

Prof. Avv. Maria Alessandra Sandulli

Ordinario di diritto amministrativo – Facoltà di Giurisprudenza – Università di Roma Tre
Presidente del Centro Studi Acqua, Energia e Diritto

Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*

PREMESSA.

Tra i “grandi temi” costantemente all’attenzione degli studiosi e degli operatori nella materia delle acque pubbliche un ruolo significativo spetta tradizionalmente alla disciplina delle concessioni per il loro sfruttamento come fonte di produzione di energia elettrica: un tema che torna oggi di massima attualità in relazione alle recenti novità introdotte dall’articolo 37 del d.l. 83/2012 convertito in legge 134/2012 che modifica in parte l’art. 12 della riforma Bersani del 1999.

Proseguendo nella tradizione degli Incontri di studio promossi dal Centro Studi Acqua Energia e Diritto, abbiamo pertanto pensato di proporre una riflessione sulle principali questioni aperte legate a questo tema, chiamando a discuterne illustri esponenti della comunità scientifica e istituzionale e avvocati esperti del settore.

Prima di dare la parola ai nostri relatori, è opportuno ricostruire molto sinteticamente l’evoluzione dell’istituto attraverso i vari passaggi normativi e giurisprudenziali¹.

Come noto, nei primi quarant’anni del secolo scorso l’Italia ha sviluppato un importante sistema di sfruttamento delle risorse idriche a scopo idroelettrico, tanto che fra il 1915 ed il 1960 l’energia idroelettrica costituiva circa il 90% di tutta l’energia prodotta sul territorio nazionale.

Per la produzione di un così ingente quantitativo di energia si rese necessaria la costruzione di grandi bacini in grado di accumulare e regolare le portate idriche secondo le necessità dei potenziali consumatori. In questa situazione l’uso delle risorse idriche per produzione di energia elettrica, il quale, come è noto, lascia inalterata la risorsa naturale, ha dovuto convivere con le crescenti pressioni degli altri due grandi consumatori d’acqua: gli agricoltori e gli utenti civili

Fra questi tre grandi protagonisti della vicenda idrica del Paese, l’uso idroelettrico è quello che più degli altri ha visto ridurre la propria importanza e considerazione nel corso degli anni.

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

* Introduzione all’Incontro di Studio sul tema “*Novità legislative e questioni aperte in tema di concessioni idroelettriche*” svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma TRE il 9 maggio 2013.

¹ Fondamentale a tal fine la monografia di E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012 e ivi in particolare il capitolo finale, dedicato alla concessione. Per un approccio multidisciplinare alle tematiche della gestione della risorsa idrica, si v. da ultimo, 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). Per una prospettiva comparata, cfr. gli 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.

strategici².

L'uso civile, ovviamente, 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 (la legge 5 gennaio 1994 n. 36) che ne hanno sancito la priorità rispetto a tutti gli altri usi.

L'uso idroelettrico, invece, che coinvolge un numero inferiore di occupati, ha perso importanza mano a mano che il quantitativo di energia prodotta con l'energia ricavabile dalla risorsa idrica è considerevolmente diminuita a confronto dell'accresciuto fabbisogno nazionale. In parallelo, l'attenzione sempre più alta riservata alla tutela dell'ambiente è andata e va progressivamente incidendo in termini limitativi dello sfruttamento a fini energetici della predetta risorsa e sui criteri per l'affidamento delle relative concessioni, trascurando peraltro di considerare che l'uso idroelettrico dell'acqua implica esso stesso un vantaggio per l'ambiente, riducendo l'inquinamento dell'aria. Se è vero, infatti, la sottrazione di acqua dai corsi d'acqua ne impoverisce la vitalità con particolare riferimento alla flora ed alla fauna e anche con una serie di riflessi sugli apporti di materiale di dilavamento che hanno grande importanza non solo per la naturalità degli alvei, ma anche per il rinascimento delle coste, è altrettanto vero che la produzione d'energia da fonte rinnovabile consente di limitare la produzione di CO₂ con effetti benefici sui noti problemi di riscaldamento globale sanciti dal protocollo di Kyoto.

Per meglio comprendere il fenomeno delle concessioni idroelettriche e la sua ultima evoluzione, occorre ripercorrere rapidamente i principali passaggi della sua disciplina.

EVOLUZIONE STORICA.

La concessione ha sempre avuto un ruolo centrale nel sistema di regolamentazione dell'uso delle acque e ha per questo tradizionalmente rappresentato la figura riassuntiva della struttura e dei limiti delle politiche idriche, che, a partire dall'unità d'Italia si sono sviluppate fino ai nostri giorni³, un ruolo che, come è stato prontamente sottolineato, è stato solo in minima parte scalfito dalla progressiva affermazione di un modello di governo delle acque imperniato sulla tutela della risorsa e sulla pianificazione dei relativi utilizzi⁴.

Nel secolo scorso, il sistema si è andato progressivamente evolvendo verso una preferenza per il migliore sfruttamento della risorsa idrica, in una con l'affidabilità del concessionario.

² Se agli agricoltori fosse accollato il costo reale dell'acqua prelevata ivi inclusi i reali costi d'investimento ed i costi ambientali l'irrigazione di gran parte del Paese diverrebbe immediatamente antieconomica. Sulle questioni economiche legate ai vari usi dell'acqua cfr. A. MASSARUTTO, *L'acqua: un dono della natura da gestire con intelligenza*, Il Mulino, 2008.

³ 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.

⁴ E. BOSCOLO, *op. cit.* p. 443, il quale rileva come "l'intero sistema si presenta ancora oggi praticamente ingessato, con margini di ridisegno alquanto ridotti principalmente per effetto del fattore di rigidità rappresentato dalle concessioni di derivazione e di emungimento rilasciate (e rinnovate) nel tempo". Il tema è efficacemente affrontato anche da P. Urbani, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo delle Autorità di bacino*, in *Riv. giur. amb.* 1997.

Il modello è ben chiaro nel r. d. 11 dicembre 1933 n. 1775. Il predetto testo unico, che costituisce tutt'oggi la fonte primaria di disciplina delle acque pubbliche, sancì la prevalenza della destinazione produttiva dell'acqua rispetto all'uso privato, confermando il favor per le concessioni di lunga durata, legato anche allo speciale diritto d'insistenza accordato al concessionario in caso di rinnovo⁵.

Con specifico riferimento all'uso idroelettrico, il sistema è stato articolato su due regimi concessori differenti a seconda che si tratti di grandi o di piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico⁶.

Per le grandi derivazioni a scopo di produzione di energia elettrica l'art. 25 del citato decreto del 1933 stabiliva che *“al termine dell'utenza e nei casi di decadenza o rinuncia,... passano in proprietà dello Stato, senza compenso, tutte le opere di raccolta, di regolazione e di derivazione principali ed accessori, 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 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.”*

Viceversa 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.

Come si vede, 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 concessione.

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

Di fatto, la lunga durata delle concessioni (per consentire l'ammortamento degli investimenti effettuati) e il loro tendenziale rinnovo allo stesso concessionario le trasformavano in affidamenti sostanzialmente perpetui.

Come noto, il descritto modello normativo è stato però profondamente modificato quando, nell'ambito della politica generale di nazionalizzazione delle imprese esercenti servizi pubblici, oltre il 90% delle imprese che esercitavano le attività di produzione, importazione, esportazione, trasporto, trasformazione, distribuzione e vendita d'energia è stato trasferito all'ENEL⁷, ente di

⁵ Sul tema, *cfr.* 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.

⁶ Le piccole derivazioni idroelettriche sono quelle la cui potenza nominale installata sia inferiore o uguale a 3000 kW, le grandi quelle con potenza nominale superiore.

⁷ Sono state esentati dal trasferimento all'ente di Stato solo i produttori di energia per consumo proprio e i

Stato istituito dalla legge 6 dicembre 1962 n. 1643 per garantire l'approvvigionamento elettrico del Paese. Le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche passate al nuovo Ente non avevano alcuna scadenza, al fine di garantire con continuità l'approvvigionamento nazionale di energia derivante dalla suddetta fonte.

Le esigenze di liberalizzazione del mercato sollecitate dalla Comunità Europea imposero peraltro, alla fine del secolo scorso, l'abolizione del monopolio statale della produzione di energia elettrica, 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 1933⁸.

La normativa di riferimento è oggi costituita dall'art. 12 del d. lgs. 16 marzo 1999 n. 79 (di Attuazione della Direttiva 96/62/CE, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica)⁹, ripetutamente modificato fino al citato d. l. 83 del 2012.

Nel frattempo, il d. lgs. n. 275 del 1993 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.

Mentre il codice dell'ambiente rivisitava più integralmente il sistema, attraverso una tendenziale ricollocazione della concessione nell'ambito di una visione pianificatoria, una valorizzazione del parere dell'autorità di bacino, che assumeva carattere vincolante, con espresso meccanismo di sostituzione in caso di inerzia, una riscrittura dei criteri di preferenza nel relativo rilascio, con particolare attenzione alla tutela del corso d'acqua interessato in un'ottica di equilibrio del bilancio idrico dell'intero corpo idrico e l'attribuzione di appositi oneri di efficientamento ambientale al concessionario.

I nuovi interessi ambientali venivano anzi invocati come ulteriore conferma della necessaria temporaneità delle concessioni, in quanto la previsione di un limite di durata (trentennale) delle concessioni "senza alcuna proroga" è stata indicata dalla Corte costituzionale come "livello adeguato e non riducibile" di tutela ambientale, che richiede ripetuti controlli, anche in ragione dell'incidenza che esso può avere ai fini della VIA (sentt. 180 del 2010 e 225 del 2009).

IL D. LGS. N. 79 DEL 1999 E LE MODIFICHE ANTE 2012.

Tornando alla privatizzazione delle grandi derivazioni, il d. lgs. 79/1999 (meglio noto come "decreto Bersani"), abbandonato in via definitiva il monopolio statale del mercato dell'energia elettrica dell'energia¹⁰ e lasciato conseguentemente cadere anche il progetto di concentrare nelle

piccoli distributori autosufficienti.

⁸ Il sistema è efficacemente ricostruito nella monografia di N. LUGARESÌ, *Le acque pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1995 e nella voce *Acque pubbliche* di V. CERULLI IRELLI, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

⁹ Cfr. per tutti U. POTOTSCHNIG e E. FERRARI (a cura di), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, CEDAM, 2000.

¹⁰ In realtà, una parziale apertura del mercato elettrico si era avuto oltre un decennio prima con la l. 29 maggio 1982 n. 308 e poi in maniera un poco più decisa con le leggi 9 e 10 del 9 gennaio 1991. Per un primo 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

mani dello Stato tutte le grandi derivazioni d'acqua, ha previsto, fra l'altro, una revisione delle scadenze delle relative concessioni e un nuovo modello di aggiudicazione delle utenze idriche al momento di tali scadenze, improntato, secondo i nuovi canoni europei, ai principi della concorrenza, non senza però abbandonare 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. Il sistema era infatti basato sulla possibilità per chiunque di chiedere la nuova concessione, proponendo un progetto migliorativo, e sulla scelta del miglior progetto, ma con un diritto di prelazione del concessionario uscente che si fosse impegnato a sua volta ad eseguirlo¹¹.

Il decreto prevedeva peraltro un diverso regime di scadenza per le concessioni rilasciate all'ENEL (ivi comprese quelle trasferite alle GenCo, cui è stata devoluta la parte degli impianti di ENEL eccedente il limite ad esso conferibile) e per quelle (circa il 10%) ancora affidate ad altri soggetti. Per le prime, che, come sopra evidenziato, non avevano alcuna scadenza, per renderle appetibili all'acquisto, l'art. 12 comma 6 ha stabilito una durata di trenta anni dall'entrata in vigore dello stesso decreto, mentre per le altre era stata inizialmente disposta la proroga al 31 dicembre 2010 delle concessioni già scadute o che sarebbero scadute entro quest'ultima data e la conferma delle scadenze originarie per tutte le altre. Come vedremo, il legislatore statale ha invano tentato di prorogare quest'ultimo termine, dapprima per dieci anni (art. 1 comma 485 l. 266 del 2005) e poi per cinque anni (art. 15 della l. 134 del 2010), ma entrambe le disposizioni sono state dichiarate incostituzionali (rispettivamente con sent. n. 205 del 2011 e con sent. n. 1 del 2008) per indebita invasione delle competenze legislative regionali, non giustificata da finalità pro concorrenziali. Rileva infatti in particolare anche la seconda sentenza che le disposizioni "cedevoli" di cui al citato art. 15 l. 134 del 2010 "sono 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» (sentenze n. 340, n. 233 e n. 180 del 2010)".

Il cennato sistema di privilegio per il concessionario uscente aveva peraltro evidentemente suscitato le critiche della Commissione europea, che aveva aperto una procedura d'infrazione

concorrenza ed esigenze di servizio pubblico", Bari 2000; sugli aspetti correlati con il diritto comunitario: E. DE SIMONE, "Il processo europeo di liberalizzazione del mercato elettrico, le diverse linee d'interpretazione", in *Queste istituzioni* 2004, fasc 133, p. 129.

¹¹ In particolare l'art. 12 del d. lgs. 16 marzo 1999 n. 79 stabiliva che "1 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." Sul sistema disegnato dal decreto Bersani cfr., tra gli altri, N. LUGARESÌ, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Rimini, Maggioli, 2003.

comunitaria, lamentando che, in tal modo, si favorivano le imprese già titolari di una concessione e, di conseguenza, già stabilite in Italia. Inoltre il sistema poteva indurre il mantenimento dei concessionari esistenti per una durata illimitata. Il meccanismo, quindi, 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 condizioni¹².

La procedura è stata archiviata a seguito dell'entrata in vigore della legge finanziaria 2006 (l. 23 dicembre 2005 n. 266, art. 1, comma 483) che, aderendo alle tesi della Commissione, ha eliminato la prelazione del concessionario uscente prevista dal decreto del 1999, stabilendo 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) indicano 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 idrogeografico di pertinenza e di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata. La determinazione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi e dei parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata era demandata ad apposito decreto interministeriale.

Il radicale mutamento di regime aveva però l'effetto di depauperare il patrimonio delle imprese titolari delle concessioni. La stessa legge prevedeva allora, come anticipato, al comma 485 del medesimo art. 1 una proroga di dieci anni dei termini di scadenza di tutte le concessioni condizionata alla effettuazione di "*congrui interventi di ammodernamento degli Impianti...*" sulla scorta di principi guida previsti in altri commi.¹³

¹² La medesima contestazione è stata mossa alla Francia che prevedeva anch'essa un regime preferenziale nei confronti del concessionario uscente. Anche alla Spagna è stato inviato un parere motivato che segnala la violazione del trattato insita nella legislazione sulle concessioni idroelettriche la quale non prevede una procedura ad evidenza pubblica per il rilascio di tali concessioni. Secondo la Commissione la mancanza di una competizione aperta costituisce di per se una violazione del trattato, in particolare del principio di libero stabilimento. Sotto altro aspetto, poi, la commissione critica la durata di 75 anni delle concessioni spagnole che rafforza considerevolmente la posizione di privilegio degli attuali titolari dei diritti di gestione del capitale idrico.

¹³ Sembra opportuno riportare per esteso i commi della legge 23 dicembre 2005 n. 266 oggetto della questione.

485. In relazione ai tempi di completamento del processo di liberalizzazione e integrazione europea del mercato interno dell'energia elettrica, anche per quanto riguarda la definizione di principi comuni in materia di concorrenza e parità di trattamento nella produzione idroelettrica, tutte le grandi concessioni di derivazione idroelettrica, in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, sono prorogate di dieci anni rispetto alle date di scadenza previste nei commi 6, 7 e 8 dell'articolo 12 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, purché siano effettuati congrui interventi di ammodernamento degli impianti, come definiti al comma 487.

486. Il soggetto titolare della concessione versa entro il 28 febbraio per quattro anni, a decorrere dal 2006, un canone aggiuntivo unico, riferito all'intera durata della concessione, pari a 3.600 euro per MW di potenza nominale installata e le somme derivanti dal canone affluiscono all'entrata del bilancio dello Stato per l'importo di 50 milioni di euro per ciascun anno, e ai comuni interessati nella misura di 10 milioni di euro per ciascun anno.

Ai fini di quanto previsto dal comma 485, si considerano congrui interventi di ammodernamento

La disposizione, dettata anche per incrementare la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile (categoria nella quale rientra appunto l'energia idraulica), ha avuto vita breve, poiché la Corte Costituzionale, con la sentenza 18 gennaio 2008 n. 1, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, sotto il profilo dell'indebita invasione della sfera di competenza riservata alle regioni.

In particolare, la Consulta criticava l'intervento legislativo affermando che *“la previsione censurata, in effetti, anziché aprire gradualmente il mercato interno dell'energia seguendo le scadenze naturali delle diverse concessioni di grandi derivazioni d'acque pubbliche, proroga irragionevolmente queste ultime di dieci anni decorrenti dalla data di scadenza di ciascuna concessione. La norma, dunque, 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.”*

Conseguentemente, integrando la proroga una disciplina statale di dettaglio non giustificata dall'art. 117, comma 2, lett. e, la surrichiamata disposizione normativa e quelle che ne permettevano l'applicazione costituivano un'illegittima violazione della competenza regionale in una materia (produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia) che il terzo comma dell'art. 117 cost. affida alla competenza concorrente.

tutti gli interventi, non di manutenzione ordinaria o di mera sostituzione di parti di impianto non attive, effettuati o da effettuare nel periodo compreso fra il 1° gennaio 1990 e le scadenze previste dalle norme vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge, i quali comportino un miglioramento delle prestazioni energetiche ed ambientali dell'impianto per una spesa complessiva che, attualizzata alla data di entrata in vigore della presente legge sulla base dell'indice Eurostat e rapportata al periodo esaminato, non risulti inferiore a 1 euro per ogni MWh di produzione netta media annua degli impianti medesimi. Per le concessioni che comprendano impianti di pompaggio, la produzione media netta annua di questi ultimi va ridotta ad un terzo ai fini del calcolo dell'importo degli interventi da effettuare nell'ambito della derivazione

488. I titolari delle concessioni, a pena di nullità della proroga, autocertificano entro sei mesi dalle scadenze di cui ai commi precedenti l'entità degli investimenti effettuati o in corso o deliberati e forniscono la relativa documentazione. Entro i sei mesi successivi le amministrazioni competenti possono verificare la congruità degli investimenti autocertificati. Il mancato completamento nei termini prestabiliti degli investimenti deliberati o in corso è causa di decadenza della concessione.

489. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 25, commi primo e secondo, del testo unico di cui al regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, il bando di gara per concessioni idroelettriche può anche prevedere il trasferimento della titolarità del ramo d'azienda relativo all'esercizio della concessione, comprensivo di tutti i rapporti giuridici, dal concessionario uscente al nuovo concessionario, secondo modalità dirette a garantire la continuità gestionale e ad un prezzo, entrambi predeterminati dalle amministrazioni competenti e dal concessionario uscente prima della fase di offerta e resi noti nei documenti di gara.

490. In caso di mancato accordo si provvede alle relative determinazioni attraverso tre qualificati e indipendenti soggetti terzi di cui due indicati rispettivamente da ciascuna delle parti, che ne sopportano i relativi oneri, ed il terzo dal presidente del tribunale territorialmente competente, che operano secondo sperimentate metodologie finanziarie che tengano conto dei valori di mercato.

491. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme di competenza legislativa esclusiva statale ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione e attuano i principi comunitari resi nel parere motivato della Commissione europea in data 4 gennaio 2004.

492. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge le regioni e le province autonome armonizzano i propri ordinamenti alle norme dei commi da 483 a 491”.

Merita peraltro rappresentare che, in ordine al riparto di competenze in materia di energia parte della dottrina ha assunto un orientamento critico nei confronti delle regioni, rilevando che l'esigenza di uniformità in materia di energia prevarrebbe sulle necessità di decentramento¹⁴. In particolare si è osservato che una normativa differenziata potrebbe creare discriminazione fra gli operatori in funzione della posizione geografica degli impianti¹⁵.

Tale orientamento sembrava per vero essere stato sposato dalla stessa Corte costituzionale, le cui precedenti sentenze sembrano ricostruire in tal senso la ripartizione delle competenze legislative in materia di energia. Nella sentenza 307/2003 relativa ad alcune leggi regionali sull'inquinamento elettromagnetico, la Corte ha affermato che l'introduzione di valori soglia non derogabili dalle Regioni rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare l'impatto delle emissioni elettromagnetiche e di realizzare impianti necessari al fabbisogno energetico nazionale. Qualche mese dopo, con la sentenza 6/2004 il giudice delle leggi ha rilevato che alle Regioni sfuggirebbe la valutazione complessiva del fabbisogno nazionale di energia elettrica mentre è lo Stato a dover garantire la stabilità del sistema elettrico nazionale¹⁶. 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 e recentemente confermati dalla sentenza 13 del 2013. Con la successiva sentenza 383 del 2005, pronunciandosi sulle disposizioni della legge 23 agosto 2004 n. 239, la Corte, tornando sui motivi che giustificano la chiamata in sussidiarietà, li ha peraltro più generalmente individuati nella necessità di una visione unitaria della materia per l'intero territorio nazionale, che evidentemente vale anche per il profilo *de quo*.

Fermo restando il problema della compatibilità comunitaria (e costituzionale) di ulteriori disposizioni sostanzialmente ostative all'ingresso di nuovi operatori, è indubbio infatti, come fu immediatamente eccepito all'esito della lettura della sentenza n. 1 del 2008¹⁷, che rimettendo alle regioni la possibilità di disciplinare in modo diverso il regime dell'affidamento (e delle eventuali ulteriori proroghe) delle concessioni, si determinerebbe una fortissima disparità di trattamento dei relativi titolari, a seconda della regione in cui ciascun impianto è ubicato.

Per evitare una siffatta possibilità si ipotizzò ancora un volta il ricorso ad alcuni principi enucleabili dalla citata sentenza n. 303 del 2003, con la quale, come noto, la Corte Costituzionale, affrontando l'esigenza di una disciplina unitaria in relazione ad interventi di interesse nazionale in materie appartenenti alla competenza legislativa concorrente, ha affermato (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”*.¹⁸

¹⁴ F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 37 e ss.; F. DE LEONARDIS, *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, in *Giur. cost.* 2004, 148 ss.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *L'energia elettrica e il gas*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano 2003, 2189 e ss..

¹⁶ In argomento cfr. ancora F. DE LEONARDIS, *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, *op. cit.*, 145 e ss.

¹⁷ G. CONTE e M.A. SANDULLI, *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 *Atti del XVII Congresso Italo-Spagnolo*, *op. cit.*, 95.

¹⁸ Più avanti, nella stessa sentenza, si legge: *“Resta da chiarire che i principi di sussidiarietà e di*

Si sottolinea in proposito che i grandi impianti idroelettrici, seppure contribuiscono solo in parte limitata alla produzione dell'energia elettrica necessaria al Paese (circa il 15 – 20 %), costituiscono comunque un asset strategico in quanto indipendente dall'approvvigionamento estero. Considerata l'estrema rilevanza che la produzione di energia idroelettrica incontestabilmente riveste nel panorama dello sfruttamento delle fonti rinnovabili, si sottolineava l'esigenza di mantenere un regime unitario della massima forma di energia prodotta con risorsa interna¹⁹.

In quest'ottica, principi era stata suggerita l'emanazione di una legge statale che, ai sensi dell'art. 76 della Costituzione, delegasse il Governo ad emanare, sentita la conferenza Stato-regioni, un nuovo decreto legislativo inteso a stabilire nell'intero territorio nazionale una durata uniforme delle concessioni ed un'uguale durata di loro eventuali proroghe²⁰.

Il legislatore statale è reintervenuto però in materia con il d.l. n. 78 del 2010, convertito nella l. n. 122 dello stesso anno, che, nel ridisciplinare il regime concessorio, all'art. 15, commi 6-ter e 6-quater tornava ad introdurre nel testo originario dell'art. 12 disposizioni di proroga delle precedenti concessioni di grandi derivazioni (ancorché sotto lo scudo delle c.d. "norme cedevoli", destinate cioè a perdere efficacia in caso di approvazione di nuove disposizioni regionali)²¹. E di nuovo la

adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative contenuto nel 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, e sia oggetto di un accordo stipulato con la regione interessata. Che dal congiunto disposto degli art. 117 e 118, 1° comma, sia desumibile anche il principio dell'intesa conseguita alla peculiare funzione attribuita alla sussidiarietà, che si discosta in parte da quella già conosciuta nel nostro diritto di fonte legale. Enunciato nella legge 15 marzo 1997 n. 59 come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra lo Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione meramente statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla primitiva dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai comuni, è resa, infatti, attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.". Ed ancora più avanti la detta Corte ha affermato l'esigenza "di annettere ai principî di sussidiarietà e adeguatezza una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario che consente di attrarre, insieme alla funzione amministrativa, anche quella legislativa, può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà".

¹⁹ L'altra fonte rinnovabile di una certa importanza è per ora soltanto quella eolica che attualmente non ha ancora raggiunto una soglia critica e che, comunque, deve fronteggiare una diffusa avversità da parte di chi li ritiene un attentato al paesaggio del paese; avversità che comportano gravi ritardi autorizzativi.

²⁰ Sembra opportuno dar conto che a seguito della sentenza della Corte costituzionale la Provincia di Trento ha ben pensato di prevedere una proroga di 10 anni alle concessioni di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico afferenti al proprio territorio prevedendo un canone aggiuntivo. Tale proroga si inserisce in un disegno più ampio che ha portato la stessa Provincia a divenire socio di maggioranza in una società costituita con l'ENEL dove verranno conferiti tutti gli impianti idroelettrici di quest'ultima presenti nella Provincia.

²¹ In particolare, il comma 6-ter introduceva all'art. 12 il seguente comma 1-bis: "Al fine di consentire il rispetto del termine per l'indizione delle gare e garantire un equo rispetto del termine per l'indizione delle gare e garantire un equo indennizzo agli operatori economici per gli investimenti effettuati ai sensi dell'articolo 1, comma 485, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, le concessioni di cui al comma 1 sono prorogate di cinque anni"; e il comma 6-quater sostituiva il comma 8 come segue: "8. In attuazione di quanto previsto dall'articolo 44, secondo comma, della Costituzione, e allo scopo di consentire la sperimentazione di forme di compartecipazione territoriale nella gestione, le concessioni di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico in vigore, anche per effetto del comma 7 del presente articolo,

Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 205 del 2011, ne ha come già visto dichiarato l'illegittimità.

IL REGIME VIGENTE DOPO LE MODIFICHE INTRODOTTE DAL D. L. N. 83, CONV. NELLA L. N. 134 DEL 2012.

L'art. 12 veniva infine ulteriormente modificato dall'art. 37 del d.l. n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134 dello stesso anno.

Attualmente il sistema può essere così sinteticamente ricostruito.

Le concessioni rilasciate all'ENEL scadono nel 2029.

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, come si dirà subito dopo, 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 79.

Con riferimento alle modalità di scelta dei nuovi gestori, il testo vigente 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 (mai emanato) 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.

alla data del 31 dicembre 2010, ricadenti in tutto o in parte nei territori delle province individuate mediante i criteri di cui all'articolo 1, comma 153, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, le quali siano conferite dai titolari, anteriormente alla pubblicazione del relativo bando di indizione della gara di cui al comma 1 del presente articolo, a società per azioni a composizione mista pubblico-privata partecipate nella misura complessiva minima del 30 per cento e massima del 40 per cento del capitale sociale alle province individuate nel presente comma e/o da società controllate dalle medesime, fermo in tal caso l'obbligo di individuare gli eventuali soci delle società a controllo provinciale mediante procedure competitive, sono prorogate a condizioni immutate per un periodo di anni sette, decorrenti dal termine della concessione quale risultante dall'applicazione delle proroghe di cui al comma 1-bis. La partecipazione delle predette province nelle società a composizione mista previste dal presente comma non può comportare maggiori oneri per la finanza pubblica".

Merita subito evidenziare che l'accento posto sull'uso della risorsa e la prevalenza accordata nella valutazione dell'offerta all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata segnano un nuovo importante passaggio nella gestione della risorsa idrica: dalla prima fase, improntata alla difesa del suolo e della popolazione dai danni derivanti dall'acqua, si è passati come noto ad una fase di valorizzazione del patrimonio idrico, nelle varie forme di sfruttamento, per raggiungere un periodo di massima concentrazione sulla tutela qualitativa e quantitativa della risorsa, focalizzato sull'interesse ambientale²², oggi, almeno in parte, superato dall'attenzione per l'esigenza "sociale" di riduzione del costo dell'energia, quale elemento centrale per la crescita del Paese e quale importante fattore di sostegno del singolo utente finale, soprattutto nell'attuale contesto di crisi economico-finanziaria²³.

Tanto premesso in linea generale, il medesimo articolo aggiunge peraltro al secondo periodo dello stesso comma 1 che per le concessioni già scadute alla data di entrata in vigore della novella legislativa e per quelle in scadenza successivamente a tale data ed entro il 31 dicembre 2017, per le quali non è tecnicamente applicabile il suddetto periodo di cinque anni, le regioni e le province autonome devono invece indire la gara entro un termine che, secondo una tecnica dilatoria purtroppo nota al nostro sistema normativo, invece di essere legato alla scadenza delle precedenti concessioni, è legato ad un evento futuro ed incerto: due anni dalla data di entrata in vigore del decreto interministeriale che, ai sensi del successivo comma 2, aggiunto dal d.l. n. 78 conv. nella l. n. 138 del 2010, previa intesa con la Conferenza unificata Stato-Regioni 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, avrebbe dovuto determinarne i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini, in conformità a quanto previsto dal comma 1. La riforma del 2012 ha poi aggiunto che lo stesso decreto dovrà stabilire 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, e determinare 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.

Il bando di gara dovrà poi specificare le eventuali condizioni di esercizio della derivazione al fine di assicurare il necessario coordinamento con gli usi primari riconosciuti dalla legge, in coerenza con quanto previsto dalla pianificazione idrica.

Il termine di adozione del decreto, fissato dal d.l. n. 78 del 2010 in sei mesi dalla sua entrata in vigore e prorogato dal d. l. n. 1 del 2012, conv. nella l. n. 27 del 2012 al 30 aprile 2012, non è stato tuttavia rispettato. Come non è stato ancora emanato il decreto legislativo per il conferimento delle competenze alle regioni e alle province.

Con conseguente sostanziale impossibilità di indire le nuove gare.

Il concessionario uscente continua dunque, a dispetto degli interventi della Corte costituzionale e delle Istituzioni Europee, a gestire l'impianto fino al subentro dell'aggiudicatario della gara, "alle stesse condizioni stabilite dalle normative e dal disciplinare di concessione vigenti", in forza del comma 8 bis dello stesso art. 12: la proroga, ripetutamente dichiarata incostituzionale, è stata quindi in fatto realizzata *sine die* attraverso il rinvio delle gare al predetto decreto interministeriale.

²² Cfr. le voci di A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, e di G.D. COMPARTI, *Energia e ambiente* in G.P. ROSSI, *Diritto dell'ambiente* (a cura di), Torino, Giappichelli, 2008.

²³ Cfr. S.R. MASERA, *op. cit.*

Nel frattempo, l'unica attenzione imposta dalla legge è l'obbligo di modifica delle caratteristiche delle concessioni ENEL e di quelle scadute e in scadenza al 31 dicembre 2010 in modo da garantire la presenza negli alvei del minimo flusso costante vitale previsto dal codice dell'ambiente, con la precisazione che, qualora ciò comporti la riduzione della potenza nominale media producibile, il concessionario, contro il regime generale della revoca, non ha diritto ad alcun indennizzo, ma alla sola riduzione del canone demaniale.

Il legislatore aggiunge peraltro, all'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 12, che *“la gara è indetta anche per l'attribuzione di una nuova concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico, con le medesime modalità e durata”*.

Nessun dubbio quindi che, nonostante il silenzio della norma sul punto, anche le gare per le concessioni in scadenza dopo il 31 dicembre 2017 siano, allo stato, bloccate.

SPUNTI DI RIFLESSIONE.

Molte dunque le problematiche aperte, sulle quali abbiamo ritenuto opportuno sollecitare le riflessioni dei nostri relatori e degli altri partecipanti a questo incontro.

Innanzitutto l'esatto significato della previsione, da ultimo richiamata, sulle nuove concessioni e il suo rapporto con la disciplina per l'affidamento delle nuove concessioni contenuta nel t.u. del 1933, più coerentemente fondata sulla richiesta di grande derivazione, sulla quale si innestano le domande concorrenti, secondo un modello comune alle concessioni del demanio marittimo.

Sembra logico ritenere che, almeno fino a quando il sistema non sarà ricostruito in una logica pianificatoria, in cui la scelta dell'acqua derivabile sarà fatta “a monte” della domanda di sfruttamento, tale modello resti tuttora valido e che le nuove disposizioni operino soltanto in relazione alle modalità di valutazione delle proposte concorrenti, che dovrà quindi seguire non soltanto i termini e la procedura, ma anche i criteri indicati dal decreto: criteri che, come è stato giustamente sottolineato dai primi commentatori, pur confermando l'attenzione per la tutela dell'ambiente, si arricchiscono con quella alla riduzione del costo dell'energia, legata alla giusta percezione del bisogno di energia come diritto sociale fondamentale, in quanto l'energia è essenziale per la vita²⁴.

In sostanza, il legislatore ha finalmente messo a fuoco i criteri per la scelta del concessionario e, pur confermando l'attenzione per l'ambiente, ha dato il giusto peso anche ad altri importanti criteri, funzionali a diversi interessi, e in particolare all'ottenimento della migliore offerta economica e all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata, riconoscendone anche la “prevalenza” ai fini della scelta, in vista di una immediata soddisfazione dell'utente finale²⁵.

²⁴ D. SORACE, *Il servizio di interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1010.

²⁵ S. R. MASERA, *op. cit.*, sottolineando peraltro come la rilevanza di criteri c.d. sociali (accanto a quelli ambientali) va progressivamente valorizzandosi anche in termini più generali in relazione alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici (in tema, *cfr.* P. CERBO, *Appalti pubblici e dignità umana fra tutela della concorrenza e considerazioni sociali*, in *Foro amm.-TAR*, 2010, 875) e, soprattutto, per l'affidamento di concessioni (*cfr.* il parere del comitato delle regioni su “Aggiudicazione dei contratti di concessione” 2012/C 277/09, in *GUCE* 13 settembre 2012 (C277/74 e in dottrina M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi*

Ci sono comunque, come è evidente, grandi attese sul nuovo decreto e sull'attuazione dei suddetti criteri, soprattutto in relazione all'effettiva capacità di garantire una vera apertura alla concorrenza e all'equo bilanciamento tra i diversi interessi (cessionari uscenti, nuovi operatori, enti pubblici titolari del bene, utenti).

Sul tema si soffermerà il prof. DE VINCENTI, al quale formuliamo i migliori auguri di buon lavoro nel nuovo Governo.

Restano poi sempre aperte le questioni relative al rapporto Stato-Regioni, in ultimo affrontate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 339 del 2011. Esse investono tanto il suddetto sostanziale regime di proroga a tempo indeterminato delle concessioni in essere, quanto e soprattutto, attraverso la Conferenza unificata, le modalità delle procedure di gara, rimesse al citato decreto interministeriale, e quelle per la determinazione del canone demaniale di concessione, che il decreto Bersani del 1999 ha affidato al decreto legislativo di cui al comma 10²⁶, di cui, come già detto, si attende ancora l'emanazione. Il legislatore del 2012 è peraltro ulteriormente intervenuto su quest'ultimo profilo, disponendo che *“al fine di assicurare un'omogenea disciplina sul territorio nazionale delle attività di generazione idroelettrica e parità di trattamento tra gli operatori economici”*, il 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 di Bolzano, dovrà stabilire i criteri generali per la determinazione, secondo principi di economicità e ragionevolezza, da parte delle regioni, di valori massimi dei suddetti canoni delle concessioni ad uso idroelettrico, fissando altresì le modalità attraverso le quali le regioni e le province autonome potranno (*recte* dovranno) destinare una percentuale (di valore non inferiore al 20 per cento dello stesso canone) di concessione pattuito alla riduzione dei costi dell'energia elettrica a beneficio dei clienti finali, con riferimento ai punti di fornitura localizzati nel territorio della provincia o dell'unione dei comuni o dei bacini imbriferi montani insistenti nel medesimo territorio interessato dalle opere afferenti alle concessioni di cui al presente comma.

L'argomento sarà approfondito dal prof. GIANFRANCESCO.

Merita peraltro sin da ora sottolineare come ancora una volta la novella legislativa appaia dettata da una maggiore attenzione al profilo sociale dell'utilizzo della risorsa idrica a fini energetici, aggiungendo al criterio del recupero dei costi ambientali e di quelli della risorsa connessi all'utilizzo dell'acqua, comuni a tutte le derivazioni, in vista della salvaguardia delle aspettative delle generazioni future anche in un'ottica di solidarietà, criteri funzionali alla riduzione del costo dell'energia elettrica e al contenimento del costo per la sua produzione.

Altri profili notevolmente delicati attengono inoltre al regime della revoca della concessione (che segue canoni diversi da quelli fissati dall'art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990), nonché alla spettanza di una forma di compenso o di indennizzo al concessionario uscente, che, confidando in un regime sostanzialmente a tempo indeterminato, ha di norma operato ingenti investimenti per acquistare le aziende già titolari degli impianti e/o per eseguire i miglioramenti necessari secondo il regime del t.u. del 1933 per poter ottenere il rinnovo della concessione.

Per le future concessioni, il legislatore, come si è visto, ne rimette la determinazione al

locali, Milano, Giuffrè, 2001, 272).

²⁶ In argomento cfr. P. D'AMELIO, *Determinazione dei canoni demaniali: la corrispettività garanzia di una corretta utilizzazione del bene pubblico*, in www.giustamm.it; G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le “tragedie dell'interesse comune”*, in Atti del Convegno Analisi economica e diritto amministrativo, pubblicati in Annuario AIPDA 2006, Giuffrè, Milano, 2007.

nuovo decreto interministeriale, con parere dell'AEEG.

Per quelle attualmente in essere, il legislatore del 2012 ha stabilito che, fermo restando quanto previsto dall'articolo 25, primo comma, del t.u. del 1933 - ovvero il passaggio in proprietà al titolare del bene²⁷, senza compenso, di 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 istato di regolare funzionamento - il bando di gara per l'attribuzione della concessione debba prevedere, per garantirne la continuità gestionale, il trasferimento dal concessionario uscente al nuovo concessionario della titolarità del ramo d'azienda relativo all'esercizio della concessione, comprensivo di tutti i rapporti giuridici afferenti a quest'ultima. Per tale trasferimento, il concessionario uscente avrà diritto ad un apposito corrispettivo, predeterminato e concordato con l'amministrazione concedente prima della fase di offerta e reso noto nello stesso bando. La medesima disposizione aggiunge poi utilmente che, con riferimento ai beni materiali compresi nel predetto ramo d'azienda e diversi da quelli di cui al citato art. 25, primo comma, t. u. del 1933, il predetto corrispettivo è determinato sulla base del valore di mercato, inteso come valore di ricostruzione a nuovo diminuito nella misura dell'ordinario degrado, mentre per i beni di cui al citato art. 25, primo comma, è dovuto un ulteriore importo determinato sulla base del metodo (di tutt'altro che agevole applicazione) del costo storico rivalutato, calcolato al netto dei contributi pubblici in conto capitale, anch'essi rivalutati, ricevuti dal concessionario per la realizzazione di tali opere, diminuito nella misura dell'ordinario degrado. In caso di mancato accordo, la norma prevede che la soluzione della controversia sia affidata a un'apposita commissione, formata da tre qualificati e indipendenti soggetti terzi, di cui due indicati rispettivamente da ciascuna delle parti, che ne sopportano i relativi oneri, e il terzo dal presidente del Tribunale delle acque pubbliche territorialmente competente, i quali devono operare secondo sperimentate metodologie e rendere la pronuncia entro novanta giorni dalla nomina.

La disposizione, che privilegia la destinazione dei beni all'uso idroelettrico, sembra dunque sovrapporsi a quella che, nel secondo comma dello stesso art. 25, riconosce all'amministrazione anche la facoltà di immettersi (con preavviso triennale) 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.

L'intreccio di competenze e di interessi in conflitto crea, di nuovo, evidenti problemi nei rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome concedenti.

²⁷ Il potere di immettersi in possesso dei beni delle concessioni idroelettriche accede infatti alla titolarità del bene e va quindi distinto da quello concessorio: *cfr.* Corte cost., 29 dicembre 2009 n. 443 e, in dottrina, F.S.MARINI, *Proprietà pubblica: profili costituzionali*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, 14.

