

*Paper di ricerca*

**LE CONCESSIONI IDROELETTRICHE IN ITALIA.  
PRINCIPI, NORME, PROSPETTIVE FUTURE.**



## INDICE

<b>Prefazione</b>	<b>5</b>
<b>Introduzione</b>	<b>11</b>
<b>1. L'evoluzione della normativa italiana sulle concessioni idroelettriche</b>	<b>13</b>
1. Il Testo Unico sulle acque del 1933	13
2. La nazionalizzazione dei servizi pubblici degli anni '60	15
3. Le liberalizzazioni degli anni '90 e la priorità della tutela ambientale	16
4. La direttiva 96/92/CE e il "Decreto Bersani"	18
5. L'intervento legislativo del 2010 e il sistema della doppia proroga	22
6. L'intervento normativo del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83	24
7. La normativa vigente: il decreto legge 135 del 2018	26
<b>2. La normativa regionale: le iniziative maggiormente significative</b>	<b>33</b>
1. La legge lombarda	33
2. Le leggi di Piemonte e Friuli Venezia Giulia	36
3. La legislazione veneta	37
4. La Provincia Autonoma di Trento	38

<b>3. Il difficile bilanciamento normativo tra Stato e Regioni</b>	<b>41</b>
1. Il difficile incrocio di competenze	41
2. La sentenza 1 del 2008 della Corte costituzionale	42
3. La sentenza 205 del 2011 della Corte costituzionale	43
4. La sentenza 339 del 2011 della Corte costituzionale	44
5. La sentenza 28 del 2014 della Corte costituzionale	45
6. I nodi irrisolti	48
7. La sentenza 155 del 2020 della Corte costituzionale	52
<b>4. Le concessioni idroelettriche in Europa: un'analisi comparata</b>	<b>57</b>
1. Quadro generale: il continente europeo	57
2. Analisi comparata all'interno dell'UE	58
<b>5. Le proposte. Soluzioni possibili e soluzioni auspicabili</b>	<b>67</b>
<b>Appendice I</b>	<b>75</b>
<b>La Natura della concessione amministrativa e l'evoluzione dottrina</b>	
<b>Appendice II</b>	<b>81</b>
<b>I principi normativi alla base delle concessioni idroelettriche</b>	

## PREFAZIONE

di TOMMASO EDOARDO FROSINI\*

La vicenda delle concessioni idroelettriche rappresenta un piccolo caso di studio sul disordine ordinamentale, che da anni imperversa sul nostro Paese. Come emerge chiaramente da questo *Rapporto* elaborato dalla Fondazione Magna Carta.

Il primo motivo che genera disordine è quello legislativo: frammentarietà e stratificazione di leggi statali, di atti aventi forza di legge e di leggi regionali, a cui si aggiunge la normativa eurounitaria. Una sorta di schizofrenia regolatoria, che penalizza le imprese che operano nel settore idroelettrico e penalizza altresì il cittadino che di quel settore è utente e consumatore. Siamo in presenza di un vero e proprio *puzzle* legislativo la cui ricomposizione appare complicata e complessa. Da qui la soluzione prospettata nel *Rapporto* di addivenire a un'opera di codificazione sotto forma di testo unico. Come si fece diversi anni fa per l'ambiente, credo che sia opportuno provvedere oggi a farlo per l'energia in tutte le sue declinazioni. Si avrebbe così un testo che nel mettere ordine nelle legislazioni di vario livello consentirebbe, agli

operatori ma non solo, di avere un codice certo al quale fare riferimento per conoscere e individuare la norma da applicare nel caso specifico. Quindi: disboscare la giungla legislativa dell'energia e dintorni, per avere così un quadro normativo di settore chiaro, univoco e omogeneo.

Il secondo motivo che genera disordine è la conflittualità tra lo Stato e le Regioni in punto di "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", collocata nella zona grigia delle materie concorrenti di cui all'art. 117 della costituzione. Le materie mescolate tra le leggi di principio statali e le leggi di dettaglio regionali hanno prodotto contenzioso, che si è manifestato sui (mancati) limiti dell'azione dello Stato ovvero sull'espansione senza limiti delle Regioni, le quali – *rebus sic stantibus* – hanno titolo a determinare i canoni per le concessioni idroelettriche, fermi restando i principi di onerosità e proporzionalità in rapporto all'entità dello sfruttamento della risorsa pubblica e a quella dei profitti ricavati. La giurisprudenza costituzionale è stata chiamata più volte a intervenire per dirimere la conflittualità e chiarire, di volta in volta, dove e a chi spettava la competenza. Il *Rapporto* propone una riscrittura del Titolo Quinto con l'assegnazione in capo allo Stato

della materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia”: indicazione giusta e condivisibile, anche perché se l’energia è nazionale (come prescrive la norma costituzionale) non si vede il motivo perché debba essere prodotta, trasportata e distribuita su base territoriale per volontà concorrente del legislatore regionale. Va detto, però, che a questa ipotesi di riforma del Titolo Quinto, anche nella parte relativa proprio all’energia, aveva provveduto il legislatore costituzionale nel 2016, ma il corpo elettorale, con voto referendario, bocciò quella riforma, rendendo di fatto sterile qualsiasi iniziativa in tal senso, almeno fino a oggi ma non certo per domani. Comunque, sul contenzioso tra Stato e Regioni è più volte intervenuta la Corte costituzionale, fino alla più recente sentenza, la n. 155 del 2020 dove, nel dichiarare illegittimo un provvedimento normativo statale, ha ribadito che la competenza esclusiva statale deve riguardare le procedure di assegnazione delle concessioni, ma la materia è per il resto riconducibile alla competenza concorrente concernente l’energia. Un ambito materiale, quest’ultimo, in cui la legislazione dello Stato è chiamata a dettare principi fondamentali e non invece norme di dettaglio, tali dovendosi considerare

quelle concernenti una determinata e generalizzata proroga dei rapporti concessori in atto. Certo, se “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia” è da collocarsi tra le materie di competenza concorrente, le materie trasversali all’energia sono, invece, di competenza esclusiva dello Stato: così è per la “tutela della concorrenza”, che attiene alle procedure di assegnazione delle concessioni; così è anche per la “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema”, che impatta sul settore dell’idroelettricità. Quindi, alla schizofrenia regolatoria a livello legislativo, prima evidenziata, si accompagna, ed è più grave, una schizofrenia a livello di normativa costituzionale, che risulta priva di coerenza e omogeneità.

Il terzo motivo che genera disordine è quello europeo. Dove i ripetuti interventi regolatori provenienti dallo spazio giuridico europeo vengono tendenzialmente disattesi dagli Stati che aderiscono all’Unione europea, fatto salvo per l’Italia la quale, paradossalmente, ha inseguito la conformità al quadro normativo eurounitario, ma spesso in maniera distratta e confusa. Certo, la mancata omogeneità a livello europeo è un ulteriore *vulnus* sulla stabilità del settore dell’energia, come la negata distinzione, in sede europea, fra “concessione” e

“autorizzazione”, con ciò che ne comporta in termini applicativi. Vi è poi la definizione europea della gestione di centrali idroelettriche come un “servizio fornito dietro distribuzione” (così nella famigerata “direttiva Bolkestein” del 2006), che nel nostro Paese si sfrange sull’acqua quale bene demaniale e non un servizio.

Dal disordine giuridico all’ordine economico, da intendersi anche come sostenibilità ambientale. Infatti, l’energia idroelettrica rientra fra le energie rinnovabili a basso impatto ambientale, e quindi può essere considerata un’energia verde. Si ricava dall’acqua di laghi e fiumi creando dighe e condotte forzate, che sfruttano la caduta dell’acqua da grandi altezze oppure le grandi masse di acqua dei fiumi. L’energia idroelettrica in Italia è, al momento, la prima fonte di energia alternativa ai combustibili fossili come petrolio e carbone. Sul territorio nazionale sono infatti presenti oltre 2000 centrali che garantiscono, all’incirca, il 15% del fabbisogno energetico del Paese. Una percentuale importante, che potrà essere ulteriormente sviluppata. Anche sulla base di una sempre maggiore richiesta di sostenibilità ambientale, che trova nelle energie rinnovabili la sua più naturale declinazione. E’ la valutazione dell’impatto ambientale che guida la

scelta del diritto e non viceversa. E' l'ambiente che innerva le nuove forme di economia e dell'attività occupazionali. E' dall'ordine economico che deve derivare l'ordine giuridico, che consenta così di ovviare a distorsioni asimmetriche, in modo tale che tra l'uno e l'altro si crei un equilibrio volto al perseguimento di benessere e sviluppo.

*\*Ordinario di diritto pubblico comparato,  
Università Suor Orsola Benincasa di Napoli  
Vicepresidente del Consiglio Nazionale delle Ricerche*

## Introduzione

L'obiettivo di questo *paper* è approfondire il regime giuridico di una particolare *species* di concessione amministrativa, ovverosia la concessione di grandi derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico.

Questo scritto va anzitutto a fondo nella stratificata disciplina normativa delle concessioni idroelettriche, ripercorrendo l'evoluzione della medesima su tre piani paralleli: la normativa di rango nazionale, quella di rango europeo e l'iniziativa legislativa delle Regioni, le quali risultano titolari di potestà legislativa concorrente in materia di “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” (art. 117, terzo comma, Cost.).

L'analisi della normativa europea e di quella italiana, anche in chiave evolutiva, è condotta al fine di delineare il *framework* regolatorio entro cui gli operatori sono chiamati a muoversi, in specie all'indomani dell'intervento operato dal legislatore con il decreto-legge n. 135 del 2018 (art. 11-*quater*). Con tale intervento, infatti, si è disposta la regionalizzazione della proprietà delle opere idroelettriche alla scadenza delle concessioni in essere, nonché il contestuale conferimento alle medesime regioni del compito di definire le modalità e le procedure di nuova assegnazione, secondo principi e tempistiche definiti nel citato decreto-legge.

La rinnovata disciplina ha reso il concorso dello Stato e delle Regioni meno facile, donde il sorgere di un ampio contenzioso nell'ambito del quale è stata da ultimo investita la Corte costituzionale. Proprio ai numerosi e puntuali interventi del Giudice costituzionale si dedica ampio spazio, al fine di comporre un quadro chiaro dei limiti imposti rispettivamente allo Stato e alle Regioni nella formazione di un ordinamento che oggi risulta assai complesso e disomogeneo.

Accanto all'approfondimento dell'ordinamento interno e comunitario, il *paper* offre un'analisi comparata della disciplina delle concessioni di grandi e piccole derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico nei principali Paesi Membri dell'UE, così da poter delineare un quadro delle *best* e *worst practices* vigenti all'interno del quadro normativo comunitario.

La ricerca propone, infine, talune riforme normative "possibili" - cioè attuabili nel breve e medio termine - e altri interventi "auspicabili" - ovvero maggiormente efficaci e semplificatorie, ma attuabili soltanto in un raggio di tempo più lungo - in ordine alla regolazione del rapporto concessorio nel settore.

Nelle due Appendici finali una sintesi del *genus* delle concessioni amministrative, sia per quanto concerne la loro natura storicamente dibattuta, sia con riguardo per i principi di fondo che le regolano e la loro alterna osservanza nella pratica.

## L'evoluzione della normativa italiana sulle concessioni idroelettriche



L'evoluzione della normativa italiana in materia di concessioni idroelettriche si scandisce essenzialmente in tre fasi.

### 1. Il Testo Unico sulle acque del 1933

La prima fase regolatoria coincide con il testo unico sulle acque (regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775), il quale prevedeva l'istituzione di un catasto (su base provinciale) delle utenze di acqua pubblica e l'importante distinzione fra concessioni di piccola e grande derivazione<sup>1</sup>, basata sul limite di potenza nominale media annua fissato a 3.000 kW (o, per equivalenza, 3 MW). Il testo unico del 1933 disciplinava, altresì, il procedimento per il rilascio delle concessioni, basato sulla presentazione di un'istanza di parte, cui seguiva un periodo (30 giorni) nel quale qualunque altro soggetto poteva presentare una domanda concorrente. Le domande concorrenti erano poi sottoposte ad un'istruttoria congiunta, al termine della quale l'amministrazione era chiamata a compiere una scelta discrezionale, sulla base dei seguenti criteri ordinati gerarchicamente:

---

<sup>1</sup> In questa sede si fa ovviamente riferimento alle concessioni per la derivazione d'acqua per produzione di forza motrice, cioè quelle impiegate per la produzione di energia elettrica.

- la migliore utilizzazione dal punto di vista idraulico ed economico o la soddisfazione di altri interessi pubblici;
- l'offerta di maggiori garanzie tecnico-finanziarie ed economiche d'immediata esecuzione ed applicazione;
- ordine di presentazione della domanda.

Scelto il futuro concessionario, l'amministrazione sottoscriveva con quest'ultimo un "disciplinare", da allegarsi alla concessione di derivazione, unitamente ad una cauzione obbligatoria. La durata della concessione non poteva eccedere i 60 anni, salvo rinnovo a favore del concessionario uscente per un periodo massimo di 30 anni, in forza di un diritto d'insistenza riconosciutogli<sup>2</sup>; diversamente, lo Stato poteva assegnare la concessione ad altri o assumerne direttamente l'esercizio, previo preavviso di almeno 3 anni.

A seconda che si trattasse di concessioni di piccola o grande derivazione, allo Stato erano riconosciuti particolari prerogative allo scadere della concessione: nell'ipotesi di grande derivazione, infatti, lo Stato assumeva gratuitamente la proprietà di tutte le opere c.d. bagnate (ovverosia le opere di raccolta, regolazione e derivazione, i canali adduttori dell'acqua, le condotte forzate ed i canali di scarico) e poteva immettersi nell'immediato possesso di

---

<sup>2</sup> S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 355; L.R. PERFETTI, "Diritto di insistenza" e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amministrativo – CdS*, 2003, p. 621.

tutte le opere c.d. asciutte (cioè edifici, macchinari ed impianti), previa corresponsione al concessionario uscenti di un prezzo pari al valore di stima del materiale in opera. Rispetto alle grandi derivazioni, ritenute senz'altro più rilevanti da un punto di vista economico, la *ratio legis* era quella di «far realizzare ai privati le centrali idroelettriche e consentire loro di remunerare l'investimento tramite lo sfruttamento economico dell'impianto», in un arco di tempo sufficiente all'ammortamento (e cioè 60 anni), trascorso il quale l'impianto avrebbe dovuto essere trasferito allo Stato<sup>3</sup>.

## 2. La nazionalizzazione dei servizi pubblici degli anni '60

Il modello delineato dal testo unico del 1933 ha profondamente risentito del processo di nazionalizzazione delle imprese esercenti servizi pubblici avviato negli anni Sessanta del secolo scorso, che corrisponde all'avvio della seconda fase regolatoria. Tale processo, invero, ha portato alla istituzione con legge<sup>4</sup> dell'Ente nazionale per l'energia elettrica (Enel), al quale sono stati trasferiti tutti gli impianti idroelettrici esistenti in Italia, eccezion fatta per quelli degli enti locali, degli auto-produttori e dei piccoli produttori o distributori. La legge istitutiva dell'Ente prevedeva altresì che le concessioni di derivazioni per forza

---

<sup>3</sup> 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.it*, 2013, n. 24, p. 5.

<sup>4</sup> Legge 6 dicembre 1962, n. 1643.

motrice trasferite all'Ente stesso fossero prive di scadenza, donde la loro sostanziale perpetuità, e che le opere bagnate relative a concessioni idroelettriche degli auto-produttori e degli enti locali passassero gratuitamente all'Enel una volta giunte a scadenza le concessioni stesse. Diversamente, per le opere asciutte, all'Enel era riconosciuta la facoltà di acquisirne il possesso, se ritenuto conveniente.

### **3. Le liberalizzazioni degli anni '90 e la priorità della tutela ambientale**

A partire dagli anni Novanta il settore delle concessioni idroelettriche è stato investito dalle spinte di liberalizzazione del mercato provenienti dalla Comunità europea, concretizzatesi nella direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, emanata nel dicembre del 1996. Prima di tale data, una prima svolta nel senso di una maggior concorrenza nel settore era giunta nel 1991, con l'introduzione della possibilità per tutte le imprese di produrre energia elettrica per uso proprio o da cedere all'Enel e del potere di prelazione esercitabile dalle imprese non trasferite all'Enel sulle concessioni su cui l'Ente stesso non era subentrato<sup>5</sup>, e poi nel 1992 con la trasformazione del medesimo Ente in società per azioni e

---

<sup>5</sup> *Articoli 20 e 24 della legge 9 gennaio 1991, n. 9.*

conseguente attribuzione a mezzo di concessione delle attività esercitate fino a quel momento *ex lege*<sup>6</sup>.

Prima di esaminare la terza fase regolatoria, caratterizzata dall'apertura del mercato e dall'affermazione di principi concorrenziali, corrispondente all'attuazione nell'ordinamento interno della summenzionata direttiva 96/92/CE, è bene considerare alcune modifiche normative intervenute nel frattempo con l'obiettivo di valorizzare la tutela ambientale nel rilascio dei titoli concessori. Si fa riferimento, in particolare, al decreto legislativo n. 275 del 1993 che, intervenendo sul procedimento concessorio, ha inserito la tutela ambientale tra i criteri di preferenza nel rilascio delle concessioni ed il parere obbligatorio dell'autorità di bacino<sup>7</sup>. E poi si fa riferimento alla c.d. "legge Galli"<sup>8</sup> e al successivo decreto legislativo n. 152 del 1999, che hanno introdotto «il tema della salvaguardia del deflusso minimo vitale del bacino derivato, prevedendo

---

<sup>6</sup> Articoli 14 e 15 del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359.

<sup>7</sup> Parere originariamente non vincolante, divenuto tale in seguito con l'approvazione del testo unico sull'ambiente (decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152) attualmente vigente. Sul punto: P. URBANI, *Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblico e ruolo delle Autorità di Bacino*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1997, p. 847 ss. Sul decreto legislativo n. 275 del 1993, v. *amplius* N. LUGARESI, G. CORONA, A. FERRAMOSCA, *Sfruttamento delle risorse idriche a fini di produzione di energia elettrica tra pianificazione e problemi ambientali*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1999, p. 800 ss.

<sup>8</sup> Legge 5 gennaio 1994, n. 36.

l'eventuale riduzione del flusso derivabile senza alcun indennizzo»<sup>9</sup>.

#### 4. La direttiva 96/92/CE e il “Decreto Bersani”

Veniamo ora al recepimento della direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, realizzato in Italia con il c.d. “decreto Bersani” nel 1999<sup>10</sup>, che ha estinto il monopolio statale del mercato dell'energia elettrica, realizzando la privatizzazione auspicata a livello europeo per tutti i servizi di interesse generale.

In linea con tale impostazione concorrenziale, il decreto in questione è intervenuto profondamente sul regime delle concessioni idroelettriche, *in primis* devolvendo il rilascio delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche alla competenza amministrativa delle regioni e delle province autonome, e poi fissando a trent'anni dalla data di entrata in vigore del decreto (i.e. 1° aprile 2029) la scadenza delle concessioni rilasciate ad Enel e al 31 dicembre 2010 la scadenza delle concessioni (in

---

<sup>9</sup> 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*, cit., p. 6. – Per un approfondimento sul deflusso minimo vitale, sia su un piano concettuale che normativo, cfr. A. MAESTRONI, *Il deflusso minimo vitale*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), op. cit., pp. 85-93.

<sup>10</sup> Decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, sul quale in dettaglio v. N. LUGARESÌ, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Rimini, 2003.

scadenza o scadute) degli altri operatori. Il decreto ha poi riconosciuto a qualunque operatore la possibilità di richiedere il rilascio di una concessione di grande derivazione d'acqua, almeno cinque anni prima della scadenza, «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», tuttavia riconoscendo al concessionario uscente un diritto di prelazione subordinatamente all'impegno del medesimo alla realizzazione di un analogo piano di miglioramento<sup>11</sup>.

Proprio quest'ultimo privilegio riconosciuto al concessionario uscente ha incontrato lo sfavore della Commissione europea, la quale ha prontamente attivato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia per violazione dei principi in materia di concorrenza<sup>12</sup>. La Commissione europea, infatti, riteneva che il modello delineato dal “decreto Bersani” favorisse marcatamente le imprese già titolari di concessione idroelettrica (che avrebbero potuto rimanere tali per un periodo sostanzialmente illimitato), snaturando la procedura concorsuale prevista e impedendone la concreta e paritetica partecipazione di altri operatori, donde la

---

<sup>11</sup> Come rilevato da autorevole dottrina (N. BASSI, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, I, Torino, 2014, p. 36), il “decreto Bersani” taceva rispetto al rilascio di nuove concessioni, occupandosi unicamente del rinnovo di quelle scadute o in scadenza.

<sup>12</sup> Il riferimento è alle procedure di infrazione nn. 1999/4902 e 2002/2282.

violazione della libertà di stabilimento oggi sancita dagli articoli 43-48 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE).

Per superare le contestazioni mosse in sede europea, con la legge finanziaria del 2006<sup>13</sup>, è stato abrogato il diritto di prelazione al concessionario uscente (previsto dal “decreto Bersani”), prevedendo 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, fosse indetta «una gara ad evidenza pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata trentennale», sulla base di criteri fissati con apposito decreto ministeriale, «avendo particolare riguardo ad un'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza e di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata». La citata norma ha disposto altresì la proroga di dieci anni delle concessioni in scadenza, subordinatamente all'effettuazione di

---

<sup>13</sup> *Articolo 1, commi 483-492, della legge 23 dicembre 2005, n. 2006; tale normativa – secondo I. CONTE, Grandi derivazioni ad uso idroelettrico: scadenze, rinnovi e nuove domande. Quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, in AA.VV., L'industria idroelettrica tra mercato, normativa e territori, Atti del convegno tenutosi a Sondrio il 15 aprile 2016, Sondrio, 2017, p. 44 – avrebbe rappresentato una «una soluzione di compromesso» nell'ambito dei rapporti tra lo Stato italiano e la Comunità europea.*

«congrui interventi di ammodernamento degli impianti»<sup>14</sup> e del pagamento, per quattro annualità, di un canone aggiuntivo unico, riferito all'intera durata della concessione, pari a 3.600 euro per MW di potenza nominale installata.

Tuttavia, a circa un anno dalla sua entrata in vigore, le disposizioni introdotte dalla legge finanziaria del 2006 sono state travolte dalla declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale<sup>15</sup>, di cui si dirà in dettaglio nel prossimo paragrafo. Qui vale la pena di segnalare che l'illegittimità riguardava, da una parte, il procedimento finalizzato all'adozione del decreto interministeriale di fissazione dei requisiti di gara per il rilascio delle concessioni, allorché non prevedeva un adeguato coinvolgimento delle regioni, così determinando una indebita invasione della sfera di competenza ad esse riservata, dall'altra, la proroga decennale delle concessioni in essere, perché in contrasto con i principi della concorrenza.

---

<sup>14</sup> La disciplina di dettaglio è riportata al successivo comma 487, ai sensi del quale: «si considerano congrui interventi di ammodernamento 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 [...] 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».

<sup>15</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 18 gennaio 2008.

## 5. L'intervento legislativo del 2010 e il sistema della doppia proroga

Nel 2010<sup>16</sup> il legislatore statale è intervenuto nuovamente sul tema delle concessioni idroelettriche, anche in questa occasione non senza ambiguità. Infatti, se da una parte il legislatore ha inteso superare la dichiarazione di illegittimità resa dalla Corte nel 2008, introducendo misure di compensazione territoriale e la «previa intesa della Conferenza unificata» nel procedimento di formazione del predetto decreto interministeriale sui requisiti di gara, dall'altra ha nuovamente “trasgredito” introducendo il sistema della c.d. “doppia proroga”, secondo il quale tutte le concessioni sarebbero state prorogate, in modo generalizzato, per 5 anni, ai quali si sarebbero aggiunti ulteriori 7 anni di proroga per le concessioni conferite a:

- società per azioni a composizione mista pubblico-privata;
- società partecipate per una quota minima del 30% e una massima del 40% del capitale sociale dalle province in forma diretta o mediante società da quest'ultime controllate.

L'impianto normativo era tuttavia assistito da una clausola di cedevolezza, nel senso che le disposizioni summenzionate avrebbero trovato applicazione «fino all'adozione di diverse disposizioni legislative da parte delle regioni, per quanto di loro

---

<sup>16</sup> Articolo 15, commi 6-ter e 6-quater, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2010, n. 122.

competenza». Ciò tuttavia non è bastato a superare lo sfavore manifestato, a diverso titolo ed in ordine cronologico, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), dalla Commissione europea e, infine, dalla Corte costituzionale.

L'AGCM<sup>17</sup>, infatti, ha ritenuto del tutto ingiustificate le proroghe previste e ha rilevato profili distorsivi della concorrenza nella disposizione che prevedeva la costituzione di società miste tra ente provinciale e concessionario uscente. Quest'ultima, invero, avrebbe riconosciuto una posizione di favore al concessionario uscente, così aggirando tanto le contestazioni fatte dalla Commissione europea quanto le modifiche normative introdotte per superare tali contestazioni. A nulla poteva valere il fatto che si trattasse di norme cedevoli, cioè produttive di effetti fino a diverse disposizioni legislative delle Regioni.

Analogamente, la Commissione europea ha chiesto spiegazioni al Governo italiano in ordine alle disposizioni introdotte nel 2010, ravvisando nuovamente degli elementi di contrasto con la libertà di stabilimento riconosciuta dagli articoli 43-48 del Trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE)<sup>18</sup>.

Nel 2011, infine, la Corte costituzionale è ancora una volta intervenuta, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle disposizioni del 2010 riferite al sistema della "doppia proroga",

---

<sup>17</sup> *Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), parere n. AS730 del 23 luglio 2010.*

<sup>18</sup> *Procedura di infrazione n. 2011/2026; spec. Commissione europea, lettera di costituzione in mora C(2011) 1450 del 14 marzo 2011.*

perché trattasi di norme di dettaglio adottate in violazione della sfera di competenza legislativa regionale<sup>19</sup>.

## **6. L'intervento normativo del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83**

Si giunge, dunque, alla penultima tappa dell'*excursus* normativo sulle concessioni idroelettriche, prima di esaminare la normativa vigente. Nel 2012, infatti, la disciplina statale in materia è stata oggetto di nuove modifiche<sup>20</sup>, con le quali si è stabilito che, per le concessioni in scadenza dopo il 31 dicembre 2017, le regioni e le province autonome avrebbero dovuto, con cinque anni di anticipo, indire una gara ad evidenza pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per una durata minima di 20 anni e massima di 30 anni, rapportato all'entità degli investimenti ritenuti necessari, fermi restando i criteri di scelta già vigenti e, introducendo un profilo di novità, avendo riguardo all'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica. Come evidenziato in dottrina, l'attenzione a quest'ultimo aspetto ha segnato «un nuovo importante passaggio nella gestione della risorsa idrica», nel senso di una maggiore attenzione alla «esigenza “sociale” di riduzione del costo

---

<sup>19</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 205 del 13 luglio 2011; per una specifica trattazione del caso si rimanda, anche in questo caso, al prossimo paragrafo (§4).

<sup>20</sup> Articolo 37, commi 4-8, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134.

dell'energia»<sup>21</sup>. Nel caso di concessioni per le quali non fosse tecnicamente applicabile il periodo di cinque anni, la norma del 2012 prevedeva l'indizione della gara, da parte delle regioni e delle province autonome, entro due anni dalla data di entrata in vigore del decreto interministeriale che avrebbe dovuto determinare tanto i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri e i termini delle concessioni, quanto i parametri tecnico-economici per la determinazione del corrispettivo e dell'importo spettanti al concessionario uscente.

Il problema, come è facile immaginare, è che tale decreto interministeriale non ha mai visto la luce, al netto di una bozza che ha peraltro incontrato il parere negativo dell'AGCM<sup>22</sup>.

Vi è un'ulteriore norma di interesse introdotta dal legislatore del 2012, cioè quella che ha imposto al concessionario uscente di trasferire a quello subentrante il ramo d'azienda relativo all'esercizio della concessione, così da garantire la continuità gestionale<sup>23</sup>. Quanto al corrispettivo dovuto dal concessionario subentrante per il trasferimento del ramo d'azienda, la norma ha

---

<sup>21</sup> 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*, cit., p. 15, e bibliografia ivi citata.

<sup>22</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), parere n. AS1089 del 2 ottobre 2013.

<sup>23</sup> Sul tema v. G. BRIANZA, *Il trasferimento del ramo d'azienda idroelettrico*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), op. cit., pp. 85-93.

individuato i criteri di determinazione dell'ammontare, variabili a seconda che si tratti di opere asciutte o opere bagnate<sup>24</sup>.

Va da sé che, anche rispetto alla normativa del 2012, non sono mancati degli interventi della Corte costituzionale, di cui si dirà approfonditamente nel prossimo paragrafo.

## **7. La normativa vigente: il decreto legge 135 del 2018**

Dal punto di vista strettamente normativo, viene ora in parola l'intervento di cui al decreto-legge n. 135 del 2018<sup>25</sup>, che segna l'avvio della quarta ed ultima fase regolatoria, cioè quella tuttora vigente. L'articolo 11-*quater* del citato decreto ha disposto il trasferimento alla proprietà delle regioni delle opere c.d. bagnate, alla scadenza delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche ovvero nei casi di decadenza o rinuncia, senza la corresponsione di alcun compenso. Se su tali opere – quale può essere, ad esempio, una condotta – il concessionario uscente, nel periodo concessorio, ha realizzato degli investimenti non ancora

---

<sup>24</sup> Con riferimento alle opere c.d. asciutte, «il corrispettivo è determinato sulla base del valore di mercato, inteso come valore di ricostruzione a nuovo diminuito nella misura dell'ordinario degrado; mentre per le opere c.d. "asciutte" è altresì «dovuto un importo determinato sulla base del metodo 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» (articolo 37, comma 6, del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134).

<sup>25</sup> Decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12.

ammortizzati, al medesimo concessionario spetta un indennizzo «pari al valore non ammortizzato e fatti salvi gli oneri di straordinaria manutenzione sostenuti» fino a quel momento.

Per quanto riguarda, invece, le opere c.d. asciutte, si dà luogo al medesimo trasferimento alle regioni con corresponsione di un prezzo da quantificare al netto dei beni ammortizzati, secondo specifici parametri fissati con legge.

Le regioni, a norma della novella di cui al citato articolo 11-*quater*, possono ora assegnare le concessioni di grandi derivazioni idroelettriche, a tre categorie di soggetti:

- operatori economici individuati mediante gara ad evidenza pubblica;
- società a capitale misto pubblico-privato in cui il socio privato sia scelto mediante gara ad evidenza pubblica;
- forme di partenariato pubblico-privato.

L'affidamento in concessione deve avvenire secondo modalità e procedure che ciascuna regione è chiamata a disciplinare con propria legge avente il contenuto legislativo predefinito dallo stesso articolo 11-*quater*, entro un termine prestabilito (originariamente fissato al 31 marzo 2020, recentemente spostato

al 31 ottobre 2020, giusta proroga dovuta all'emergenza sanitaria da Covid-19<sup>26</sup>).

Ciascuna legge regionale dovrà disciplinare termini, modalità e criteri per lo svolgimento delle procedure di assegnazione, nonché i requisiti di capacità finanziaria, organizzativa e tecnica adeguata all'oggetto della concessione richiesti ai partecipanti e i criteri di valutazione delle proposte progettuali.

Per valutare la capacità organizzativa e tecnica del concessionario, a questi è ora richiesto di attestare l'effettiva gestione, per un periodo di almeno 5 anni, di impianti idroelettrici con una potenza nominale media pari ad almeno 3 MW; per valutare la loro capacità economica, gli è richiesta la referenza di due istituti di credito che attestino la possibilità del partecipante di accedere al credito per un importo almeno pari a quello del progetto proposto nella procedura di assegnazione. Quanto alla durata delle nuove concessioni, fermo restando che essa dev'essere compresa tra i 20 e i 40 anni, la norma statale consente tuttavia alle regioni di incrementare tale termine fino ad un massimo di 10 anni, in ragione della complessità del progetto proposto e dell'entità degli investimenti.

---

<sup>26</sup> *Articolo 125-bis del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27. Per le regioni interessate dalle elezioni regionali nel 2020, la norma in oggetto prescrive che tale termine (31 ottobre 2020) sia prorogato di ulteriori 7 mesi «decorrenti dalla data di insediamento del nuovo Consiglio regionale».*

Ogni regione nel suo atto di disciplina deve poi individuare:

- gli obblighi o le limitazioni gestionali;
- i miglioramenti minimi in termini energetici (avendo a riferimento gli obiettivi strategici nazionali in materia di sicurezza energetica e di fonti rinnovabili) ed in termini ambientali;
- le misure – anche finanziarie – di compensazione ambientale e territoriale destinate ai comuni interessati dalle opere;
- le modalità di valutazione dei progetti presentati.

L'articolo 11-*quater* detta poi alcune prescrizioni specifiche relative alle opere asciutte, per l'utilizzo delle quali ciascuna legge regionale deve prevedere, nel caso di utilizzo dei beni (mobili o immobili), la corresponsione di un prezzo da parte dell'assegnatario agli aventi diritto all'atto del subentro o, nel caso contrario di non utilizzo di tali beni, la rimozione e lo smaltimento a carico del proponente, ma solo se trattasi di beni mobili.

Ciascuna legge regionale, a norma dell'articolo 11-*quater*, deve infine contenere delle specifiche «clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato», e deve definire le modalità procedurali da seguire in caso di grandi derivazioni che interessano il territorio di due o più regioni, ferma la regola per cui «le funzioni amministrative per l'assegnazione della concessione sono di competenza della

Regione sul cui territorio insiste la maggior portata di derivazione d'acqua in concessione».

Una volta entrata in vigore la legge regionale, la norma statale prevede che le procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche debbano essere avviate entro due anni. In caso contrario, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti procederà in via sostitutiva, destinando il 10% dell'importo dei canoni concessori al patrimonio statale.

Ma non è tutto, perché l'articolo 11-*quater* del decreto-legge n. 135 del 2018 dispone anche in ordine agli obblighi dei concessionari. Questi ultimi, infatti, sono ora tenuti a corrispondere alle regioni un canone semestrale, determinato da singole leggi regionali, che si compone di una parte fissa, legata alla potenza nominale media di concessione, e di una parte variabile<sup>27</sup>. I proventi di tale canone semestrale sono destinati, per una quota pari almeno al 60%, alle province e alle città metropolitane il cui territorio sia interessato dalle derivazioni: tale previsione – come si vedrà più avanti – è stata recentemente dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale e dunque non è più vigente.

Alle regioni è poi riconosciuta la possibilità di disporre con legge l'obbligo per i soli concessionari di grandi derivazioni (e non anche per quelli titolari di piccole derivazioni) di fornire

---

<sup>27</sup> *Tale parte variabile è calcolata come percentuale dei ricavi normalizzati, sulla base del rapporto fra la produzione dell'impianto (al netto dell'energia fornita alla regione) ed il prezzo zonale dell'energia elettrica.*

annualmente e gratuitamente alle stesse regioni una quota minima di energia, pari a 220 kWh per ogni kW di potenza nominale media di concessione, per almeno il 50% destinata a servizi pubblici e categorie di utenti dei territori provinciali interessati dalle derivazioni.

Il legislatore del 2018 ha poi previsto uno speciale regime per le concessioni di grandi derivazioni che abbiano un termine di scadenza anteriore al 31 luglio 2024 e per quelle già scadute, attribuendo alle regioni il compito di disciplinare con legge – entro il 31 ottobre 2020 – le modalità, le condizioni e la quantificazione dei corrispettivi aggiuntivi e gli eventuali altri oneri conseguenti a carico del concessionario uscente, per la prosecuzione dell'esercizio delle derivazioni, delle opere e degli impianti oltre la scadenza della concessione e per il tempo necessario al completamento delle procedure di assegnazione e comunque non oltre il 31 luglio 2024<sup>28</sup>.

Fino all'assegnazione della concessione, sul concessionario uscente gravano altresì due obblighi: da una parte, quello di fornire, su richiesta della regione, energia nella summenzionata misura del 220 kWh per ogni kW di potenza nominale media di concessione, per almeno il 50% destinata a servizi pubblici e

---

<sup>28</sup> Originariamente l'articolo 11-quater, comma 1-sexies, del decreto-legge in parola faceva riferimento alle concessioni in scadenza entro il 31 dicembre 2023, e fissava il termine del 31 marzo 2020 perché le regioni legiferassero, tuttavia anche tali termini sono prorogati nel contesto dell'emergenza sanitaria da Covid-19 dall'articolo 125-bis del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27

categorie di utenti dei territori provinciali interessati dalle derivazioni; dall'altra, quello di versare alla regione stessa un canone aggiuntivo rispetto al canone demaniale, da corrispondere per l'esercizio degli impianti nelle more dell'assegnazione. Anche in questo caso si prevedeva in origine che una quota pari almeno al 60% di tale canone aggiuntivo fosse destinato alle province e alle città metropolitane interessate, ma la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità anche di questa disposizione.

La determinazione del valore minimo della componente fissa del canone e del valore minimo del canone aggiuntivo era stata demandata ad un decreto del Ministro dello Sviluppo Economico (che avrebbe dovuto essere adottato entro il 12 agosto 2019), sentita l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA), nelle more dell'adozione del quale decreto le regioni possono determinare l'importo dei canoni in misura non inferiore a 30 euro per la componente fissa del canone ed a 20 euro per il canone aggiuntivo per ogni kW di potenza nominale media di concessione *per annum*.

## La normativa regionale: le iniziative maggiormente significative

# 2

Come ricordato più volte, l'articolo 11-*quater* del decreto-legge n. 135 del 2018 ha demandato alle regioni il compito di disciplinare termini, modalità e criteri per lo svolgimento delle procedure di assegnazione delle concessioni idroelettriche, nonché i requisiti di capacità finanziaria, organizzativa e tecnica adeguata all'oggetto della concessione richiesti ai partecipanti e i criteri di valutazione delle proposte progettuali. Ad oggi, ad essere tempestivamente intervenuti sulla materia sono state soltanto – in ordine di tempo – Lombardia, Veneto, Piemonte, Provincia Autonoma di Trento, Friuli-Venezia Giulia.

### 1. La legge lombarda

Per porre a confronto le diverse leggi regionali è bene partire da quella della Regione Lombardia<sup>29</sup>, peraltro già oggetto di impugnativa da parte del Governo dinanzi alla Corte costituzionale, la quale legge si distingue per completezza e livello di dettaglio.

Se da una parte – e in conformità con il dettato di cui all'ormai noto articolo 11-*quater* – si stabilisce che alla scadenza della

---

<sup>29</sup> Regione Lombardia, legge regionale 8 aprile 2020, n. 5.

concessione (o nei casi di revoca, rinuncia o decadenza) le opere bagnate passano in proprietà alla regione, dall'altra – e qui sta un elemento di novità – le medesime opere sono assunte al patrimonio indisponibile regionale e su di essi possono essere costituiti diritti reali di godimento verso terzi, ferme restando la destinazione d'uso e la concessione, oppure diritti reali a beneficio di enti o società regionali.

Per quanto concerne gli interventi di manutenzione necessari per la sicurezza, realizzati dal concessionario uscente fino al subentro dell'aggiudicatario, non è previsto il riconoscimento di alcun indennizzo all'uscente.

La legge lombarda impone al concessionario uscente di redigere, almeno cinque anni prima della scadenza della concessione, un "rapporto di fine concessione" – che funge da inventario delle opere realizzate e del loro stato – sottoposto al vaglio della regione.

Quanto all'assegnazione delle nuove concessioni, la legge della Regione Lombardia individua come ordinario il ricorso alla procedura ad evidenza pubblica. Al contempo, la giunta regionale è autorizzata a costituire società a capitale misto pubblico-privato, alle quali affidare la gestione di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico, e la regione può conferire – quale propria quota di capitale della società – tanto i proventi dei canoni introitati (per la sola componente fissa, in tutta o in parte), quanto le opere asciutte nel cui possesso sia

eventualmente subentrata al termine della concessione scaduta. In questo caso, l'assegnazione della concessione presuppone, poi, la selezione di un socio privato mediante procedura ad evidenza pubblica.

Le procedure di assegnazione in Lombardia devono seguire uno schema definito dalla stessa legge regionale in due fasi: una relativa alla pubblicazione del bando e alla presentazione delle istanze di partecipazione, un'altra relativa alla selezione e valutazione delle proposte e all'aggiudicazione, effettuate di un procedimento unico.

Nell'ambito di tale procedimento, tuttavia, il coinvolgimento di tutte le amministrazioni interessate (mediante la conferenza dei servizi) è previsto per le sole valutazioni tecnico-amministrative delle proposte e non anche per la loro selezione e/o aggiudicazione, in contrasto con la norma statale che depone in tal senso. Quanto ai canoni di concessione, la Lombardia determina la componente fissa in 35 euro per ogni kW di potenza nominale media annua di concessione, e la componente variabile in una percentuale ottenuta seguendo un complesso meccanismo di calcolo. Quanto alla quota del canone destinato *ex lege* alle province territorialmente interessate dalle derivazioni, la legge lombarda individua tale quota nel 60% del totale, che – a partire dal 2022 – aumenta all'80% (utilizzabile, fino a 500.000 euro, per spese correnti, il resto per investimenti), ferma la possibilità per la giunta regionale di assegnare quote ulteriori a quella predetta.

## 2. Le leggi di Piemonte e Friuli Venezia Giulia

I contenuti della legge della Regione Lombardia sono riprodotti, con molte analogie e talune differenze, nelle leggi adottate dal consiglio regionale del Piemonte<sup>30</sup> e dal consiglio regionale del Friuli-Venezia Giulia<sup>31</sup> in tema di grandi derivazioni ad uso idroelettrico. Ciò che emerge *ictu oculi* è l'esclusione, operata dalla legge piemontese, delle forme di partenariato pubblico-privato dal novero di possibili assegnatari delle concessioni, rimanendo invece l'ipotesi – anche qui considerata come ordinaria – degli operatori economici individuati mediante gara ad evidenza pubblica e quella delle società a capitale misto pubblico-privato. Conformemente al dettato dell'articolo 11-*quater* – e diversamente dall'omologa lombarda – tanto la legge piemontese quanto quella friulana prevedono che la valutazione e la selezione delle proposte progettuali presentate avvenga nell'ambito di un procedimento unico, a cui partecipano tutte le amministrazioni interessate (mediante la conferenza dei servizi). Quanto ai canoni concessori, il Piemonte e il Friuli-Venezia Giulia hanno deciso di demandare la determinazione della componente fissa e di quella variabile ad un regolamento della giunta. La legge del Friuli-Venezia Giulia, in particolare, destina il 100% dei canoni concessori introitati ai comuni e alle comunità di montagna interessati dalle derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico, ivi inclusi i canoni aggiuntivi (fissati a 40 euro per

---

<sup>30</sup> Regione Piemonte, legge regionale 29 ottobre 2020, n. 26.

<sup>31</sup> Regione Friuli-Venezia Giulia, legge regionale 6 novembre, n. 21.

KW) corrisposti dai concessionari uscenti nelle more delle nuove assegnazioni.

### 3. La legislazione veneta

Caso particolare è quello della Regione Veneto, la quale non ha in concreto esercitato l'ampia delega, attribuita dalla norma statale, a disciplinare l'assegnazione delle concessioni idroelettriche, limitandosi a dettare alcune precipue disposizioni transitorie. La legge della Regione Veneto<sup>32</sup>, infatti, stabilisce che – fino a nuova assegnazione – il concessionario è tenuto a realizzare le mitigazioni ambientali impartite dall'autorità concedente e a mantenere efficienti e funzionanti gli impianti. Nel caso di concessione pervenuta a scadenza, il concessionario uscente – fino a nuova assegnazione – è tenuto a corrispondere alla Regione Veneto un canone aggiuntivo pari a 20 euro per ogni KW di potenza nominale media di concessione, coerentemente con il dettato statale sul punto. Null'altro dice la legge veneta in tema di concessioni idroelettriche. Un futuro e più ampio intervento normativo è auspicabile, *a fortiori* dopo il recente rinnovo del consiglio e della giunta regionale, anche se – alla data di stampa del presente *paper* – non risulta presentata alcuna proposta di legge in tal senso.

---

<sup>32</sup> Regione Veneto, legge regionale 3 luglio 2020, n. 27.

#### 4. La Provincia Autonoma di Trento

Viene infine in considerazione la Provincia Autonoma di Trento, dove operano due fonti: da una parte, lo Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige<sup>33</sup>, modificato per adeguare le disposizioni sulle grandi concessioni idroelettriche alle novità introdotte dal decreto-legge n. 135 del 2018, dall'altra la legge di attuazione approvata dal consiglio della Provincia autonoma di Trento<sup>34</sup>, che va esaminata avendo presente che reca alcune disposizioni in materia di concessioni per grandi derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico, da ultimo modificate nel 2019 al fine di adeguarle all'intervento. È bene evidenziare che le norme statutarie riproducono, quasi testualmente, quelle contenute all'articolo 11-*quater* del decreto-legge n. 135 del 2018.

La legge provinciale in commento prevede tassativamente il ricorso alla procedura ristretta a evidenza pubblica, e riconosce alla provincia la possibilità di limitare il numero dei soggetti invitati a presentare un'offerta (in ogni caso non inferiore a 5), qualora lo richiedano la difficoltà o la complessità. Gli operatori economici che possono essere invitati a partecipare devono essere in possesso di alcuni requisiti di capacità tecnica e finanziaria che la legge provinciale disciplina in modo assai dettagliato, e che – ad avviso di chi scrive – costituiscono un

---

<sup>33</sup> Il riferimento è agli articoli 12 e 13 dello Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1972, n. 670. Le modifiche sono intervenute con l'articolo 1, comma 833, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018).

<sup>34</sup> Provincia Autonoma di Trento, legge provinciale 21 ottobre 2020, n. 9.

aggravio procedurale non indifferente a carico degli operatori, rispetto a quanto prescritto dalla norma di rango statale. Circa la durata della concessione, la legge trentina stabilisce che essa non può eccedere i 30 anni. Quanto agli oneri finanziari a carico del concessionario, si stabilisce che – per l'esercizio della derivazione – quest'ultimo deve annualmente alla provincia una somma, a titolo di compensazione ambientale, in misura non inferiore a 9 euro per ogni KW di potenza nominale media annua concessa. Per quanto concerne gli investimenti e gli interventi di manutenzione (ordinaria e straordinaria) realizzati dal concessionario in costanza della concessione, essi costituiscono beni della provincia autonoma, la quale non è tenuta alla corresponsione di alcun indennizzo. La legge trentina, in fine, prevede l'istituzione di un tavolo provinciale di confronto tra la provincia e i soggetti interessati dalle concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico per assicurare l'informazione e la partecipazione alla strategia per l'assegnazione e gestione delle medesime concessioni.

Alla data di chiusura di questo studio non risultano approvate altre leggi regionali, a parte quelle di cui si è dato conto fin qui, in materia di grandi concessioni idroelettriche, né tanto meno risultano in discussione presso i consigli regionali, in molti dei quali (ad esempio l'Emilia-Romagna) vecchie proposte di legge sono decadute per effetto del rinnovo dei consigli medesimi.



## Il difficile bilanciamento normativo tra Stato e Regioni

# 3

### 1. Il difficile incrocio di competenze

La regolazione delle concessioni idroelettriche sconta diversi problemi in ordine al riparto di competenze tra stato e regioni, in particolare all'indomani della riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione. Tali problemi nascono perlopiù dal fatto che la materia delle derivazioni per usi idroelettrici investe al contempo diverse competenze, talune esclusivamente statali, talaltre insieme statali e regionali, secondo il modello della potestà legislativa concorrente.

Le concessioni idroelettriche, infatti, afferiscono contemporaneamente alla materia della “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”, che l'articolo 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione attribuisce, in via esclusiva, alla potestà legislativa statale, e alla materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”, che – ai sensi del terzo comma del medesimo articolo 117 – compete alla potestà legislativa concorrente tra stato e regioni. A questi due ambiti se ne aggiunge un terzo, ineludibile, cioè quello della “tutela della concorrenza”, di competenza legislativa esclusiva dello stato (ex articolo 177, secondo comma, lettera e), della Costituzione).

## 2. La sentenza 1 del 2008 della Corte costituzionale

A definire il giusto equilibrio tra le diverse materie coinvolte e le potestà legislative statale e regionale ci ha pensato la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 1 del 2008<sup>35</sup>. In quest'ultima, la Corte – come anticipato nel paragrafo precedente – ha accolto (in parte) i ricorsi promossi da alcune regioni (Toscana, Piemonte, Campania, Emilia-Romagna e Friuli-Venezia Giulia), dichiarando l'illegittimità costituzionale della disposizione, contenuta nella legge finanziaria del 2006, che disponeva la proroga decennale delle concessioni di grandi derivazioni rispetto alle scadenze fissate dal “decreto Bersani” del 1999 per i concessionari che avessero effettuato congrui interventi di ammodernamento e/o potenziamento degli impianti e versato un canone aggiuntivo unico per i quattro anni successivi.

Le ricorrenti lamentavano una violazione della competenza legislativa concorrente spettante alle regioni in materia di “produzione, trasporto e distribuzione dell'energia”, dal momento che le disposizioni impugnate «avrebbero natura di dettaglio e regolerebbero in via unilaterale la materia, in totale

---

<sup>35</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 18 gennaio 2008; sul punto cfr. S. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in *Federalismi.it*, 2008, n. 9, reperibile online. – Per una disamina della giurisprudenza costituzionale antecedente alla riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione, cfr. M. DE FOCATIIS, *Le concessioni idroelettriche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: le ragioni della concorrenza e i tentativi di ripubblicizzazione del settore*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *op. cit.*, pp. 196-199.

assenza di strumenti concertativi e di coordinamento “orizzontale” volti ad assicurare la conciliazione tra le esigenze unitarie nazionali ed il governo autonomo del territorio». Del resto, come correttamente richiamato dalle regioni, la gestione del demanio idrico, a partire dal 1998, è attribuita alle regioni e agli enti locali competenti per territorio<sup>36</sup>. Così, la Corte ha dichiarato incostituzionale la proroga decennale perché si trattava di una norma di dettaglio e non era previsto alcun coinvolgimento delle regioni nell'esercizio della competenza.

### **3. La sentenza 205 del 2011 della Corte costituzionale**

Come visto in precedenza, il legislatore, per far fronte alla declaratoria di incostituzionalità del 2008, ha introdotto – nel 2010 – il sistema della c.d. “doppia proroga” che, per quanto previsto da norme cedevoli, ha comunque incontrato una nuova censura da parte della Corte costituzionale, nella sentenza n. 205 del 2011<sup>37</sup>.

Anche in questo caso, il giudice delle leggi ha ravvisato l'eccessivo grado di dettaglio della norma statale ed inoltre ha rilevato l'incoerenza delle disposizioni di proroga rispetto «ai principi generali, stabiliti dalla legislazione statale, della temporaneità delle concessioni e dell'apertura alla concorrenza,

---

<sup>36</sup> *Articoli 86 e 89 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 (c.d. "federalismo demaniale")*.

<sup>37</sup> *Corte costituzionale, sentenza n. 205 del 13 luglio 2011*.

contrastando con i principi comunitari in materia. In particolare – secondo la Corte – la “seconda” proroga di sette anni (concessa alle 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, [...] volte ad eliminare un ingiustificato *favor* riconosciuto a concessionari uscenti e/o aziende controllate da enti locali»<sup>38</sup>.

#### **4. La sentenza 339 del 2011 della Corte costituzionale**

Sempre rispetto al regime di proroghe introdotte con il decreto-legge n. 78 del 2010, la Regione Lombardia aveva deciso, nelle more di una definizione della stessa a livello statale, di disciplinare con propria legge la materia, con particolare riguardo per la procedura di gara.

La Corte costituzionale – con la sentenza n. 339 del 2011 – è intervenuta, questa volta a scapito dell'ente regionale, dichiarando l'illegittimità della disposizione regionale impugnata sostenendo che la disciplina delle procedure di gara ad evidenza pubblica «è riconducibile per intero alla tutela della concorrenza, con conseguente titolarità della potestà legislativa,

---

<sup>38</sup> *Ivi, considerato in diritto, par. 5.*

in via esclusiva, allo Stato»<sup>39</sup>. A nulla rileva, invero, la cedevolezza delle disposizioni impugnate, giacché «alle Regioni non spetta il potere di anticipare lo svolgimento delle gare rispetto alla definizione dei relativi criteri da parte dello Stato»<sup>40</sup>.

## 5. La sentenza 28 del 2014 della Corte costituzionale

Nel 2012 il legislatore statale è intervenuto nuovamente sul tema stabilendo – come visto *supra* – che, per le concessioni in scadenza dopo il 31 dicembre 2017, cinque anni prima delle scadenze stesse, le regioni e le province autonome avrebbero dovuto indire una gara ad evidenza pubblica per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per una durata compresa tra i 20 e i 30 anni.

Le Province autonome di Trento e Bolzano hanno impugnato tali disposizioni perché lesive della competenza legislativa provinciale in materia di concessioni di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, prevista dalle norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 339 del 22 dicembre 2011, considerato in diritto, par. 10.

<sup>40</sup> N. BASSI, *op. cit.*, in M. DE FOCATIUS, A. MAESTRONI (a cura di), *op.cit.*, p. 48.

<sup>41</sup> Decreto del Presidente della Repubblica 26 marzo 1977, n. 235, come modificato dal decreto legislativo 7 novembre 2006 n. 289.

In questo caso la Consulta non ha accolto le questioni di legittimità proposte, dichiarandole pertanto non fondate, perché le disposizioni impugnate – regolando le procedure di evidenza pubblica – «rientrano nella materia “tutela della concorrenza”, di competenza esclusiva dello Stato»<sup>42</sup>.

È evidente che, con le modifiche introdotte nel 2012, il legislatore statale sia riuscito ad avere la meglio sulle autonomie territoriali, anche grazie ad un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, sia in ordine alle motivazioni addotte, che agli effetti conseguenti<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 28 del 25 febbraio 2014, considerato in diritto, par. 4.2.

<sup>43</sup> N. BASSI, *op. cit.*, in M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di), *op. cit.*, p. 46, secondo il quale la sentenza n. 28 del 2014 costituisce «una sostanziale (ancorché non totale e, come detto, implicita) smentita di quelle che l'hanno preceduta».

## SINTESI DELLE COORDINATE FORNITE DALLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

<b>I</b>	<p>La materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” è di competenza legislativa concorrente</p> <p><b>QUINDI</b></p> <p>allo Stato è precluso porre norme dettagliate, tanto più senza un adeguato coinvolgimento delle Regioni;</p>
<b>II</b>	<p>La materia della “tutela dell'ambiente e dell'ecosistema” è devoluta alla competenza esclusiva dello Stato</p> <p><b>QUINDI</b></p> <p>nel disciplinare le concessioni idroelettriche il legislatore statale può disporre in ordine ai profili ambientali</p>
<b>III</b>	<p>La competenza della “tutela della concorrenza” è di competenza esclusiva dello Stato</p> <p><b>QUINDI</b></p> <p>la definizione, nel senso più ampio del termine, delle procedure di gara per l'assegnazione delle concessioni spetta allo Stato</p> <p><b>E</b></p> <p>la definizione di regole di gara valide su tutto il territorio nazionale è garanzia di uniformità.</p>
<b>IV</b>	<p>La materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” è di competenza legislativa concorrente</p> <p><b>QUINDI</b></p> <p>allo Stato è precluso porre norme dettagliate, tanto più senza un adeguato coinvolgimento delle Regioni;</p>

## 6. I nodi irrisolti

La disciplina ora vigente sulle concessioni idroelettriche, introdotta con il decreto-legge n. 135 del 2018, non si è posta come del tutto risolutiva rispetto ad alcune antiche problematiche di cui si è testé dato conto.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 135 del 2018, la Commissione europea ha prontamente inviato una lettera di costituzione in mora all'Italia<sup>44</sup>, complementare rispetto ad altre missive<sup>45</sup> inviate in precedenza e alla base della procedura di infrazione n. 2011/2026, tuttora non conclusa.

Nel 2011, infatti, la Commissione europea ha avviato la procedura citata, perché il regime di proroga delle concessioni in essere, a diverso titolo realizzato prima con il decreto-legge n. 78 del 2010 e poi con il decreto-legge n. 83 del 2012, si pone in contrasto con le disposizioni della direttiva sui servizi<sup>46</sup>. Pur trattandosi, quanto meno nell'ordinamento italiano, di provvedimenti concessori, per la Commissione le concessioni idroelettriche rilasciate in Italia si qualificano come autorizzazioni e, in particolare, come autorizzazioni “per attività

---

<sup>44</sup> Commissione europea, lettera di costituzione in mora C(2019) 1292 final dell'8 marzo 2019.

<sup>45</sup> Commissione europea, lettere di costituzione in mora SG(2011)D/3976 del 15 marzo 2011 e C(2013)6086 del 26 settembre 2013.

<sup>46</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. “direttiva Bolkenstein”).

caratterizzate dalla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili”. In quanto tali, l'articolo 12 della direttiva sui servizi impone agli Stati Membri l'espletamento di una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. Gli interventi normativi realizzati dal legislatore italiano nel 2010 e nel 2012 si pongono in contrasto con questo precetto, derivandone una limitazione del diritto di stabilimento di cui all'articolo 49 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

Ebbene: la disciplina da ultimo introdotta nel 2018 con il decreto n. 135 non risolve affatto questo problema, anzi – secondo la Commissione europea – il comportamento delle autorità italiane è censurabile dal momento che esse «hanno omesso di indire procedure di selezione trasparenti e imparziali per l'aggiudicazione delle concessioni idroelettriche e hanno imposto al concessionario subentrante l'obbligo di versare, per l'utilizzo di beni pertinenti, un indennizzo superiore al valore non ammortizzato di tali beni»<sup>47</sup>.

I rilievi mossi dalla Commissione europea sono stati fatti propri e riproposti dall'Autorità garante della concorrenza e del

---

<sup>47</sup> Commissione europea, lettera di costituzione in mora C(2019) 1292 final dell'8 marzo 2019, p. 16.

mercato (AGCM), nel parere<sup>48</sup> reso proprio sulla disciplina vigente, introdotta nel 2018, ed inviato nel settembre 2020 a Parlamento, Governo e Conferenza delle regioni. L'AGCM, se da una parte accoglie favorevolmente la devoluzione alle regioni delle competenze normative in materia di rilascio delle concessioni di grandi derivazioni<sup>49</sup>, realizzata con l'articolo 11-*quater* del decreto-legge n. 135 del 2018, dall'altra rileva la sussistenza di un *vulnus* anti-concorrenziale rappresentato dalle reiterate proroghe delle concessioni. Invero – secondo l'Autorità – le misure di liberalizzazione adottate a partire dal “decreto Bersani” del 1999 «hanno imposto all' ex monopolista (ENEL S.p.A.) esclusivamente un obbligo di parziale dismissione della sua capacità di generazione elettrica (compresa quella da fonte idrica) confermandolo, di conseguenza, nella titolarità di oltre l'85% delle concessioni rilasciate sull'intero territorio nazionale la cui scadenza è stata fissata, *ope legis*, al 1° aprile 2029, mentre, per le altre concessioni, tale scadenza era stata fissata originariamente al 31 dicembre 2010, termine ripetutamente prorogato, da ultimo, al 31 luglio 2024 e, con riguardo al territorio del Trentino Alto Adige, al 31 dicembre 2023».

---

<sup>48</sup> *Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), parere n. ASI696 del 3 settembre 2020.*

<sup>49</sup> *Secondo l'Autorità, infatti, tale devoluzione «rappresenta un'importante occasione per l'adozione di discipline indirizzate a rilanciare le attività di produzione idroelettrica, quale segmento di primaria importanza industriale nell'ambito della produzione energetica da fonte rinnovabile».*

Il rispetto del principio concorrenziale di temporaneità delle concessioni è dunque la chiave per superare tali storture. A tal fine, l'Autorità auspica che – nel dettare la disciplina di dettaglio – le regioni declinino chiaramente «i criteri economici (necessariamente legati all'effettivo recupero degli investimenti) e gli altri criteri eventualmente rilevanti e verificabili *ex ante*», e che esse conformino la loro azione legislativa ai principi di massima contendibilità delle concessioni idroelettriche.

Per le medesime ragioni, infine, l'AGCM confida nella scelta di procedure ad evidenza pubblica nell'assegnazione delle concessioni ed in una definizione attenta dei criteri, siano essi quelli per la quantificazione dei canoni concessori che quelli per l'ammissione alla procedura di assegnazione, onde evitare la creazione di «barriere all'accesso non necessarie né proporzionate alla selezione di un operatore selezionato» o di favorire impropriamente il concessionario uscente.

È evidente – e sul tema si tornerà in seguito – che i rilievi e gli auspici promossi dall'Autorità costituiscano l'ineludibile punto di partenza sia per la concreta attuazione della disciplina vigente da parte dei soggetti interessati (in primis le regioni e le province autonome), sia per qualunque riflessione di *policy* da condurre pro futuro.

## 7. La sentenza 155 del 2020 della Corte costituzionale

Analoga considerazione può farsi rispetto alla recentissima pronuncia della Corte costituzionale (la sentenza n. 155 del 2020<sup>50</sup>), la prima – cioè – avente ad oggetto la disciplina introdotta con il decreto-legge n. 135 del 2018.

La questione ha origine dal giudizio di legittimità costituzionale *de qua* promosso dalla Regione Toscana, la quale lamenta la violazione della potestà legislativa concorrente da parte dell'articolo 11-*quater* del decreto-legge n. 135 del 2018, nella parte in cui esso dispone che il canone di concessione delle grandi derivazioni idroelettriche ed il canone aggiuntivo corrisposti alle regioni, siano rispettivamente destinati – per almeno il (o per un importo non inferiore al) 60 per cento – alle province e alle città metropolitane il cui territorio sia interessato dalle medesime derivazioni.

Le disposizioni impugnate violerebbero, secondo la ricorrente, anche l'articolo 118 della Costituzione, perché priverebbero le regioni di una cospicua risorsa finanziaria, ostacolando il corretto esercizio delle funzioni amministrative assegnate alle regioni medesime nella materia in questione.

Ma non è tutto: sempre secondo la Regione Toscana sarebbe violato anche l'articolo 119, primo, secondo e quarto comma, della Costituzione, poiché l'introduzione di norme che riducono

---

<sup>50</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 155 del 21 luglio 2020.

le risorse finanziarie utilizzabili dalle regioni, con previsioni di dettaglio che esulano dalla formulazione di principi fondamentali della materia – relativamente a funzioni legislative e amministrative proprie delle regioni medesime – provocherebbero per dette regioni una limitazione dell'autonomia finanziaria di entrata e di spesa e pregiudicherebbero il criterio di adeguatezza delle risorse necessarie per l'esercizio delle funzioni indicate. La Corte ha ritenuto fondate le questioni poste rispetto a tutti i parametri e ha colto l'occasione per richiamare in rassegna tutta la sua giurisprudenza in materia di concessioni idroelettriche, a partire dalla sentenza n. 1 del 2008 di cui si è detto in precedenza.

Quanto, in particolare, al tema della quantificazione dei canoni concessori, la Corte – nel suo *excursus* – ha ricordato come esso sia riconducibile alla materia della “produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia” (di cui al terzo comma dell'articolo 117 della Costituzione), e quindi alla potestà legislativa concorrente, e non alla materia della “tutela della concorrenza” di competenza esclusiva statale, a cui è da ascrivere la sola «definizione dei “criteri generali” che debbono poi essere seguiti dalle Regioni al momento di stabilire la misura dei canoni»<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> A tal riguardo la Corte richiama tre sue recenti pronunce: la sentenza n. 158 del 7 luglio 2016 (su cui cfr. C. MAINARDIS, *Canoni idroelettrici e riparto di competenze: l'inerzia statale non (sempre) paralizza l'attività regionale*, in *Le Regioni*, 2017, n. 1-2, pp. 181-187); la sentenza n. 59 del 24 marzo 2017 e la sentenza n. 119 del 16 maggio 2019.

Le regioni, infatti, ha ribadito la Corte, «salvo l'onere di adeguarsi a quanto verrà stabilito dallo Stato, hanno attualmente titolo, nell'ambito della propria competenza, [...], a determinare i canoni idroelettrici», purché nel rispetto dei «principi fondamentali della onerosità, della concessione e della proporzionalità del canone alla entità dello sfruttamento della risorsa pubblica e all'utilità economica che il concessionario ne ricava».

In tale contesto, le disposizioni impugnate appaiono agli occhi del giudice delle leggi «dissonanti, proprio perché connotate da un grado di pervasività e di dettaglio incompatibile, sia con il livello di principio cui si mantiene il resto della disciplina relativa ai canoni, sia con la materia nel caso di specie conferente». Ne deriva che tali disposizioni finiscono per essere «specifiche circa il *quantum* da destinare alle province e alle città metropolitane, per fini generali di finanziamento» e dalla loro applicazione «risulterebbero più che dimezzati gli introiti derivanti dalle concessioni in esame», a detrimento della finanza regionale, a nulla rilevando che la disposizione impugnata si riferisca ad una percentuale minima.

La Corte, pertanto, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, disvelandone la loro natura: «uno specifico vincolo, quantitativamente determinato, su entrate di spettanza regionale, che non può che ridurre fortemente la capacità regionale di esercitare correttamente le corrispondenti

funzioni amministrative, e che dispone la destinazione maggioritaria delle risorse medesime al finanziamento di enti locali privi di funzioni sulle grandi derivazioni idroelettriche, e il cui territorio è solo genericamente interessato da queste ultime».



## Le concessioni idroelettriche in Europa: un'analisi comparata

# 4

### 1. Quadro generale: il continente europeo

Una disamina approfondita sulle concessioni idroelettriche non può prescindere da un'analisi comparata dei regimi cui l'energia idroelettrica è sottoposta in altri paesi europei. Prima di addentrarsi in tale analisi è bene richiamare alcuni dati di contesto.

Stando agli ultimi dati disponibili<sup>52</sup>, riferiti all'anno 2019, in Europa<sup>53</sup> risultano installati impianti idroelettrici per una capacità pari a circa 251 GW (o, per equivalente, 251.405 MW), di cui 682 MW di capacità installati nel 2019. Tali impianti sono in grado di generare energia pari a 653 TWh.

Primo paese a livello europeo per capacità installata è la Norvegia (32.671 MW), seguita dalla Turchia (28.503 MW) e dalla Francia (25.557 MW); in quarta posizione l'Italia con 22.593 MW. Dei 251 GW di capacità totale, 150 GW sono installati nei 25 Stati membri dell'Unione europea presi in considerazione (ovverosia poco meno del 60% sul totale).

---

<sup>52</sup> *International Hydropower Association, Hydropower Status Report 2020, Londra, 2020, reperibile online.*

<sup>53</sup> *Considerati 43 stati nazionali presenti in Europa, di cui 25 membri dell'Unione europea (rimangono esclusi per l'assenza di impianti idroelettrici Cipro e Malta).*

#	<i>Paese</i>	<i>UE</i>	<i>Totale capacità installata (MW)</i>
1	Norvegia		32.671
2	Turchia		28.503
3	Francia	*	25.557
4	<b>Italia</b>	*	<b>22.593</b>
5	Spagna	*	20.414
6	Svizzera		16.863
7	Svezia	*	16.478
8	Austria	*	14.545
9	Germania	*	11.022
10	Portogallo	*	7.193

Tab. 1. *Classifica dei primi 10 paesi europei per capacità degli impianti idroelettrici. Evidenziati i 7 paesi considerati nell'analisi comparata (Italia inclusa).*

## 2. Analisi comparata all'interno dell'UE

Ai fini della nostra analisi comparata è necessario prendere in considerazione i soli paesi appartenenti all'Unione europea, dato che il *framework* normativo in cui operano è il medesimo, e tra di essi soltanto alcuni: per praticità si considerano i primi 6 Stati Membri dell'Unione europea per capacità degli impianti idroelettrici (in ordine: Francia, Spagna, Svezia, Austria, Germania, Portogallo), cui si aggiunge ovviamente l'Italia.

Vale la pena di segnalare, in via preliminare, che dei 7 paesi considerati ai fini dell'analisi comparata, 6 sono al momento

sottoposti a procedura d'infrazione, ancorché allo stato embrionale, da parte della Commissione europea. Il riferimento, in particolare, è al blocco di lettere di messa in mora che la stessa Commissione ha inviato il 7 marzo 2019<sup>54</sup> a:

- Austria, Germania e Svezia, per aver concesso nuove autorizzazioni per la costruzione e la gestione di impianti idroelettrici senza far ricorso a procedure di selezione trasparenti e imparziali;
- Francia e Portogallo, per aver autorizzato il rinnovo o la proroga di alcune concessioni idroelettriche senza il ricorso a gare d'appalto;
- Italia<sup>55</sup>, per aver organizzato procedure di selezione trasparenti e imparziali per la nuova attribuzione delle autorizzazioni scadute nel settore idroelettrico.

Tale osservazione preliminare appare necessaria per rendere il lettore edotto del fatto che nessuna disciplina nazionale – eccezion fatta per quella spagnola – è del tutto priva di profili di contrarietà al diritto dell'Unione europea, seppur per ragioni diverse.

---

<sup>54</sup> Cfr. il comunicato stampa della Commissione europea del 7 marzo 2019, reperibile online.

<sup>55</sup> V. *amplius* § 5.

Ai fini dell'analisi comparata, si considerano quattro variabili:

- la soglia che distingue tra grandi e piccole derivazioni d'acqua;
- il regime cui sono sottoposte le derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico;
- gli enti coinvolti;
- la durata dell'autorizzazione / concessione.

**Le soglie.** Per quanto concerne la soglia, essa va intesa dal punto di vista giuridico e non tecnico<sup>56</sup> ed ha una duplice rilevanza:

- interna, perché è il parametro impiegato da ciascuno stato per distinguere le diverse derivazioni in fatto di potenza annuale media, con le comprensibili ripercussioni in termini di regime giuridico adottato, enti coinvolti e durata;
- esterna, perché è un importante discrimine fra i diversi paesi considerati ai fini dell'analisi comparata, con effetti sulla concorrenzialità di ciascun regime nazionale.

---

<sup>56</sup> Non vi è sempre una piena corrispondenza tra la soglia individuata a livello internazionale per distinguere tra grandi e piccole derivazioni d'acqua in ragione della loro potenza, e la soglia individuata dalle legislazioni nazionali per stabilire la disciplina regolatoria da applicare. Con riguardo per l'Italia, stando al World Small Hydropower Development Report 2019 elaborato dalle Nazioni Unite, piccole derivazioni sono quelle con potenza annuale media inferiore ai 10 MW, ma – come si è visto – la legislazione italiana considera piccole derivazioni quelle con potenza inferiore ai 3 MW, con la conseguenza che al di sopra di quella soglia si applicano delle specifiche regole.

In Italia, come descritto ampiamente sopra, la soglia è fissata in 3 MW, al di sopra della quale si parla di grandi derivazioni d'acqua, diversamente trattasi di piccole derivazioni. Gli altri Stati considerati hanno tutti fissato soglie diverse: dalla Germania che ha fissato 1 MW come soglia, passando per la Francia con 4.5 MW e la Spagna con 5 MW, fino ad arrivare al Portogallo che ha fissato a 10 MW la potenza annuale media al di sopra della quale si può parlare di grandi derivazioni. In Austria si distingue tra piccole (fino a 10 MW), medie (da 10 a 15 MW) e grandi (sopra i 15 MW) derivazioni d'acqua.

**Regime concessorio vs autorizzatorio.** Dal punto di vista del regime cui sono sottoposte le derivazioni d'acqua, nei casi considerati è quasi del tutto prevalente l'istituto concessorio, con l'eccezione di Austria e Germania, dove è impiegata l'autorizzazione.

### FOCUS

*L'autorizzazione è quel provvedimento con cui l'amministrazione «rimuove i limiti che, per motivi di pubblico interesse, sono posti in via generale ed astratta dalla legge all'esercizio di una preesistente situazione giuridica soggettiva».*

*A differenza della concessione, nel caso dell'autorizzazione non si ha un effetto ampliativo della sfera giuridica del soggetto privato, nel senso che a quest'ultimo non sono attribuiti diritti o utilità nuovi, dal momento che tali diritti sono già esistenti in capo al soggetto privato e l'autorizzazione ne "abilita" l'esercizio.*

La legislazione austriaca in materia parla unicamente di autorizzazione (*Bewilligung*), mentre quella tedesca distingue tra permesso (*Erlaubnis*) e autorizzazione (*Bewilligung*). Entrambi gli istituti previsti nell'ordinamento tedesco sono riconducibili al potere autorizzatorio dell'amministrazione procedente, ma con la differenza – sancita dalla legge tedesca sulle risorse idriche<sup>57</sup> – che il permesso attribuisce la facoltà di utilizzo di uno specchio d'acqua, mentre l'autorizzazione attribuisce il diritto all'utilizzo del medesimo specchio; mentre il primo è revocabile *ad nutum*, la seconda può essere revocata solo in circostanze eccezionali. In Francia, invece, convivono i due istituti (concessione e autorizzazione), con un discrimine basato sulla tipologia di derivazione d'acqua: le piccole derivazioni d'acqua sono soggette ad autorizzazione, mentre le grandi derivazioni – cioè, come detto, quelle con potenza superiore a 4.5 MW – sono soggette a concessione.

**Enti coinvolti.** Quali sono i soggetti istituzionali coinvolti nei procedimenti concessori e/o autorizzatori che hanno luogo nei 7 stati considerati?

Come visto, in Italia il compito di disciplinare in dettaglio le modalità e le procedure di assegnazione delle grandi concessioni idroelettriche, nonché il loro effettivo svolgimento, è totalmente

---

<sup>57</sup> Legge sull'organizzazione delle risorse idriche (*Wasserhaushaltgesetz*) del 31 luglio 2009, § 10.

in capo alle regioni, fermi restando alcuni principi comuni stabiliti da una norma statale. In termini analoghi, in Germania tali compiti sono attribuiti ai circondari (*Landkreis*), grosso modo corrispondenti alle province italiane, che si occupano principalmente di servizi o lavori pubblici riguardanti più comuni di piccole dimensioni. In Spagna, invece, alle comunità autonome è devoluta la competenza per il rilascio delle sole concessioni per le piccole derivazioni idroelettriche, ovverosia quelle che – secondo la legislazione spagnola – hanno una potenza annuale media inferiore ai 5 MW. Per gli impianti di potenza superiore, invece, è competente il Ministero dell'agricoltura, della pesca e dell'alimentazione. Un altro sistema, più articolato, che vede il coinvolgimento dei livelli sub-statali è quello austriaco. Qui, infatti, agli stati federati (*Land*) è attribuita una competenza generale su tutti gli impianti, eccezione fatta per quelli con potenza inferiore a 500 KW di competenza dei distretti politici (*Politische Bezirke*) e di quelli transfrontalieri o di quelli che insistono sul Danubio devoluti alla competenza statale.

Quanto alla Francia, il riparto di competenze opera su una soglia molto più elevata, fissata a 100 MW, sotto la quale è competente il prefetto di ciascun dipartimento, quale rappresentante del governo centrale francese. Per gli impianti di maggior potenza, la competenza a rilasciare i provvedimenti concessori è del Ministero dell'energia. È bene segnalare come i livelli sub-statali francesi (regioni, dipartimenti) non hanno alcuna potestà a

disciplinare normativamente le concessioni idroelettriche, essendo le regole comuni a tutti i dipartimenti e fissate dal governo centrale. Anche in Portogallo la disciplina è di rango statale, ma il rilascio delle concessioni è a cura delle autorità regionali di bacino (*Administração da Região Hidrográfica*), ad esclusione delle concessioni che riguardano le “dighe ad alto potenziale idroelettrico”, individuate in un apposito programma del 2007<sup>58</sup>, rilasciate dal governo centrale portoghese. Peculiare è, in fine, il caso della Svezia, dove a regole generali fissate a livello statale, si aggiunge una disciplina di dettaglio dettata dai comuni, che hanno espressa competenza normativa in materia di gestione delle acque e di energia. La peculiarità sta nel fatto che la competenza al rilascio delle concessioni idroelettriche è attribuita ad un organo giurisdizionale, cioè ai cinque Tribunali regionali per il territorio e l'ambiente.

**La durata e gli effetti della scadenza.** Quanto alla durata delle concessioni/autorizzazioni, la situazione rispetto ai sette casi considerati è particolarmente variegata.

In Italia, come detto, la durata delle nuove concessioni dev'essere compresa tra i 20 e i 40 anni, incrementabile dalle regioni fino ad un massimo di 10 anni, in ragione della complessità del progetto proposto e dell'entità degli investimenti. Una durata simile è

---

<sup>58</sup> *Programa Nacional de Barragens com Elevado Potencial Hidroeléctrico (PNBEPH).*

prevista dal sistema tedesco, che fissa a 30 anni la durata massima dell'autorizzazione, che può essere rinnovata al titolare uscente se questi ne fa richiesta o si procede mediante gara pubblica. Gli altri paesi considerati hanno tutti fissato un termine di durata ben più lungo, pari a 75 anni in Francia, Spagna e Portogallo, a 90 anni in Austria, fino ad arrivare alla Svezia in cui le concessioni idroelettriche non hanno un tempo massimo di durata. La legislazione spagnola prevede che le concessioni possano essere prorogate per ulteriori 10 anni nel caso di investimenti rilevanti fatti in prossimità della scadenza; tuttavia, l'*Audiencia Nacional* (tribunale spagnolo che ha competenza in materia) ha recentemente stabilito che quella di 75 anni è «una durata massima non prorogabile», che comporta per le imprese l'obbligo di risarcire lo stato per i rendimenti ottenuti durante il periodo successivo allo scadere della concessione<sup>59</sup>. In Austria, allo scadere dell'autorizzazione, il titolare della medesima può chiedere il rinnovo non prima di cinque anni e non oltre sei mesi prima della scadenza del periodo di autorizzazione, e – se la richiesta è presentata in tempo utile – il soggetto già autorizzato «ha il diritto di ottenere nuovamente il diritto, a condizione che gli interessi pubblici non siano di ostacolo e l'acqua sia utilizzata secondo lo stato dell'arte»<sup>60</sup>. Diversamente, lo stato austriaco subentra gratuitamente nel possesso delle opere. Per quanto riguarda la

---

<sup>59</sup> *Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso, sentenza del 28 febbraio 2020, SAN 585/2020.*

<sup>60</sup> *Legge sui diritti dell'acqua (Wasserrechtsgesetz) del 1959, § 21.*

Francia, la legislazione prevede che al termine della concessione si proceda all'indizione di una gara ad evidenza pubblica. Fino al 2008, il sistema francese riconosceva una preferenza al concessionario uscente, poi rimossa perché ritenuta in contrasto col diritto dell'Unione europea dalla Commissione europea.

<b>SINTESI DEI 7 PAESI UE</b>				
<b>Paese</b>	<b>Soglia</b>	<b>Regime</b>	<b>Autorità</b>	<b>Durata</b>
<b>Italia</b>	3 MW	Concessione	Regioni	20-40 anni
<b>Francia</b>	4.5 MW	Autorizzazione (<4.5MW) Concessione (>4.5MW)	Dipartimenti <100MW Ministero >100MW	<75 anni
<b>Spagna</b>	5 MW	Concessione	Comunità autonome <5MW Ministero >5MW	<75 anni
<b>Svezia</b>	1.5 MW	Concessione	Tribunali regionali per il territorio e l'ambiente	-----
<b>Austria</b>	<10 MW (piccole) <15 MW (medie)	Autorizzazione	Stati federati Distretti politici <500KW Stato centrale (impianti sul Danubio o transfrontalieri)	<90 anni
<b>Germania</b>	1 MW	Autorizzazione	Circondari	<30 anni
<b>Portogallo</b>	10 MW	Concessione	Autorità regionali di bacino	<75 anni

## Le proposte. Soluzioni possibili e soluzioni auspicabili

# 5

Alla luce della disamina condotta fin qui, è evidente che l'intero quadro regolatorio relativo alle concessioni idroelettriche necessita di interventi normativi volti a superare alcune criticità sedimentatesi negli ultimi tempi. È opportuno, cioè, provare ad elaborare alcune proposte la cui realizzazione sia in un tempo possibile, in un altro auspicabile.

A tal fine, distinguiamo soluzioni di breve periodo, realizzabili con degli interventi normativi “ordinari”, rispetto alle quali costruire il necessario consenso è indubbiamente più semplice, e soluzioni di medio-lungo periodo, che incidono in maniera più profonda nell'ordinamento giuridico e presuppongono il contributo di attori istituzionali operanti su più livelli.

Il principale problema emerso, attraverso l'analisi normativa e giurisprudenziale fatta, è quello di una schizofrenia regolatoria, data dal moltiplicarsi di novelle legislative intervenute a distanza di poco tempo l'una dall'altra (sovente quale risposta “nazionale” a osservazioni formulate in sede europea) e dal successivo apporto normativo, tutt'altro che omogeneo, dato dalle regioni. Da qui è risultato un ampio contenzioso fra i diversi livelli di governo, ivi compresi quelli europei, a totale

detrimento della certezza del diritto per gli operatori economici e per tutti i soggetti indirettamente interessati.

Ecco perché una prima soluzione volta a prevenire la conflittualità endemica tra i vari livelli di governo, attuabile nel breve periodo, è quella di istituire un vero e proprio “tavolo permanente” di confronto in materia di concessioni idroelettriche, non limitato ai soli rappresentanti istituzionali (i Ministeri competenti per materia in rappresentanza del governo e gli omologhi assessorati regionali), bensì esteso alle associazioni di categoria maggiormente rappresentative del settore. L'idea è quella di dare vita ad una sede permanente di concertazione preventiva, diversa e più informale (ma non meno ufficiale) da quella “canonica” della Conferenza Stato-Regioni, in cui le istanze di tutti i soggetti e territori interessati siano adeguatamente discusse e valorizzate, così da prevenire il successivo contenzioso e puntare quanto più possibile all'omogeneità regolatoria. Tale proposta scaturisce dal modello della Conferenza Finanza Pubblica e della Conferenza Sessione Europea, già in essere in seno alla Conferenza Stato-Regioni, incaricate di fornire pareri di rispettiva competenza.

Ecco perché si potrebbe valutare l'ipotesi della formazione di una apposita Conferenza con competenza settoriale in grado di esaminare in via preliminare tanto le iniziative legislative di livello nazionale, quanto di livello regionale al fine di fornire un parere motivato su eventuali profili di criticità (con particolare

riferimento a conflitto di competenze), senza che venga intaccata la potestà normativa dei livelli di governo interessati.

Il tema dell'omogeneità è strettamente interrelato alla seconda soluzione di breve periodo, di carattere senz'altro più formale, che opera quale preconditione essenziale per ogni ragionamento futuro: la semplificazione normativa. Come si è dato modo di vedere, a partire dal dopoguerra, si è creata – a livello statale – una vera e propria stratificazione normativa, senza che fosse compiuta la necessaria opera di raccordo tra le norme. A ciò si aggiunge il fatto che molte delle disposizioni in tema di concessioni idroelettriche risiedono nel testo unico delle acque pubbliche, risalente addirittura al 1933, di volta in volta novellato secondo le esigenze, ma mai del tutto superato. Nondimeno, la prassi consolidatasi di intervenire ogni volta sulla materia idroelettrica all'interno di più ampi decreti-legge o manovre di bilancio non permette di effettuare una riflessione organica e adeguata, costretta com'è negli spazi – sempre più angusti – del dibattito parlamentare ridotto ai minimi termini dal ricorso a questioni di fiducia e maxi-emendamenti. Occorrerebbe quindi mettere in cantiere un'opera di codificazione e conseguente delegificazione che permetta di unificare e rendere omogeneo il quadro normativo di settore.

Ragionando, invece, su un orizzonte temporale di medio-lungo termine, la soluzione – a nostro parere – non può che essere quella di un totale ripensamento delle competenze legislative

sull'energia ripartite tra stato e regioni. *Sic stantibus rebus*, le concessioni idroelettriche investono almeno tre profili: concorrenza, ambiente, energia. La definizione delle procedure di assegnazione delle concessioni rientra, infatti, nella "tutela della concorrenza", attribuita alla competenza esclusiva dello Stato; le questioni ambientali afferiscono alla "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema", anch'essa di competenza esclusiva dello Stato; infine i profili energetici, senz'altro prevalenti sul punto, sono compresi nella "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia", la quale è materia concorrente tra Stato e regioni.

La giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V della Costituzione, come si è visto, ha provato a fare ordine tra i diversi ambiti di competenza interessati, i cui contorni sono spesso talmente sfumati da essere indistinguibili. Ecco perché risulta necessaria una riforma del riparto di cui all'articolo 117 della Costituzione, con il trasferimento della materia "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" alla competenza esclusiva dello Stato. Tale soluzione non risulta motivata da uno spirito centralista e dal sapore retrogrado, ma da una presa d'atto che da un lato la "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" sia un comparto eccessivamente ampio, strategico ed economicamente troppo rilevante nel Paese per rimanere appeso al limbo della "zona grigia delle competenze", com'è quella concorrente vigente nell'attuale Titolo V; dall'altra che – proprio

in virtù delle potenzialità in termini di entrate, indotto economico diretto e indiretto, oltre che occupazionale del settore idroelettrico – la gestione del medesimo richiede in capo all'amministrazione incaricata un baglio di struttura, organizzazione e competenze che solo poche regioni in Italia posseggono.

Questa non può che essere una soluzione di medio-lungo termine, in ragione del procedimento aggravato di revisione previsto dalla Costituzione, oltre che di una storica ritrosia della classe politico-parlamentare a modificarne il dettato. Proprio, considerando le lungaggini del procedimento aggravato di stampo costituzionale, si potrebbe auspicare - quale soluzione di transizione, da applicarsi nelle more della revisione del Titolo V - un intervento normativo ordinario da parte dello stato volto a fornire un quadro di maggiore omogeneità alla legislazione di rango nazionale e regionale in materia di concessioni idroelettriche. Naturalmente, tale intervento sarebbe da configurarsi nell'ambito del potere sostitutivo previsto dal secondo comma dell'articolo 120 della Costituzione e dovrebbe essere motivato da comprovate ragioni di interesse nazionale e dal perseguimento di un'esigenza unitaria dell'ordinamento, che solo l'esecutivo può soddisfare, in un settore, quale quello energetico, che rientra chiaramente tra i settori di rilevanza strategica per il Paese, oltre ad essere al centro degli obiettivi di transizione energetica e sostenibilità posti come priorità da ultimo nel quadro di misure da promuovere nell'ambito degli

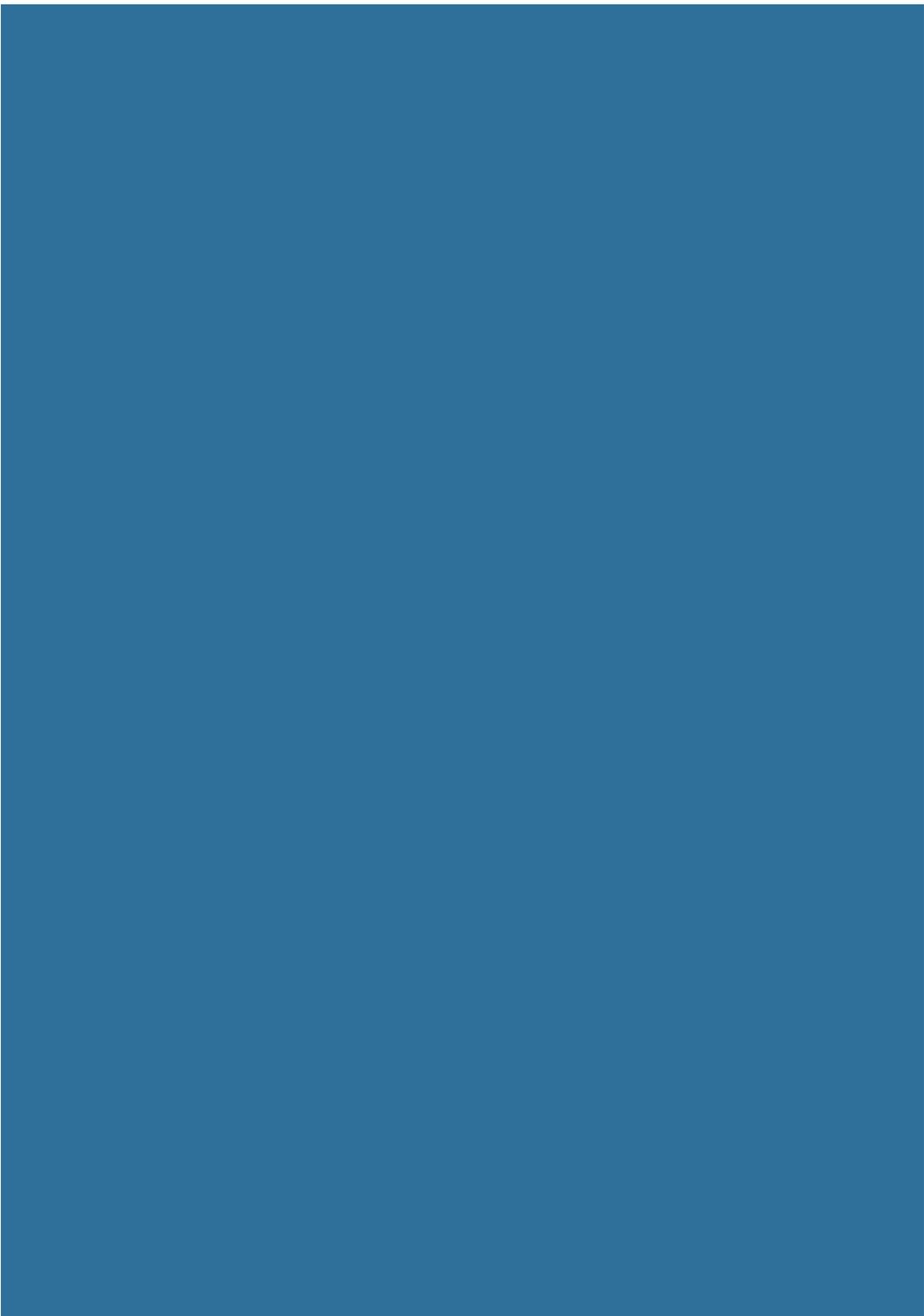
interventi straordinari del *Next Generation EU* e del *Recovery Plan*. Per inciso, l'ipotesi di ricondurre esplicitamente le grandi derivazioni d'acqua tra gli attivi di rilevanza strategica potrebbe rivelarsi funzionale ad una maggiore tutela delle medesime, oltre che all'attivazione delle iniziative di livello statale di coordinamento normativo in questa sede trattate.

Occorre, però, in questa sede anche ricordare che tale intervento sostitutivo può essere attivato soltanto dopo aver esperito quanto prescritto dalla legge di attuazione (art. 8, l. 131/2003). Inoltre, il dettato del suddetto articolo 120 Cost., stabilisce che la *"legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione"*, riportando così l'accento sulla c.d. sussidiarietà verticale. Tale principio di sussidiarietà, come messo in luce da una gran parte della dottrina, dovrebbe tradursi in uno strumento di tutela delle prerogative degli enti territoriali, cui si coniuga il principio cooperativo che, a sua volta, dovrebbe mirare alla definizione partecipata - fra ente sostituito ed ente sostituto - delle misure sostitutive stesse. Proprio alla luce di tale interpretazione prevalente del dettato costituzionale potrebbe essere presa in considerazione l'ipotesi - illustrata in precedenza - dell'istituzione di un tavolo permanente di consultazione tra lo stato e le regioni, che rappresenti il luogo in cui esercitare la leale collaborazione e la definizione partecipata delle misure sostitutive volte all'uniformità dell'ordinamento in materia.

C'è, infine, un'ultima questione da affrontare, cioè la mancanza di omogeneità normativa a livello europeo. L'analisi comparata ha evidenziato l'attitudine degli Stati Membri dell'Unione europea a fare di testa propria. La conseguenza è un ampio e costante contenzioso con la Commissione europea, che non ha risparmiato (e non risparmia tutt'ora) praticamente nessuno degli stati considerati, i quali sembrano comunque fare “orecchio da mercante”, con la sola eccezione – *incredibile dictu* – dell'Italia, che anzi ha sempre cercato di conformarsi, seppur talvolta maldestramente, ai rilievi mossi in sede europea. Da qui la necessità di costituire, in prospettiva futura, un *framework* normativo a livello europeo sulle grandi concessioni idroelettriche, quale base giuridica di partenza per le relative discipline nazionali e, soprattutto, quale garanzia di effettiva concorrenza tra gli operatori. A livello europeo ci sono due questioni giuridiche non di poco conto: la prima riguarda il fatto che la gestione di centrali idroelettriche sia qualificata come un “servizio fornito dietro retribuzione” ai sensi della Direttiva sui servizi 2006/123/CE (c.d. “direttiva Bolkenstein”). Tale qualificazione, alla luce della tradizione giuridica italiana, appare tutt'altro che conferente, perché non tiene conto del fatto che l'oggetto principale della concessione è un bene demaniale (ovverosia l'acqua) e non un servizio, ancorché di pubblico interesse. La seconda questione riguarda invece il fatto che il legislatore europeo, probabilmente risentendo della tradizione giuridica anglosassone, non distingue tra “concessione” e

“autorizzazione”, trattando i due istituti giuridici come equivalenti (se non addirittura sinonimici). Le due questioni testé richiamate si riverberano tanto sulla Commissione europea, che “vigila” sull'osservanza del diritto europeo, quanto sulle singole discipline nazionali, la cui sistematica precarietà inficia la stabilità dei rapporti tra le amministrazioni precedenti, gli operatori economici, ponendo in forte discussione – conseguentemente alla presenza di condizioni di partenza differenti tanto nella forma, quanto nella sostanza – il principio di concorrenza nel settore idroelettrico tra gli operatori siti nei diversi Paesi Membri.

Appendice I.  
La natura della concessione amministrativa e  
l'evoluzione dottrina



## DEFINIZIONE

Da un punto di vista concettuale, la “concessione” – secondo l'ormai celebre definizione elaborata da Guido Zanobini – è quell'atto che produce l'effetto «di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica»<sup>1</sup>. Nel rapporto concessorio vi è dunque un concedente, cioè la pubblica amministrazione, «titolare di beni, di attività, ovvero di poteri esclusivi»<sup>2</sup>, ed un concessionario, ammesso al godimento di tali beni, «non suscettibili di formare oggetto di atti di autonomia privata»<sup>3</sup>.

## LA DOTTRINA IN SINTESI

Le posizioni dottrinali relative alla natura della concessione possono essere riassunte secondo tre diverse ricostruzioni, ciascuna delle quali sviluppatesi in un preciso periodo storico<sup>4</sup>, a seconda del prevalere di un'impostazione più privatistica o più pubblicistica.

**Epoca privatistica.** Una prima ricostruzione, risalente al periodo antecedente all'unificazione del Regno d'Italia e attestatasi anche nei primi decenni dello Stato unitario, vedeva la concessione amministrativa nei termini di un contratto di diritto privato, in cui i due contraenti (l'amministrazione e il privato) sono posti in una posizione paritaria di collaborazione.

**Epoca pubblicistico-autoritativa.** A partire dagli anni '80 dell'Ottocento, si impose una ricostruzione provvedimentale<sup>5</sup> della concessione, che privilegiava la figura dello «Stato-autorità, che opera nell'ordinamento secondo moduli unilaterali ed imperativi»<sup>6</sup>. Secondo questa ricostruzione, il rapporto concessorio discenderebbe da un atto autoritativo unilaterale

dell'amministrazione, rispetto al quale il privato non presta un vero e proprio consenso, potendo soltanto aderire, conferendo efficacia all'atto stesso<sup>7</sup>. La concessione assume così la forma di «un istituto pubblicistico con funzione organizzativa a contenuto parzialmente negoziale»<sup>8</sup>. La ricostruzione provvedimentale della concessione, tuttavia, appariva troppo sbilanciata a favore della discrezionalità amministrativa ed i profili economico-patrimoniali del rapporto non sembravano adeguatamente valorizzati. Da qui la necessità di una nuova ricostruzione, elaborata dalla Corte di Cassazione di Roma nel 1910, che costituisse una sorta di sintesi tra le due posizioni contrapposte di cui si è detto dianzi.

**La concessione-contratto.** Tale sintesi è rappresentata dalla teoria della c.d. "concessione-contratto", secondo la quale il rapporto concessorio trae origine da due atti distinti, uno unilaterale, di natura provvedimentale, che dà vita al rapporto concessorio, ed un altro, di natura contrattuale (c.d. contratto accessivo al provvedimento<sup>9</sup>), che regola il medesimo rapporto. Trattasi, dunque, di due «negozi distinti che si congiungono»<sup>10</sup>, con «appropriazione dell'una volontà per opera dell'altra, e viceversa»<sup>11</sup>; detto altrimenti: «la dichiarazione di volontà della pubblica amministrazione e quella del privato, pur essendo autonome ed assoggettate a regimi giuridici diversi, si presuppongono mutuamente e concorrono entrambe alla costituzione del rapporto»<sup>12</sup>. Quella espressa dalla Cassazione è una concezione bifasica, nel senso che il procedimento con cui si perfeziona la concessione-contratto è articolato in due fasi: una provvedimentale, che si caratterizza per una connotazione pubblicistica, e una conclusiva negoziale, avente una connotazione privatistica<sup>13</sup>. Ai due distinti atti corrispondono pertanto due distinte

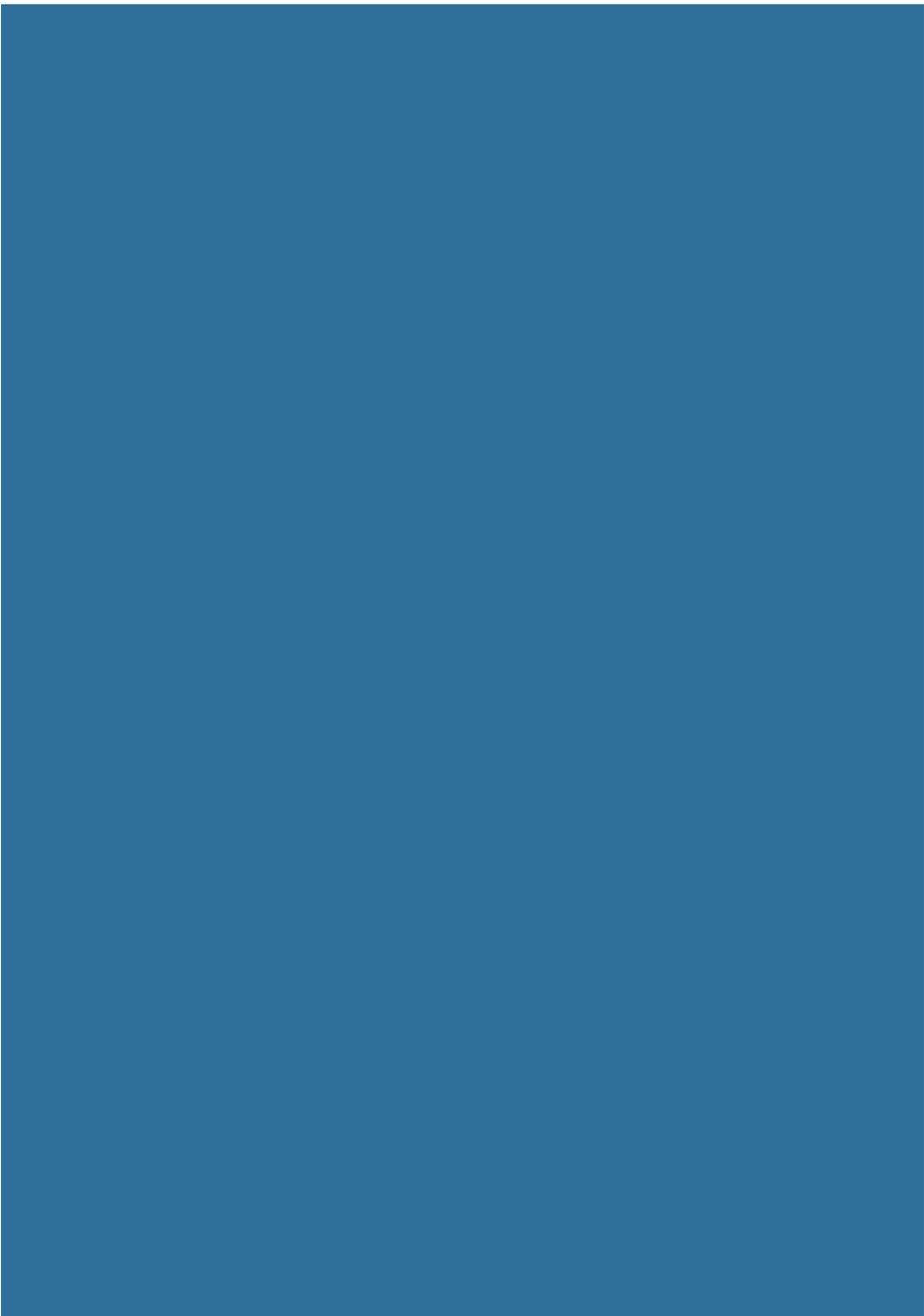
giurisdizioni: quella amministrativa per quanto concerne il provvedimento amministrativo di concessione, essendo il concedente titolare di un interesse legittimo, e quella ordinaria per quanto concerne il contratto accessivo al provvedimento, essendo il concessionario titolare di un diritto soggettivo<sup>14</sup>. Nel corso del tempo la teoria della concessione-contratto è stata oggetto di numerose critiche dottrinali<sup>15</sup>, soprattutto in relazione alla difficoltà di delimitare i confini dei poteri dell'amministrazione, ed è rimasta a lungo prevalente nella giurisprudenza, salvo poi essere più recentemente superata in alcune pronunce più aderenti agli argomenti elaborati in dottrina<sup>16</sup>.

### **La teoria contrattualistica e la convenzione pubblicistica.**

Nella seconda metà del Novecento, la dottrina ha offerto una ricostruzione della concessione nel senso di un contratto di diritto pubblico<sup>17</sup>, per dare vita al quale «è necessario il concorso sinallagmatico della volontà della pubblica amministrazione e del privato»<sup>18</sup>. Tale ricostruzione troverebbe conferma nella prassi, nella quale sarebbe quasi del tutto prevalente la presenza di concessioni aventi struttura integralmente contrattuale<sup>19</sup>. Sulla scorta della teoria contrattualista è stata poi elaborata la concezione della concessione come convenzione pubblicistica<sup>20</sup>, quale unico atto da cui discende il rapporto concessorio in forza di due distinte facoltà esercitate dalle parti: «l'adesione del privato quale espressione di autonomia privata, quella dell'amministrazione quale potere funzionalizzato alla cura del pubblico interesse»<sup>21</sup>. E sempre partendo da un assunto contrattualista c'è chi ha sì riconosciuto che il rapporto sorge da un atto amministrativo, tuttavia non riconoscendo la natura autoritativa dello stesso bensì valorizzando l'eventuale adesione del privato<sup>22</sup>.

**Gli accordi integrativi o sostitutivi.** La ricostruzione pubblicistica dell'istituto concessorio ha acquisito nuovo agio all'indomani dell'entrata in vigore dell'articolo 11 della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990, che ha introdotto i c.d. "accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento". Tali accordi, stando alla disposizione citata, possono essere conclusi dall'amministrazione «senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse [...] al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo». Al di là della loro dibattuta natura<sup>23</sup>, nella figura dell'accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento rientrerebbero – secondo alcuni<sup>24</sup> – anche le convenzioni che regolano i rapporti concessori, giacché tale figura consente di valorizzare tanto l'elemento pubblicistico quanto quello privatistico del rapporto, senza escludere uno dei due e senza dover necessariamente ricorrere alla figura della concessione-contratto<sup>25</sup>. Ciò è ancor più vero, in particolare, con riguardo per le concessioni di servizi e di lavori, qualificate come "contratti" tanto dalla giurisprudenza<sup>26</sup> quanto dal diritto positivo, prima europeo e poi nazionale<sup>27</sup>.

**Appendice II.**  
**I principi normativi alla base delle concessioni  
idroelettriche**



## TIPOLOGIE DI CONCESSIONE

Come detto, la concessione ha un effetto ampliativo della sfera giuridica di un soggetto privato, nel senso che a quest'ultimo sono attribuiti diritti o utilità nuovi. Se tali diritti o utilità sono attribuiti *ex novo* al concessionario, si parla di concessioni *costitutive*, giacché i diritti oggetto della concessione non preesistevano alla concessione in sé; se, invece, il trasferimento temporaneo al concessionario riguarda diritti o utilità di cui l'amministrazione è titolare, allora si parla di concessioni *traslative*<sup>28</sup>. A seconda dell'*oggetto* della concessione, si distingue poi tra concessioni di beni pubblici, di lavori e di servizi pubblici. Il tipo di concessione che in questa sede rileva è quella di beni pubblici.

**Il Codice Civile.** Quest'ultimo distingue il demanio pubblico (artt. 822-825) ed il patrimonio indisponibile e disponibile dello Stato (art. 826, 2° e 3° comma; art. 828), e – all'interno del demanio pubblico – distingue a sua volta il demanio “necessario”, cioè quello marittimo, idrico e militare, e demanio “accidentale”, cioè quello stradale, ferroviario, aeronautico, e culturale. A norma dell'art. 823 del codice civile, tutti i beni demaniali – in ragione della loro natura<sup>29</sup> – «sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano». Come confermato dalla giurisprudenza, dunque, è esclusa l'applicabilità delle norme di diritto comune ai beni demaniali<sup>30</sup>, dovendosi invece ricorrere in ogni caso allo strumento della concessione<sup>31</sup>.

Le grandi derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico, di cui qui si tratta, rientrano ovviamente nel demanio idrico. Quest'ultimo può essere concesso in uso esclusivo, distinguendosi tra concessioni di beni, come quelle che riguardano lo sfruttamento delle acque, e concessioni di servizi, come quelle relative alla gestione del servizio idrico integrato; è evidente che le concessioni idroelettriche rientrano nella prima tipologia concessoria. La pubblicità delle acque trova oggi conferma, in positivo, nel testo unico sull'ambiente<sup>32</sup>.

**La posizione del concessionario della concessione demaniale.**

Il concessionario si sostituisce al concedente nell'esercizio di attività di spettanza dell'amministrazione, e pertanto gode di una posizione di esclusività rispetto all'utilizzo dei beni oggetto di concessione da parte di terzi, nei confronti dei quali può esperire i mezzi ordinari o amministrativi. Ai sensi dell'art. 823 del codice civile, infatti, «spetta all'amministrazione la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico»; ma con la concessione tali poteri di tutela si trasferiscono al concessionario, il quale mantiene la possibilità di agire nei confronti del concedente qualora questi eserciti poteri autoritativi propri dell'amministrazione (ad es. la revoca della concessione).

**La normativa comunitaria.** Sulle concessioni di beni incidono i principi in materia di concorrenza sanciti dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il rispetto dei quali principi rende obbligatorio il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario. Tutte le concessioni sono poi soggette al rispetto:

- dei principi di non discriminazione e di trasparenza, che «garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige

che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere ad una concessione»;

- del principio di parità di trattamento, che «implica che le amministrazioni concedenti pur essendo libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura, debbano poi garantire che la scelta del candidato avvenga in base a criteri obiettivi e che la procedura si svolga rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti»;
- di mutuo riconoscimento, che «implica per le concessioni che lo Stato nel cui territorio la prestazione è fornita deve accettare le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati prescritti in un altro Stato nella misura in cui questi siano riconosciuti equivalenti a quelli richiesti dallo Stato membro destinatario della prestazione»;
- di proporzionalità, che obbliga le amministrazioni concedenti ad «adottare provvedimenti necessari ed adeguati in relazione all'obiettivo evitando di fissare requisiti professionali o finanziari sproporzionati rispetto all'oggetto della concessione».

**La Direttiva Bolkestein.** Dal punto di vista del diritto dell'Unione europea, la gestione di centrali idroelettriche è oggi qualificata come un “servizio fornito dietro retribuzione” ai sensi della Direttiva sui servizi 2006/123/CE (c.d. “direttiva Bolkenstein”). Ciò discende, invero, da quanto stabilito dalla Commissione europea nel 2011, nella lettera con cui ha costituito in mora l'Italia per violazione delle norme europee sulla concorrenza. Fino a quel momento, in assenza di espresse

statuizioni in merito, si è ritenuto prevalente il fine del rapporto concessionario legato all'utilizzazione del bene demaniale da parte del concessionario, pertanto riconducendo la concessione idroelettrica ad una concessione di beni e non di servizi di pubblico interesse.

- <sup>1</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 261.
- <sup>2</sup> F.G. SCOCA, *Il provvedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 274.
- <sup>3</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 1246.
- <sup>4</sup> G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 28.
- <sup>5</sup> Originariamente elaborata da O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1894, IV, p. 7; e poi ripresa da A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativi di diritto privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, p. 455 ss., da M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; e più recentemente da F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2004, p. 104 ss.
- <sup>6</sup> B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2018, n. 1, p. 114.
- <sup>7</sup> *Ibidem*.
- <sup>8</sup> Secondo la definizione di F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990.
- <sup>9</sup> Secondo la categoria elaborata da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 429 ss.
- <sup>10</sup> Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 248.
- <sup>11</sup> P. BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, p. 92.
- <sup>12</sup> B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in *Dizionario diritto pubblico*, p. 1112.
- <sup>13</sup> G. BALOCCO, *La concessione tra provvedimento e contratto: riflessioni sui rapporti amministrativi sinallagmatici*, Roma, 2014, p. 29.
- <sup>14</sup> A.M. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 1248.
- <sup>15</sup> *Ex multis*: M. GALLO, *op. cit.*, *passim*; A. AMORTH, *op. cit.*, p. 455 ss; più recentemente A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, p. 79.
- <sup>16</sup> Del superamento in giurisprudenza della concessione-contratto dà conto A. GEMMI, *Il tramonto della concessione-contratto: la svolta pubblicistica della giurisprudenza*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2019, n. 1, pp. 487-508.

<sup>17</sup> Ricostruzione elaborata dapprima da M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, p. 350, e poi A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, p. 585.

<sup>18</sup> G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, p. 13.

<sup>19</sup> Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981.

<sup>20</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

<sup>21</sup> B. GILIBERTI, *op. cit.*, p. 116.

<sup>22</sup> D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, 1989, p. 281 ss.

<sup>23</sup> Per una ricostruzione delle varie posizioni dottrinarie, cfr. G. BALOCCO, *op. cit.*, p. 35 ss.

<sup>24</sup> G. GRECO, *Gli accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 155 ss.

<sup>25</sup> A. PIOGGIA, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 567 ss.

<sup>26</sup> Cfr. ad esempio Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1262.

<sup>27</sup> Il riferimento è alla Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. In particolare, l'articolo 1, paragrafo 4, della citata direttiva stabiliva che: «La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo». L'impostazione contrattualista è confermata nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici, che ha abrogato e sostituito la citata direttiva 2004/18/CE. Sulle spinte sovranazionali alla contrattualizzazione del rapporto concessorio (soprattutto di servizi), v. A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Diritto amministrativo*, 2012, n. 4, p. 576 ss.

<sup>28</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 652 ss.

<sup>29</sup> E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1989, p.15: «Il rapporto esistente fra il bene demaniale e la funzione svolta rispetto ad esso dall'ente pubblico come tale, e cioè quale ente che rappresenta e provvede agli interessi dei consociati, contribuisce largamente alla precisazione del concetto di proprietà pubblica: e in considerazione di esso quest'ultima può designarsi [...] come proprietà necessaria all'ente pubblico per lo svolgimento di certe sue funzioni, e quindi per l'adempimento di certi suoi fini».



*fondazione*  **MAGNA CARTA**







