- ROCCELLA A., *Autonomie speciali e tutela dell'ambiente*, in *Le Regioni*, 2008, 373.
- ROUSSET, *La legislation sur le regime des eaux*, Parigi, 1907
- ROVERSI MONACO F. A., *Ambiente ed energia: nuovi strumenti istituzionali e procedimenti autorizzativi*, in *Rass.giur.en.elettr*, 1985.
- ROVERSI MONACO M. G., *Dominio pubblico e impresa nella gestione dei servizi idrici. L'esperienza in Gran Bretagna e le prospettive in Italia*, Padova, 1996.
- RUGEN M., *La legge per la difesa del suolo*, in *Rass. lav. pubb.*, 1989, I, 267ss.
- RUGGERI A., *Il parallelismo "redivoivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare...) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia (Nota a Corte cost. n. 303 del 2003) in www.forumcostituzionale.it*.
- RUGGERI G. e S. ADAMI, *Lo sviluppo dell'energia idroelettrica in Italia*, in *L' acqua*, 2011/6.
- SANDULLI A.M., *I Lavori pubblici*, nel volume I, *I Lavori pubblici*, (a cura di) A. M. SANDULLI, che raccoglie *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 45ss.
- SANDULLI M. A. e G. B. CONTE, *Le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: uso di una risorsa strategica fra problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza*, in www.aragon.es.
- SANDULLI M. A., *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in *Federalismi* 2013.

SANTUCCI G., SIMONATI A., CORTESE F., *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in *l'Acqua e il Diritto*, Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento (2 febbraio 2011), paragrafo n. 4.

SCARDACI C., *Il Testo Unico in materia ambientale e la nuova disciplina sulla gestione delle risorse idriche: prime considerazioni*, 2007, consultabile sul sito internet www.giuristiambientali.it.

SEMPREVIVA M. T., *Procedure per la realizzazione di impianti di produzione di energia eolica*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009.

SPAGNUOLO VIGORITA V., voce *Nazionalizzazione (disciplina interna)*, in *Nov. Digesto It.*, vol. XI, Torino, 1965.

SPASIANO M.R., *Alcune riflessioni in tema di buon andamento e i modelli di cooperazione tra i diversi modelli di governo*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Editoriale Scientifica, 2010, 131ss.

SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2003.

SPASIANO M.R., *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, (a cura di A. POLICE e altri), 171ss.

SPASIANO M.R., *Interessi pubblici e soggettività emergenti. Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, Giannini Editore, 1996.

SPASIANO M.R., *Testo unico sull'edilizia*, (a cura di) M. A. SANDULLI con il coordinamento di M. R. SPASIANO, Milano, 2004.

STELLA RICHTER P., *I piani di bacino*, in *Riv. giur. Urb.*, 1998, 523.

STIFANO M., *Bim e sovracanon idroelettrici nel sistema di amministrazione delle risorse montane*, in *Riv.giur.urb.*, 1995, 325ss.

STIPO M., voce *Nazionalizzazione*, I) *Diritto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990.

TERRACCIANO G., *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, Torino, 2003.

TIEPOLO G. D., *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Torino, 1889.

TONOLETTI B., *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

TORRANI O., *La concessione idroelettrica tra esigenze di tutela ambientale e di sfruttamento ai fini energetici delle risorse idriche*, in *Codice dell'ambiente* (a cura di G. BOTTINO e altri) Giuffr , 2008.

TREBESCHI C., *I consorzi per i bacini imbriferi montani*, in *Riv. prov.*, 1963, 188.

URBANI P., *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorit  di bacino*, in *Riv. giur. ambiente*, 1997, 844.

URBANI P., *Il governo delle acque*, reperibile su www.gruppo183.org.

URBANI P., *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque, (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Riv. giur. amb.*, 2004, 209ss.

URBANI P., *Le Autorit  di bacino di rilievo nazionale: pianificazione, regolazione e controllo nella difesa del suolo*, in *Riv. giur. ed.*, 1995, 227ss.

VALENTI L., *Le ragioni economiche di un nuovo regime delle acque*, nel volume *Il problema idraulico e la legislazione sulle acque*, Roma 1916.

VASSALLI F. , *Premesse storiche alla interpretazione della nuova legge sulle acque pubbliche*, in *Acqua e trasporti*, 1917, ed ora *Studi giuridici*, II, Milano, 1960.

VESPERINI G., *Il ruolo dei consorzi BIM nella strategia di impiego delle risorse energetiche*, in *Rass. giur. energia*, 1989, 59ss.

VIOLINI L., *I confini della sussidiariet : potest  legislativa "concorrente", leale collaborazione e strictscrutiny (nota a Corte cost. n. 303/2003)*, in www.forumcostituzionale.

VITA M., *Il recepimento della direttiva 2000/60CE in Italia: problematiche e proposte di attuazione*, in *Ambiente Italia*, 3, 2006, 8ss.

VITALE L., *Il regime delle acque nel diritto pubblico e privato*, Torino 1921.

VIVANI C., *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2011.

ZAMAGNI V., *Industrializzazione e squilibri regionali in Italia. Bilancio dell'et  giolittiana*, Il Mulino, Bologna 1978.

ZANOBINI G., *Diritto amministrativo*, IV ed., vol. III, Milano, 1948.

ZANOTTI M. – CASSANI C. E., *Le derivazioni idroelettriche in Lombardia*, in *Regione Lombardia*, 2012.