

CONCESSIONI IDROELETTRICHE DI PICCOLA DERIVAZIONE E PROCEDURE DI RINNOVO: TRA PRECETTI DELL'UE, LACUNE NORMATIVE ED INTERVENTI DELL'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.

Cesare Mainardis*

ABSTRACT: Il saggio affronta il tema dei procedimenti di rinnovo delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica, alla luce della presa di posizione dell'AGCM che ha indicato alle P.A. concessionarie la necessità di disapplicare la normativa vigente per indire procedure di gara. La tesi dell'AGCM viene affrontata, e criticata sotto due profili: il primo relativo alla nozione di "effetto diretto" della normativa UE; il secondo relativo al ricorso alla analogia e correlati limiti nell'ordinamento nazionale.

PAROLE CHIAVE: Diritto amministrativo. Diritto dell'energia. Concessioni di beni demaniali. Effetto diretto del Diritto dell'UE.

ABSTRACT: *The essay deals with the issue of renewal procedures for small-scale diversion hydroelectric concessions, in the light of the Italian Antitrust Authority's position, which has indicated to the concessionary public authorities the need to disregard the regulations in force, in order to launch tendering procedures. The Italian Antitrust Authority's position is discussed and criticised from two points of view: the first relates to the notion of "direct effect" of EU legislation; the second relates to the use of analogy and its related limits in national law.*

KEYWORDS: *Administrative law. Energy law. Concessions of state property. Direct effect of EU law.*

SOMMARIO. **1.** Introduzione. **2.** L'AGCM e la disciplina del rinnovo delle concessioni di piccola derivazione. **3.** Quali criteri per l'aggiudicazione di eventuali procedure competitive? **4.** Quale regime giuridico per la destinazione delle opere realizzate? **5.1** Con una prospettiva più ampia: diritto UE, effetto diretto "oppositivo" e lacune normative. **5.2** (*segue*) I limiti all'analogia (tra grandi e piccole derivazioni). **6.** Qualche conclusione.

1. Introduzione.

La disciplina del rinnovo delle concessioni di piccola derivazione ad uso idroelettrico è tema senz'altro di settore, poiché regolato da una disciplina speciale assai articolata¹; esso tuttavia si presenta di grande attualità e, alla luce di recenti vicende ordinamentali, offre l'occasione per riflessioni di più ampio respiro. Più o meno in concomitanza con la pubblicazione di questo scritto si riunirà infatti l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato per pronunciarsi sulla legittimità delle proroghe automatiche e generalizzate di altre concessioni demaniali, ovvero quelle marittime per finalità turistico-ricreative - con interessanti addentellati in ordine alla portata dell'effetto diretto e del correlato obbligo disapplicativo di normativa nazionale contrastante con l'UE² (argomento su cui ci soffermeremo al par. 5.1); inoltre, la produzione normativa collegata all'attuazione del P.N.R.R. e relativa alla "rimozione di barriere all'entrata dei mercati" interesserà, presumibilmente, anche il settore delle concessioni idroelettriche³. Nel frattempo, la posizione assunta nel corso degli ultimi mesi dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), alla luce anche di un precedente del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, pone le Amministrazioni concedenti, chiamate a pronunciarsi su eventuali istanze di rinnovo, in una posizione tutt'altro che agevole: tra l'"incudine" dell'Autorità Garante (che invoca la disapplicazione delle norme di legge vigenti), con possibili impugnazioni di rinnovi disposti senza gara; ed il "martello" dei concessionari uscenti ed aspiranti al rinnovo, con a monte un'oggettiva difficoltà (come vedremo) nell'individuare la normativa applicabile alla fattispecie.

1 Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Dipartimento di Scienze dell'Ambiente e della Prevenzione, Università di Ferrara.

Cfr. R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, *Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici*, artt. 28 e 30.

2 Cfr. il Decreto del Pres. del Consiglio di Stato 24 maggio 2021, n. 160, che ha deferito d'ufficio, ai sensi dell'art. 99 C.p.a., tre questioni di diritto collegate all'applicazione da parte della P.A. dell'art. 1, comma 683, della L. n. 145/2018. L'Adunanza Plenaria, convocata per il 20 ottobre 2021, segue a pronunce dei TAR non omogenee: cfr. ad es. TAR Firenze, n. 363/2021 e TAR Puglia-Lecce, n. 981/2021.

3 Cfr. il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (adottato dal Governo italiano e approvato definitivamente il 13.7.2021 con Decisione di esecuzione del Consiglio, su proposta della Commissione europea) punto 2A, *Le riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza*, pagg. 73-74.

2. L'AGCM e la disciplina del rinnovo delle concessioni di piccola derivazione.

Come accennato, nel corso del corrente anno sul tema è intervenuta in ben due occasioni l'AGCM: dapprima con una "segnalazione" rivolta a Parlamento, Governo e Regioni ai sensi dell'art. 21 della L. n. 287/1990⁴; successivamente, con un parere motivato su richiesta di un Ente Locale (la Città Metropolitana di Torino)⁵. Questa, in sintesi la posizione dell'AGCM: a) l'attuale normativa statale di cui agli artt. 28 e 30 del R.D. 1775/1933⁶, talvolta integrata da legislazioni regionali nella sostanza conformi, stabilisce la possibilità di un rinnovo delle concessioni di piccola derivazione al ricorrere di determinati presupposti, ma in assenza di un confronto competitivo; b) tale disciplina non è conforme ai parametri di diritto dell'UE, ed in particolare all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva Bolkenstein): disposizione che, conformemente agli artt. 49 e 57 del TFUE, qualora il numero di "autorizzazioni" a svolgere una determinata attività "sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali e delle capacità tecniche utilizzabili", esclude la possibilità di rinnovi automatici a vantaggio del "prestatore uscente"; c) da ciò, per un verso, l'auspicio di un intervento del Legislatore – statale, in prima battuta – che riscriva l'attuale quadro regolatorio: introducendo procedure trasparenti, aperte e non discriminatorie che sostituiscano gli attuali procedimenti di rinnovo in favore del concessionario uscente; d) per altro verso, e nelle more, l'esplicito invito nei confronti della P.A. a predisporre selezioni competitive per il rinnovo delle concessioni in scadenza⁷.

4 Cfr. AGCM, AS1722 - *Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico*, dd. 3.3.2021, in Bollettino 10/2021.

5 Cfr. AGCM, AS1780 – *Città metropolitana di Torino – Rinnovo automatico delle concessioni di piccola derivazione d'acqua*, dd. 25.6.2021, in Bollettino 32/2021.

6 L'art. 30 del R.D. 1775/1933, dedicato alle concessioni di piccola derivazione, richiama l'art. 28, riservato alle grandi derivazioni (torneremo in seguito sulla distinzione), disposizione quest'ultima oggi superata dalla disciplina contenuta nel novellato art. 12 del D.Lgs n. 79/1999 (come modificato dal D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019). In generale, la bibliografia in materia di concessioni idroelettriche, e di piccola derivazione in particolare, non è particolarmente estesa: ad es., assai datato nel tempo E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Torino 1958, pagg. 83 ss.; cfr. poi D. FLORENZANO, *La disciplina dello sfruttamento idroelettrico tra Stato e Regioni*, in AA.VV. (a cura di G.Santucci, A.Simonati e F.Cortese), *L'acqua e il diritto*, Trento, 2011, 379 ss.; F. TODARELLO–F. NOVELLI, *Le concessioni di (piccole) derivazioni ad uso idroelettrico*, e B. TONOLETTI, *Alcuni aspetti della giurisprudenza recente in materia di concessioni idroelettriche*, entrambi in AA.VV., a cura di M. DE FOCATIS e A. MAESTRONI, *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 95 ss., 203 ss.; S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e Prospettive*, Pisa, 2018. Nella sterminata bibliografia, invece, in materia di concessioni vedi, per un inquadramento generale, M. D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative*, *Enc. giur.*, Roma, 1988; in materia di acque pubbliche, V. CERULLI IRELLI V., *Acque pubbliche*, *Enc. giur.*, Roma, 1988. Sulla peculiare posizione del concessionario aspirante al rinnovo cfr. ad es. S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, *Giorn. dir. amm.*, 2003, 355 ss.

7 Cfr. AGCM, AS 1722 e AS 1780, op. cit.

A sostegno della propria posizione l'AGCM cita, in particolare, un precedente specifico del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche che, con argomentazioni analoghe a quelle dell'Autorità Garante, ha annullato un provvedimento di rinnovo disposto in favore del concessionario uscente: e ciò previa disapplicazione dell'art. 30 cit., esattamente nella parte in cui accorda tale rinnovo "senza la previa indizione di una procedura, trasparente e conoscibile, che consenta ai terzi che vi hanno interesse di formulare una proposta concorrente"⁸.

La posizione assunta dall'AGCM chiama dunque in causa, in primo luogo, il Legislatore: e, come accennato, la riforma della materia qui in esame potrebbe essere uno degli argomenti ricompresi nell'agenda attuativa del P.N.R.R. - il quale invero, e allo stato, menziona il tema solamente con riferimento alle concessioni di grande derivazione⁹, peraltro già oggetto di una riforma legislativa pochi anni orsono¹⁰. In secondo luogo, l'AGCM si rivolge direttamente alle P.A. concedenti: invitandole a non tergiversare in attesa di (auspiccate) riforme legislative, e a procedere piuttosto alla disapplicazione della legislazione nazionale in contrasto con quella dell'UE nonché all'indizione di procedure di gara. Ed è proprio su questo secondo profilo che vorrei ora soffermarmi.

3. Quali criteri per l'aggiudicazione di eventuali procedure competitive?

L'invito a prevedere selezioni ad evidenza pubblica reca con sé un'inevitabile domanda: sulla base di quali criteri andrebbe regolata la procedura competitiva e, quindi, assegnato il rinnovo della concessione nell'ipotesi di concorso tra più aspiranti? L'AGCM invita le P.A. concedenti a "valutare l'opportunità" di estendere, anche ai casi di rinnovo, la normativa già vigente e rivolta a risolvere le procedure "in concorrenza" – ovvero l'ipotesi in cui, nel procedimento di rilascio della concessione, si fronteggino più domande tra loro in competizione. Tale normativa è prevista a livello statale (art. 9 del R.D. n. 1775/1933), con svariate integrazioni

8 T.S.A.P., 13.12.2018, n. 201 sulla quale vedi la nota redazionale di A. TRAVI in *Foro It.*, 2020, n. 2, parte 3, c. 66. Va precisato che la sentenza del T.S.A.P. è stata impugnata in Cassazione, ai sensi dell'art. 201 del R.D. 1775/1933, ma il ricorso è stato dichiarato inammissibile per sopravvenuto difetto di interesse in ragione della transazione intercorsa tra le parti (Cass.Civ., S.U., n. 27771/2020), con interessanti profili processuali – che qui non possono trovare svolgimento – quanto alla "caducazione", o meno, dell'effetto di annullamento del provvedimento impugnato come disposto dalla pronuncia del T.S.A.P.

9 Cfr. P.N.R.R., *op. ult. cit.*

10 D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019, con modifica dell'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999. Torneremo sull'argomento al par. 5.2.

regionali nell'individuare i criteri puntuali con cui risolvere la "concorrenza" tra più istanze di concessione.

L'indicazione dell'AGCM, di primo acchito, non pare avere alternative: in primo luogo, infatti, il corrispettivo che il concessionario versa alla P.A. (a titolo di "canone") è oggetto, anche nella sua misura, di una analitica disciplina legislativa a cavallo tra competenze statali e regionali e sulla base di coordinate individuate dalla giurisprudenza costituzionale¹¹; e dunque non è sotto questo profilo che, in assenza di una modifica della base legislativa, l'Amministrazione concedente potrebbe costruire una procedura competitiva in sede di rinnovo, in contrasto con norme di rango primario. In secondo luogo, nella disciplina in materia di acque pubbliche non si rinvengono altre disposizioni che consentano un confronto competitivo tra concessionari idroelettrici o aspiranti tali. Ciò precisato, la trasposizione alla fase del rinnovo dei criteri previsti per la risoluzione (a monte) della concorrenza tra diverse istanze di concessione desta più di qualche perplessità.

Una doverosa premessa: ad essere radicalmente diverse sono le due fattispecie in esame. Nell'ipotesi di concorrenza tra istanze di concessione, il presupposto è che le domande siano tra loro "tecnicamente incompatibili" poiché rivolte ad attingere la medesima risorsa idrica¹²: in tale contesto, a fronteggiarsi sono dunque due o più progetti aventi come contenuto la realizzazione di un impianto idroelettrico, caratterizzato da una serie di componenti (opere di presa, di adduzione, di restituzione, centrale di produzione) che possono trovare ovviamente diversa collocazione in relazione al corpo idrico interessato, ed avere caratteristiche progettuali e tecniche sensibilmente differenti tra loro. Nell'ipotesi invece di rinnovo della concessione, il presupposto è che un impianto sia già stato realizzato e risulti in esercizio; e l'eventuale "offerta" di un soggetto diverso dal concessionario uscente potrà avere ad oggetto solamente i profili gestori dell'impianto (a meno di ipotizzare l'assurdo, ovvero la "sostituzione" dell'impianto esistente con uno diverso, previa rimozione del primo e costruzione *ex novo* del secondo – ma già non saremmo più nel perimetro del rinnovo di una concessione, ma semmai della realizzazione di un nuovo impianto).

Ebbene, la normativa suggerita dall'AGCM al fine di assegnare i rinnovi di concessione è in realtà concepita al fine di valutare due (o più) progetti in concorrenza tra loro, e mal si presta ad essere applicata al di fuori di tale ambito.

¹¹ Cfr. M. BUCELLO, *La regolazione dei canoni, sovracanonici e canoni aggiuntivi per le concessioni idroelettriche*, AA.VV., *Dialoghi*, cit., 153 ss.; F. TODARELLO–F. NOVELLI, *op. cit.*, 104 ss.; volendo, più di recente, C. MAINARDIS, *Canoni idroelettrici e riparto di competenze: l'inerzia statale non (sempre) paralizza l'attività regionale*, *Le Regioni*, 2017, 181 ss.

¹² Cfr. l'art. 7 del R.D. 1775/1933; in argomento, sinteticamente, F. TODARELLO–F. NOVELLI, *op. cit.*, 99 ss.

Vediamo perché. Ai sensi dell'art. 9 del R.D. cit., la P.A. concedente è chiamata a premiare l'istanza che assicuri *“la più razionale utilizzazione della risorsa idrica”* in relazione a ben precisi criteri relativi all'equilibrio del bilancio idrico, alla compatibilità con altri utilizzi della risorsa, alla tutela quantitativa e qualitativa del corpo idrico, alla quantità e qualità dell'acqua restituita; in caso di domande concorrenti per usi produttivi, è poi valorizzata l'adesione del proponente a sistemi di gestione ambientale certificati; a parità di condizioni, subentra il criterio delle *“maggiori ed accertate garanzie tecnico-finanziarie ed economiche d'immediata esecuzione (dell'opera: n.d.s.) ed utilizzazione”*; infine, in via residuale, si impone la priorità di presentazione della domanda¹³. Senza entrare nel dettaglio dei singoli criteri, che presuppongono in taluni casi nozioni tecniche e scientifiche peculiari o il rimando ad ulteriori normative di settore¹⁴, va comunque sottolineato come essi siano tutti funzionali a comparare progetti diversi, volti alla costruzione di differenti impianti. Molti di quei criteri, come apprezzati dalla P.A. in relazione all'istanza prescelta, si trasformano poi in contenuti della concessione rilasciata che (in una con la Autorizzazione Unica alla costruzione e all'esercizio dell'impianto¹⁵) fissa inderogabilmente quantità di acqua attingibile, energia producibile, caratteristiche dell'impianto nel suo complesso e nelle singole componenti, ecc. Ipotizzare una loro applicazione ai fini di risolvere una procedura competitiva avente ad oggetto la sola gestione di un impianto le cui specifiche di funzionamento, oltretutto, risultano scolpite nei provvedimenti concessori ed autorizzativi già rilasciati appare dunque difficile (se non velleitario).

Nel parere reso dall'AGCM in favore della Città Metropolitana di Torino si rimanda invero e direttamente alla normazione vigente a livello regionale che, nel caso del Piemonte, richiama i criteri previsti dalla legislazione statale introducendone però di aggiuntivi: tra questi, potrebbero assumere un qualche rilievo, nella nostra prospettiva, la valutazione della *“mitigazione degli impatti”* e il *“miglioramento delle condizioni ambientali del corpo idrico”*, per un verso; e le *“ricadute sociali, occupazionali ed economiche dell'intervento a livello locale”*, per altro verso¹⁶. Circostanze che parrebbero

¹³ Cfr. l'art 9 del R.D. 1775/1933.

¹⁴ Cfr., in argomento, F. TODARELLO-F. NOVELLI, *op. cit.*, 101 ss.

¹⁵ La cd. autorizzazione unica alla costruzione e all'esercizio di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili è stata introdotta dall'art. 12 del D.Lgs 387/2003 - per una prima disamina cfr. E. PICOZZA (a cura di), *Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica*, Torino, 2003; sui rapporti tra i procedimenti volti al rilascio della concessione a derivare (regolato dal R.D. 1775/1933) e della autorizzazione unica cfr., a livello nazionale, il D.M. del MISE 10.9.2010, *Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili*, Allegato, parte V, par. 18.3.

¹⁶ Cfr. Reg. regionale del Piemonte, 29.7.2003, n. 10/R e s.m., *Disciplina dei procedimenti di concessione di derivazione di acqua pubblica (Legge regionale 29 dicembre 2000, n. 61)*, art. 15 bis.

poter differenziare le offerte del concessionario originario di altri potenziali concorrenti.

Vanno svolte tuttavia due considerazioni. La prima riguarda i criteri di per sé considerati. Innanzitutto, quanto al profilo di ulteriore tutela ambientale come criterio discrezionale tra più aspiranti concessionari in sede di rinnovo, può rilevarsi come la concessione a derivare venga rilasciata, ed oggi rinnovata solamente a condizione del rigoroso rispetto dei parametri sovranazionali, statali, distrettuali e regionali a tutela del corpo idrico, che limitano così la produttività degli impianti condizionandone sovente la sostenibilità economica¹⁷; ipotizzare *significativi* interventi sull'impianto già realizzato, al fine di innalzare *in misura apprezzabile* la tutela ambientale oltre gli standard imposti dalla normativa vigente, con ulteriori correlate conseguenze negative in termini di produttività appare dunque irrealistico (o comunque limitabile a casi marginali). Quanto invece alla valorizzazione delle ricadute sociali, occupazionali ed economiche può osservarsi che, da un lato, la gestione ordinaria e la manutenzione degli impianti idroelettrici di piccola derivazione viene svolta sovente e direttamente dal produttore, in economia; oppure affidata con contratti *ad hoc* a soggetti esterni: immaginare dunque una competizione, in sede di rinnovo, sotto questo profilo appare davvero arduo. Se invece si intende privilegiare un produttore o aspirante tale in forza delle sue caratteristiche soggettive (l'essere ad esempio un operatore economico già attivo sul territorio, che intende avviare un'attività anche nel settore idroelettrico, differenziandosi così rispetto ad un produttore "puro"), ebbene l'obiettivo rischia di collidere con il principio del libero mercato concorrenziale in materia di produzione di energia, introducendo indebite restrizioni nell'accesso o nella permanenza¹⁸.

17 Gli standard di tutela di un corpo idrico, che condizionano dunque la quantità di acqua attingibile e, di conseguenza, la produttività di un impianto idroelettrico (ma prima ancora l'*an* della derivazione) sono fissati alla luce di una articolata catena normativa, a partire dai principi contenuti nella cd. Direttiva Acque (2000/60/CE), ed in particolare quelli di "non deterioramento" e di raggiungimento degli obiettivi di qualità minimi, salvo eccezioni (cfr. soprattutto gli artt. 1, 4 comma 1, 11 della Direttiva cit.); principi attuati con l'introduzione della Parte III del Codice dell'Ambiente (D.Lgs 152/2006 e s.m.) ed affinati, ad esempio, quanto alle cd. valutazione *ex ante* delle derivazioni, e al cd. deflusso ecologico, dai D.M. del M.A.T.T.M. 29/STA e 30/STA, dd. 13.2.2017; tale disciplina trova poi ulteriore specificazione a livello territoriale tramite le prescrizioni previste dai Piani di Gestione delle Acque, adottati dai Distretti Idrografici (P.A. che sono succedute, accorpandole, alle Autorità di Bacino), ai sensi degli artt. 65 e ss., 117 e ss. del Cod. Ambiente; e dai P.R.T.A., approvati dalle singole Regioni ai sensi degli artt. 121 ss. del Cod. Amb.

18 Il "principio del libero mercato concorrenziale in materia di produzione dell'energia ... permea tutta la normativa statale e, ancor prima, la normativa comunitaria, cui il legislatore italiano ha dato attuazione", e si afferma in particolare "nel caso di energia prodotta da fonti rinnovabili" alla luce delle peculiari caratteristiche di quel settore: in termini, C. cost. n. 310/2011; cfr. anche Corte cost. 124/2010. In argomento, ad es., L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011, 69 ss.

La seconda considerazione: molte delle legislazioni regionali oggi vigenti nemmeno prevedono criteri aggiuntivi sulla falsariga della normativa piemontese, oppure ne introducono di altri tutto sommato simili e parimenti inadatti a risolvere procedure competitive di rinnovo¹⁹; in ogni caso, saremmo di fronte ad una frammentazione normativa, da Regione a Regione, inidonea ad assicurare uno svolgimento uniforme delle procedure di rinnovo sull'intero territorio nazionale.

In conclusione. L'invito dell'AGCM pone le P.A. concedenti nella oggettiva difficoltà non solo di prevedere procedure competitive in sede di rinnovo – a ben guardare, difetta una base legale dettagliata che regoli tale fase quanto alla scansione procedimentale; ma, soprattutto, di decidere poi tali gare, posto che i criteri rinvenibili nella normativa di settore (e suggeriti dall'Autorità Garante) sono pensati per la diversa fase, a monte, del confronto concorrenziale tra più progetti e mal si prestano, a valle (per diversi motivi di ordine giuridico, tecnico, scientifico e pratico) ad essere reimpiegati in una comparazione avente ad oggetto solamente il profilo gestorio dell'impianto.

4. Quale regime giuridico per la destinazione delle opere realizzate?

In ogni caso, anche ritenendo superabili in qualche modo gli argomenti esposti sino a qui, vi è un ulteriore profilo che rende inattuabile il suggerimento rivolto dall'AGCM alle P.A. concedenti. L'impianto realizzato, nelle sue componenti costitutive, è di proprietà del concessionario (e sovente lo è anche il terreno sul quale sorge almeno parte dell'impianto medesimo); nell'ordinamento vi è una precisa disposizione di rango primario che disciplina la destinazione di tali opere alla scadenza della concessione ma *"in mancanza di rinnovazione"*, distinguendo tra concessioni di piccola e di grande derivazione: con riferimento alle prime, le opere cd. bagnate transitano nella proprietà dello Stato che ha diritto di ritenerle senza compenso alcuno, oppure debbono venire rimosse dal concessionario eseguendo a proprie spese i lavori di ripristino ambientale; le opere cd. asciutte rimangono invece

¹⁹ Cfr. ad es, la L. Reg. FVG n. 11/2015 che, all'art. 44, comma 3, prevede quali criteri aggiuntivi a quelli previsti dall'art. 9 del R.D. 1775/1933 il riferimento a caratteristiche strutturali ed edilizie dell'impianto da costruire, oppure la presenza di aree oggetto di particolare tutela ove localizzare l'opera (qui già realizzata), oppure ancora la presentazione di progetti di riqualificazione del tratto sotteso (e vale allora quanto osservato per la normativa piemontese, a meno di voler ipotizzare l'assegnazione di una concessione pluridecennale in forza della realizzazione di qualche intervento marginale di "miglioramento" ambientale); infine, l'entità delle compensazioni territoriali (che non possono consistere in misure monetarie: cfr. D.M. del MISE 10.9.2010, cit., All. 2) e *"ricadute a favore del territorio"*, criteri obiettivamente generici e difficili da applicare se ritenuti unici parametri volti a determinare l'aggiudicazione di un rinnovo.

nella proprietà del concessionario, salvo – è da aggiungere - puntuali prescrizioni sempre correlate al ripristino ambientale (esemplificando: l'edificio contenente la centralina potrebbe dover essere demolito, ma i macchinari posti all'interno rimangono al concessionario che sarà libero di asportarli e reimpiegarli come crede)²⁰. Non a caso, la riforma legislativa che ha riscritto radicalmente le procedure di rinnovo per le concessioni di grande derivazione, introducendo l'ipotesi di un subentro al concessionario uscente, si è occupata di regolare analiticamente anche questo aspetto compiendo scelte frutto di discrezionalità legislativa (torneremo sul punto, allorché valuteremo la possibilità di applicare in via analogica tale normativa anche al caso che ci occupa²¹).

Orbene, l'AGCM, nel parere reso all'Ente Locale dubbioso quanto alle procedure da seguire in sede di rinnovo, non si fa carico del profilo in esame che è invece affrontato, in maniera assai concisa, nel precedente del T.S.A.P. citato: laddove il Giudice, disattendendo la prospettiva del concessionario (destinatario del rinnovo impugnato) osserva che *“quanto alle difficoltà che caratterizzano il subentro di un nuovo concessionario all'uscente, non se ne vuole disconoscere l'esistenza, ma trattasi di impedimenti che devono essere equamente regolati dall'amministrazione, nell'ottica del superamento, ...”*²². Come accennato, l'assunto rispondeva invero ad una tesi difensiva di parte che poneva l'accento sulla antieconomicità ed inefficienza del subentro di altro operatore a fronte del permanente diritto di proprietà del concessionario sulle opere cd. asciutte – tutto ciò, nell'ottica del controinteressato, *“contrastando con l'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione”*²³.

Ma ciò che invero non persuade, nella motivazione del T.S.A.P., è piuttosto il rinvio ad un intervento diretto della P.A. nella regolazione degli *“impedimenti”* conseguenti al subentro di un nuovo concessionario: tali *“impedimenti”* infatti, riguardano un diritto, quello di proprietà, che è coperto da riserva di legge e che non ammette limitazioni da parte della P.A. in assenza di una base legale²⁴. E ciò, si crede, anche nell'ipotesi di riconduzione di tali opere alla categoria, ad esempio, dei cd. beni privati di interesse pubblico: riconduzione che non autorizza certo un intervento diretto dell'Amministrazione, a prescindere da un fondamento legislativo del potere

20 Cfr. l'art. 30 del R.D. 1775/1933; la disciplina dettata dagli artt. 25 e 26 del R.D. cit. per le concessioni di grande derivazione va oggi riletta, invece, alla luce dei precetti introdotti dall'art. 11 *quater* del D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019, che ha riformulato l'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999 riscrivendo radicalmente la disciplina relativa alla fase di rinnovo di tali concessioni – ritorneremo sul punto al par. 5.2.

21 Cfr. il successivo par. 5.2.

22 Cfr. T.S.A.P., sent. 201/2018, cit., pag. 14.

23 Ancora T.S.A.P., sent. 201/2018, pag. 13.

24 Sulla riserva di legge in materia di proprietà privata cfr. riassuntivamente, M. GIAMPIERETTI, *Art. 42*, in AA.VV. (a cura di S. BARTOLE – R. BIN), *Comm. Breve alla Costituzione*, Padova, 2008.

esercitato²⁵. Mentre del tutto assurdo, ancora una volta, sarebbe ipotizzare che lo schema suggerito dall'AGCM debba tradursi in uno smantellamento, ad opera del concessionario uscente, delle opere cd. asciutte, e la realizzazione (o installazione) da parte del subentrante di nuove opere (e macchinari) identiche alle precedenti: si tratterebbe infatti di una prospettiva inattuabile per un aspirante nuovo produttore, poiché palesemente diseconomica e quindi disincentivante la partecipazione ad eventuali procedure competitive; in secondo luogo, saremmo di fronte ad una soluzione irrazionale ed oltretutto impattante sull'ambiente, alla luce dei doppi lavori (di rimozione, e di ricostruzione) da eseguire.

Insomma, qualora si ipotizzino quadri regolatori futuri che introducano procedure competitive in sede di rinnovo, questi dovranno prevedere altresì una adeguata disciplina di tutti gli aspetti rilevanti nella fattispecie in esame, a partire dal destino delle opere realizzate (quanto alla loro proprietà) in caso di subentro di un nuovo concessionario: va da sé che le molteplici soluzioni che possono ipotizzarsi, tutte espressione di legittima discrezionalità legislativa, confermano tuttavia, e allo stato, l'inattuabilità di un intervento diretto della P.A. concedente in assenza di una base legale espressa - *rectius*, di un intervento da parte delle decine di diverse P.A. concedenti disseminate sul territorio nazionale (Regioni, Province autonome di Trento e di Bolzano, Province in taluni contesti regionali) chiamate ciascuna a regolare direttamente, nella prospettiva qui criticata, il profilo in esame (con una babele di possibili, diverse soluzioni).

5.1. Con una prospettiva più ampia: effetto diretto "oppositivo" del diritto UE e lacune normative.

I profili sino a qui affrontati offrono lo spunto per alcune considerazioni di carattere più generale, che comportano peraltro concrete ricadute sulla vicenda esaminata.

Una prima questione riguarda la peculiare declinazione che assume la dottrina del cd. effetto diretto delle norme UE con riferimento alla nostra fattispecie. Lo schema suggerito dall'AGCM alla P.A. invita a dare "*immediata applicazione alle norme dell'Unione Europea provviste di effetto diretto, quale corollario ... del principio di primazia del diritto europeo ... e, per tale ragione, di disapplicare le norme di diritto interno con esse incompatibili*"²⁶. Ebbene, mi pare pacifico che qui non siamo di fronte alla versione

²⁵ Sulla natura giuridica delle opere costituenti un impianto idroelettrico cfr. S.R. MASERA, *op. cit.*, 131 ss. che ragiona di beni privati a destinazione pubblica.

²⁶ Cfr. AGCM, AS1780, *op. cit.*

tradizionale (per così dire) della dottrina dell'effetto diretto, secondo il modello consolidatosi a partire dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia *Van Gend & Loos* (C-26/62); bensì ad una diversa versione “oggettiva e oppositiva”, affermata da parte della dottrina anche alla luce di determinati orientamenti della CGUE²⁷: posto che la normativa dell'UE - nella prospettiva dell'AGCM - funge certamente da parametro di legittimità per le disposizioni di diritto nazionale che, se contrastanti, debbono venire disapplicate ma non offre norme precise, chiare ed incondizionate capaci di regolare direttamente la fattispecie all'esame della P.A.. E ciò, nel nostro caso, pare vero sotto almeno due profili, anche alla luce di quanto esposto nei precedenti paragrafi: in primo luogo, in ordine ai criteri per l'aggiudicazione della eventuale procedura competitiva bandita dalla P.A. tra istanze di rinnovo concorrenti; ed in secondo luogo in ordine al regime giuridico della proprietà delle opere realizzate in caso di subentro di un nuovo concessionario - profili carenti di normazione nazionale e, a maggior ragione, di norme dell'UE idonee a disciplinare compiutamente la fattispecie. Norme UE che, difatti, la stessa AGCM si guarda bene dall'indicare, optando piuttosto per un rinvio (qui criticato) a prescrizioni di diritto nazionale.

In realtà, la configurazione di un effetto diretto al di fuori dello schema tradizionale consolidatosi a partire da *Van Gend & Loos* non è condivisa da ampia parte della dottrina che, per giungere alla disapplicazione del diritto nazionale, ritiene sempre necessaria una “data soglia di compiutezza normativa” da parte del diritto dell'UE al fine di configurare in capo ai singoli “posizioni soggettive complete”: determinandosi altrimenti una divaricazione tra primato del diritto dell'UE ed effetto diretto, nonché la messa in discussione dell'assioma del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive²⁸. Inoltre, anche i precedenti della CGUE possono venire

²⁷ Nella dottrina italiana ha insistito e insiste su questi profili soprattutto D. GALLO, *Effetto diretto del diritto dell'Unione Europea e disapplicazione, oggi, Oss. sulle fonti*, n. 3/2019, in <http://www.osservatoriosullefonti.it> (scritto dal quale sono tratte le citazioni riportate nel testo); in precedenza, del medesimo Autore, cfr. l'ampio lavoro monografico, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali: evoluzione di una dottrina controversa*, Milano, 2018; in argomento, cfr. anche, di recente, L. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poplawski*, in www.giustiziainsieme.it, 3.2.2021. Nell'ambito della dottrina costituzionalista il tema è sovente affrontato unitamente a questioni più generali: cfr. ad es. e tra i tanti, R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, *Quad. Cost.* 4/2020, 861 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in www.giustiziainsieme.it, 19.10.2020; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, *Rivista A.I.C.*, 4/2019, 3 ss.

²⁸ Citazioni da E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2017, 126 ss.; dello stesso Autore cfr. anche *La dottrina degli effetti diretti in taluni dei suoi sviluppi più recenti*, in AA.VV. (a cura di M. DI STEFANO), *L'effetto diretto delle fonti dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, Napoli, 2017, 9 ss.; numerose citazioni di altra dottrina, anche straniera, in D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 20 ss.

variamente riletti²⁹: e, a questo proposito, va detto che in effetti l'analisi delle pronunce citate a sostegno della versione "oggettiva e oppositiva" dell'effetto diretto lascia qualche perplessità, soprattutto alla luce di un confronto con la fattispecie qui esaminata. Vediamo alcuni esempi³⁰. Nella sentenza *Kraaijeveld* (C-72/95) relativa ad un'ipotesi di *administrative review* ed inerente all'interpretazione della Direttiva 85/337 in materia di valutazione di impatto ambientale, la Corte di Giustizia riconosce(va) agli Stati un certo margine di discrezionalità nella valutazione dei progetti pubblici e privati da sottoporre a verifica; qualora detto margine venga superato, ne consegue la disapplicazione della normativa nazionale ed il conseguente dovere, per lo Stato membro, di adottare i provvedimenti generali e particolari affinché l'impatto ambientale di determinati progetti venga esaminato e conduca, se del caso, alla procedura di VIA. Ciò tuttavia, a ben guardare, comporta l'illegittimità di un eventuale provvedimento amministrativo nazionale di approvazione del progetto e/o di autorizzazione alla realizzazione dell'opera, che può essere fatta valere da coloro ai quali l'ordinamento riconosca legittimazione ed interesse all'impugnazione; l'effetto diretto "oppositivo" opera come parametro negativo (per così dire) per l'Amministrazione, ma non le impone una faticosa ed opinabile ricerca di una base normativa, che soddisfi oltretutto il principio di legalità sostanziale, per un'ulteriore attività positiva relativa a ciascun singolo caso e al fine di soddisfare diritti individuali.

Anche il riferimento alla sentenza *Cia Security International* (C-194/94) (altra pronuncia menzionata come precedente in materia di effetto diretto "oppositivo") non pare persuasivo: la Direttiva 83/189 prevedeva l'obbligo per lo Stato membro di notificare alla Commissione ogni progetto di regola tecnica rientrante nell'ambito applicativo della predetta Direttiva: alla violazione di tale precetto procedimentale conseguiva, nella prospettiva della Corte di Giustizia, il dovere per il giudice nazionale di disapplicare la regola tecnica illegittimamente approvata. Ma anche in questo caso non siamo di fronte al venir meno della base legale per una determinata attività amministrativa, a cui consegue un obbligo di *facere* imposto alla P.A. (a tutela di "diritti" soggettivi) unitamente alla ricerca, nell'ordinamento nazionale o in quello dell'Unione Europea, di nuovi parametri normativi; bensì, più limitatamente, alla mancata applicazione di una regola che imponeva specifiche tecniche peculiari ad un determinato prodotto, con conseguente rimozione (ad esempio) del divieto alla sua

²⁹ Lo ammette lo stesso D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 32, che parla di orientamento "ondivago" della CGUE, con una giurisprudenza connotata da "incertezze e ambiguità".

³⁰ Citati proprio da D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 13 ss. e diversamente riletti dall'Autore rispetto a quanto prospettato nel testo.

commercializzazione oppure annullamento di una determinata sanzione su iniziativa giudiziale del diretto interessato.

D'altra parte, anche coloro che ritengono ammissibile la configurabilità di un effetto diretto (con conseguente obbligo di disapplicazione del diritto nazionale contrastante) in assenza di una normativa UE immediatamente applicabile, riconoscono subito appresso come *"l'emersione di lacune nell'ordinamento interno come conseguenza dell'effetto diretto oggettivo-oppositivo"* rappresenti *"un tema ... non trascurabile"*³¹. Più precisamente, si ritiene che tale ipotesi integri proprio una delle possibili eccezioni alla automatica ed immediata disapplicazione del diritto nazionale contrastante con l'ordinamento UE, in ragione dell'effetto diretto. La questione, invero, viene affrontata dalla dottrina citata sotto una duplice prospettiva, che tuttavia non si rivela utile al nostro caso.

Per un verso, infatti, si rimarca come a fronte dell'effetti oppositivo (e non sostitutivo) del diritto dell'UE ne consegua che *"la fattispecie è governata dal diritto nazionale "sopravvissuto" alla disapplicazione"*³²: tuttavia, può accadere – ed accade nel nostro caso – che la normativa interna non offra una disciplina compiuta e soddisfacente per la fattispecie in esame.

Per altro verso, *"in presenza del vuoto normativo"* causato dalla disapplicazione del diritto nazionale si individuano in mano al giudice nazionale tre opzioni, che potremmo riassumere così: ricorso all'interpretazione conforme rispetto del diritto nazionale al diritto UE; ricorso alla analogia, con applicazione di altre norme UE chiare, precise ed incondizionate; in via residuale, promovimento di una questione di legittimità costituzionale delle disposizioni legislative contrarie al diritto dell'UE³³.

Ricordato che, nel nostro caso, non è l'Autorità Giudiziaria bensì una P.A. a doversi fare carico dell'applicazione dell'effetto diretto nella sua versione *"oggettiva e oppositiva"*, del tutto inapplicabile risulta la terza opzione. Le prime due soluzioni, viceversa, sono in astratto estendibili anche alla nostra fattispecie: non rivelandosi tuttavia, in concreto, risolutive.

Quanto all'interpretazione conforme della normativa nazionale *"residua"*, è compito che grava certamente anche sulla P.A.: ma, nel nostro caso, la soluzione non ci porta granché lontano posto che, come più volte sottolineato, siamo di fronte ad una vera e propria lacuna di diritto interno quanto ai criteri di puntuale aggiudicazione di una procedura competitiva e, soprattutto, quanto alla disciplina del diritto di proprietà in ordine alle opere realizzate in caso di successione nella titolarità della concessione.

31 D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 35 ss., 37.

32 D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 13.

33 D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 35 ss.

Quanto all'opzione per l'interprete (giudice, ma ancora una volta anche P.A.) di ricorrere all'analogia per applicare altre norme di diritto UE, può osservarsi quanto segue. Concentrandoci sul profilo della disciplina della proprietà delle opere realizzate, non pare davvero potersi rinvenire nella normativa dell'UE disposizioni dotate di sufficiente puntualità per regolare il profilo in esame, invocabili quindi in via analogica: ricordato che, per un verso, la Direttiva in materia di concessioni non risulta applicabile al nostro caso³⁴; mentre la Direttiva cd. Bolkenstein, invocata dall'AGCM, offre solamente un parametro normativo riferito alle procedure competitive per l'assegnazione di autorizzazioni da parte della P.A.

5.2. (segue) I limiti all'analogia (tra grandi e piccole derivazioni).

In realtà, è semmai nell'ordinamento nazionale che si rinviene una normativa astrattamente invocabile in via analogica: ed il riferimento va alla nuova disciplina dei diritti dominicali relativi alle opere realizzate per lo sfruttamento delle cd. grandi derivazioni, oggetto oggi di procedura di gara alla loro scadenza e di possibile subentro di un nuovo concessionario.

Andiamo con ordine. All'esito di una contrapposizione pluridecennale con l'UE, il Legislatore statale ha riformato l'intera materia fissando le seguenti coordinate: a) alla scadenza delle concessioni di grande derivazione le opere cd. bagnate passano senza compenso alcuno in proprietà delle Regioni, che decidono poi tra tre possibili modalità di ri-assegnazione delle concessioni (ad un operatore economico, tramite gara; ad una società mista, con scelta del socio privato tramite procedura competitiva; mediante forme di partenariato pubblico-privato, previste dalla legislazione in materia di contratti pubblici); b) con legge regionale vengono previste quindi le modalità di svolgimento delle procedure di assegnazione: termini, criteri di selezione, requisiti, durata della concessione, peculiari obblighi in capo all'aggiudicatario, ecc., nonché c) le modalità di utilizzo delle opere cd. asciutte "nel rispetto del codice civile" e secondo criteri analiticamente stabiliti anche con riferimento all'indennizzo, spettante al concessionario uscente, nel caso che i beni mobili ed immobili trovino riutilizzo nell'ambito della concessione riassegnata³⁵. Si potrebbe

³⁴ Così, con argomenti condivisibili, E. BRUTI LIBERATI, *La disciplina delle gare per le concessioni di grande derivazione idroelettrica*, in AA.VV., *Dialoghi*, cit., 64 ss., a proposito della Direttiva 2014/23/UE, *DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*.

³⁵ L'art. 11 quater del D.L. n. 135/2018, conv. nella L. n. 12/2019, ha riscritto l'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999, introducendo i commi 1, 1 bis e 1 ter il cui contenuto è stato succintamente riassunto nel testo. A commento della novella legislativa cfr. ad es. A.ARGENTATI, *Rinnovo delle concessioni idroelettriche e possibili conflitti tra i diversi portatori di interesse. Rischi e criticità dei processi in itinere*, in AA.VV. (a cura di M. COZZIO e

quindi ipotizzare l'applicazione in via analogica di quest'ultimo profilo anche alle concessioni di piccola derivazione, individuandosi dunque nell'ordinamento nazionale una regola giuridica che governi la successione nel diritto di proprietà delle opere.

Tale trasposizione, tuttavia, non appare convincente. Il tema dell'analogia è, come noto, assai impegnativo intersecando complesse questioni di teoria generale del diritto e, più in particolare, di teoria dell'interpretazione³⁶: nel nostro caso è invero sufficiente un approccio minimale per evidenziare la palese forzatura che comporterebbe siffatta operazione ermeneutica. In primo luogo, la legislazione in materia di acque pubbliche ha posto il criterio quantitativo come tradizionale elemento di distinzione nella disciplina delle derivazioni, a prescindere dai diversi utilizzi (forza motrice, acqua potabile, irrigazione, bonifica, usi industriale o ittiogenici, costituzione di scorte idriche): "*grandi e piccole derivazioni*" ricevono infatti, sin dal R.D. 1775/1933 e poi nella legislazione successiva, una diversa regolazione sotto molteplici aspetti (ed in particolare, proprio in ordine alla disciplina nell'ipotesi di "*mancata rinnovazione*"³⁷). D'altra parte, e con riferimento alle derivazioni ad uso idroelettrico, le concessioni di grande derivazione intersecano la storia dello sviluppo industriale del nostro Paese dal secondo dopoguerra ad oggi, dalla nazionalizzazione della produzione e più in generale del mercato elettrico ad inizio degli anni '60 del '900 sino alla successiva liberalizzazione, avvenuta per fasi anche sotto la spinta

G. GIOIS), *La gestione della risorsa acqua nelle aree montane. Profili economici e giuridici rilevanti in tema di concessioni idroelettriche*, Trento, 2020, 39 ss. Sulle vicende precedenti, dalla liberalizzazione parziale introdotta con il D.Lgs n. 79/1999 alle pronunce successive della giurisprudenza costituzionale, alle varie procedure di infrazione avviate nel tempo dall'UE, rinviamo alla bibliografia che si è succeduta nel tempo tra cui cfr., almeno, M.A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in www.federalismi.it, 2013; 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*, *Dialoghi*, cit., 31 ss.; A. TRAVI, *La disciplina transitoria delle concessioni idroelettriche e i principi di concorrenza*, *Dialoghi*, cit., 49 ss.; E. BRUTI LIBERATI, op. cit.; M. DE FOCATIS, *Le concessioni idroelettriche nella giurisprudenza della Corte costituzionale: le ragioni della concorrenza e i tentativi di ripubblicizzazione del settore*, *Dialoghi*, cit., 189 ss.; S. QUADRI, *Le concessioni di grandi derivazioni ad uso idroelettrico e il diritto della concorrenza nell'Unione Europea*, *Dialoghi*, cit., 223 ss. Infine, anche alla luce della recente lettera di costituzione in mora complementare da parte dell'UE dd. 2019, cfr. il Parere AGCM, AS1697 del 3.9.2020.

Per alcuni esempi di leggi regionali attuative, nonché per una panoramica di altre procedure di infrazione avviate, nella stessa materia, dall'UE contro altri Stati cfr. l'interessante paper di ricerca della Fondazione Magna Carta, *Le concessioni idroelettriche in Italia. Principi, norme, prospettive future*, 33 ss., 57 ss.

36 La dottrina, in materia di analogia, è sterminata: limitandoci solo a qualche citazione generale cfr. G.CARCATERRA, *Analogia, Teoria Generale, Enc. Giur.*, Roma, 1988; L.GIANFORMAGGIO, *Analogia, Dig. disc. civ.*, Torino, 1987; per una prospettiva in parte diversa dagli approcci tradizionali nell'ambito della filosofia del diritto, L.CAIANI, *Analogia, Teoria Generale, Enc. Dir.*, 1958.

37 Cfr. l'art. 30 del R.D. 1775/1933, per le piccole derivazioni; e gli artt. 25 e 26 per le grandi derivazioni. La distinzione tra le due tipologie di derivazioni è contenuta "storicamente" (per la legislazione antecedente cfr. invece E. MICCOLI, op. cit., 1 ss.) nell'art. 6 del R.D. 1775/1933, che "*per produzione di forza motrice*" individua la soglia discreativa dei 3000 kW di potenza nominale media annua.

dell'ordinamento comunitario: si tratta di impianti - appunto - di rilevanti dimensioni, che presuppongono una risorsa idrica proporzionata, assicurano storicamente una quota preponderante dell'energia prodotta da fonte idraulica nel nostro Paese, sono gestiti - dopo la fine del monopolio statale - da pochi operatori economici anch'essi di "taglia" significativa. Diversamente, le concessioni di piccola derivazione sono numericamente assai più elevate, tendenzialmente diffuse in maniera capillare quanto alla loro titolarità, con impatti ambientali decisamente minori ma conseguente inferiore capacità produttiva (non però irrilevante, nel contesto complessivo della produzione di energia da F.E.R. in Italia³⁸). Questa differenziazione in fatto ha poi trovato e trova costante riverbero nella conseguente disciplina delle due tipologie di derivazione, come da ultimo testimoniato dalla profonda riforma del sistema concessorio di grande derivazione, avviata dal Legislatore statale nel 2018, anche in risposta ad una procedura di infrazione da parte dell'UE che aveva ad oggetto questa sola, peculiare fattispecie³⁹.

Orbene, le scelte di dettaglio compiute dal Legislatore nel 2018 hanno, a monte, una decisione di fondo: ovvero la regionalizzazione degli impianti di grande derivazione, e quindi il loro rientro nel dominio della sfera pubblica (con riapertura al mercato quanto all'aspetto della gestione). E ciò, innanzitutto, con la titolarità delle opere cd. bagnate che passa alla Regione senza compenso alcuno; segue poi la discrezionalità da parte delle Regioni, entro la cornice normativa dettata dallo Stato, quanto alla scelta in ordine alla tipologia di gestione (con criteri concorrenziali nella selezione degli operatori economici privati), nonché ai profili più significativi del nuovo regime concessorio (durata, criteri di gara, ecc.); infine, la definizione delle modalità di subentro al concessionario uscente anche sotto il profilo di ciò che è indennizzabile, e di ciò che non lo è (oltre ai criteri per definire il *quantum*). Ma quest'ultimo profilo, del quale potrebbe invocarsi l'applicazione in via analogica alle concessioni di piccola derivazione, non è che una tessera di un mosaico assai più ampio: in termini giuridici, siamo di fronte infatti ad un intervento legislativo connotato da una ben precisa *ratio* complessiva, dalla quale è piuttosto discutibile disarticolare un singolo aspetto per trasportarlo ad un ambito dell'ordinamento nel quale quella *ratio* non trova, oggi, analoga coerenza. In ogni caso, proprio perché siamo di fronte a scelte legislative di sistema, che orientano una parte di un

38 Elaborando i dati contenuti nel *Rapporto Statistico 2019. Fonti rinnovabili*, redatto dal G.S.E. Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., e reperibile sul sito della predetta Amministrazione, può desumersi (con l'ausilio di tecnici, che interpretino tali dati non esposti esattamente seguendo la distinzione tra piccole e grandi derivazioni, come prevista normativamente nel R.D. 1775/1933) che nel nostro Paese l'energia da fonte idraulica copre il 40% circa dell'energia prodotta da FER e, nell'ambito di tale porzione, gli impianti di piccola derivazione ne assicurano circa il 15%.

39 Cfr. in precedenza nota 36.

determinato settore produttivo, il ricorso all'analogia per la regolazione di altre parti di quel settore appare davvero forzato.

L'inferenza analogica ha tra i suoi presupposti una ragionevole similitudine delle due fattispecie poste a confronto (quella non regolata, e quella regolata dalla quale l'interprete ricava appunto il precetto per colmare la lacuna normativa⁴⁰): nel nostro caso non solo siamo di fronte a due fattispecie obiettivamente diverse quanto al loro rilievo economico nel mercato di riferimento, ma anche ad una scelta legislativa espressamente riservata ad una categoria di derivazioni, con a monte un'opzione di politica del diritto assai forte. Tale quadro normativo, opinabile da un punto di vista squisitamente politico, ha comunque una sua intrinseca coerenza che ne segna tuttavia anche i limiti quanto alla applicabilità - in via analogica - di singole disposizioni al di fuori di quel contesto. Con il che, come evidente, si contesta sia il ricorso alla cd. *analogia legis*, ovvero - nel nostro caso - all'applicazione dei criteri puntuali individuati dal Legislatore statale per stabilire le modalità di subentro al (e di indennizzo del) concessionario uscente, ai sensi del vigente art. 12, comma 1-ter, del D.Lgs n. 79/1999; ma anche alla cd. *analogia iuris*⁴¹, posto che, per un verso, il comma 1-ter cit. non stabilisce principi (dal quale trarre, in ipotesi, regole applicabili alle piccole derivazioni) bensì regole immediatamente applicabili; per altro verso, quelle regole presuppongono a monte, e come più volte ribadito, un'opzione di politica legislativa (la regionalizzazione degli impianti, con la proprietà di parte delle opere che transita agli Enti regionali) che per le concessioni di piccola derivazione non è (oggi) prevista nell'ordinamento.

Infine, seppure tralasciando la questione (tanto suggestiva quanto impegnativa e meritevole perciò di autonomo approfondimento) dei limiti all'analogia nel caso di materie coperte da riserva di legge in Costituzione⁴², c'è un ultimo aspetto su cui insistere - rimanendo sempre entro i confini della legislazione speciale in esame. La riforma statale introduce una vera e propria riserva di legge regionale quanto alla decisione sul porre (o meno) a carico del concessionario subentrante la previsione dell'eventuale indennizzo in favore di quello uscente; opinabile, certamente, la pretesa statale di vincolare la Regione all'impiego di un determinato atto-fonte, ciò che qui rileva è comunque la vigenza di una disposizione di rango primario che rimanda ad un altro atto normativo la regolazione di un aspetto della complessiva disciplina⁴³. Ciò premesso, la pretesa di trasporre in via analogica la normativa in

40 Cfr., per tutti, G. CARCATERRA, *op. cit.*, 10 ss.

41 Sulla distinzione tra *analogia legis* e *analogia iuris*, ad es., G. CARCATERRA, *op. cit.*, 19 ss.

42 Mi riferisco sempre al diritto di proprietà, ai sensi dell' art. 42 Cost.

43 Cfr. il comma 1-ter, lett. d), dell'art. 12 del D.Lgs n. 79/1999, come riformulato dall'art. 11 quater del D.L. n. 135/2018 più volte citato. Sul profilo esposto nel testo, cfr. A.ARGENTATI, *Rinnovo*, cit., 48.

materia di grandi derivazioni alle ipotesi di rinnovo delle piccole derivazioni, per ricavarne precetti immediatamente applicabili per la P.A., si scontrerebbe dunque con un ostacolo insormontabile: ovvero la necessità di “riempire” quei contenuti normativi, demandati oltretutto ad una fonte primaria, con il ricorso alla discrezionalità amministrativa, in assenza però di una base legislativa ed in contrasto con la predetta fonte primaria.

6. Qualche conclusione.

Alla luce di quanto esposto sino a qui, la posizione assunta dall'AGCM - con l'invito alle P.A. concedenti a disapplicare la normativa vigente in materia di rinnovi e a bandire immediatamente procedure competitive - desta più di qualche perplessità. In primo luogo, la trasposizione alla fase del rinnovo dei criteri previsti per la risoluzione della concorrenza tra più istanze di concessione (suggerita dall'Autorità Garante) appare soluzione difficilmente praticabile, se non improduttiva nell'ottica di un vero confronto competitivo. In secondo luogo, l'“impedimento”⁴⁴ che la P.A. incontra nel regolare la titolarità delle opere che - in ipotesi - transitino dal concessionario uscente a quello entrante riguarda invero la disciplina di un diritto, quello di proprietà, coperto da riserva di legge.

Approfondendo ancora: anche ritenendo, a monte, il contrasto tra legislazione nazionale e normativa UE in materia di rinnovi di concessioni; ed anche sposando la dottrina dell'effetto diretto nella sua declinazione oppositiva, rimane pur sempre vero che il caso in esame rientra in quelle ipotesi di “vuoto normativo”, generato dalla disapplicazione del diritto nazionale, di cui l'interprete deve farsi carico. Ebbene, escluso - sotto più profili - il ricorso ad una possibile analogia con la disciplina in materia di grandi derivazioni (che attende oltretutto un completamento legislativo regionale, non surrogabile con provvedimenti discrezionali della P.A.), ne consegue che ci troviamo allora alle prese con l'ultima opzione individuata dalla dottrina per uscire dall'*impasse*: ovvero la dichiarazione di incostituzionalità della legge divergente dai precetti dell'UE, parametri interposti rispetto agli artt. 117 e 11 della Costituzione. Il promovimento di una questione di legittimità costituzionale è però prerogativa dell'Autorità Giudiziaria; la P.A., di contro, è tenuta all'applicazione della legge (anche) incostituzionale, in attesa di una modifica da parte del Legislatore. Il primato del diritto UE non è così compromesso, ma trova affermazione nel rispetto delle regole interne all'ordinamento nazionale che,

⁴⁴ Citando sempre la sent. n. 201/2018 del T.S.A.P., pag. 14.

oltretutto, chiamano i diversi soggetti al rispetto dei propri ruoli e correlate responsabilità, senza stravolgimenti e forzature. La P.A. ed il Giudice sono parimenti tenuti a disapplicare la legge contrastante con il diritto dell'UE in presenza di disposizioni sovranazionali chiare, precise ed incondizionate che configurino "diritti" individuali; in caso contrario, l'interpretazione conforme o, al limite, il ricorso all'analogia potranno colmare le lacune generate dalla disapplicazione del diritto nazionale; se ciò non è (ragionevolmente) possibile, al Giudice spetta il dovere di rivolgersi alla Corte costituzionale; alla P.A. quello di applicare comunque la legge, mentre la primazia del diritto dell'UE troverà affermazione attraverso la via giudiziale, qualora esperibile su iniziativa di terzi interessati; o attraverso la responsabilità dello Stato, chiamato a modificare la legislazione contrastante con il diritto dell'UE. Ipotizzare, di contro, una P.A. protesa alla ricerca di una normativa applicabile purchessia, forzando il ricorso all'analogia e/o in violazione persino delle riserve di legge previste in Costituzione appare soluzione poco persuasiva⁴⁵.

In chiusura, ed in parte riprendendo considerazioni legate alla normativa speciale oggetto di questo scritto, una considerazione controcorrente rispetto alle affermazioni lapidarie spese dall'AGCM nei propri atti. Nulla da eccepire all'auspicio di misure pro concorrenziali in questo, come in altre settori dell'ordinamento laddove funzionali ad interessi meritevoli di tutela: ma è proprio vero che l'attuale quadro regolatorio in materia di rinnovi escluda radicalmente procedure competitive? Non pare così: ai sensi dell'art. 49 del R.D. n. 1775/1933, nel caso di richiesta di cd. variante sostanziale ad un progetto già assentito, o anche già realizzato si apre infatti un nuovo procedimento istruttorio, aperto anche ad una possibile concorrenza da parte di altri soggetti. E talune normative regionali traducono il portato di tali precetti riferendoli esplicitamente anche alla fase di rinnovo della concessione: non ostando alcunché, nella legislazione statale di principio, a tale conclusione⁴⁶.

In sostanza, alla luce di siffatta articolata disciplina, qualora l'istanza di rinnovo si accompagni a richieste di varianti sostanziali della concessione si apre una nuova istruttoria con possibili inserimento, previa adeguata pubblicità dell'istanza presentata, di potenziali concorrenti e conseguente giudizio da parte della P.A. sui due o più progetti in concorrenza, alla luce dei criteri su cui ci siamo in precedenza soffermati (dettati dall'art. 9 del R.D. cit., integrato talora dalle normative regionali di settore). In queste ipotesi viene dunque soddisfatta ogni esigenza di procedura

⁴⁵ Per critiche motivate ad una nozione dell' "effetto diretto" così dirompente cfr., ad es., R. BIN, *op. cit.*, nonché la dottrina riportata – seppure criticandola – da D. GALLO, *Effetto diretto*, cit., 20 ss.

⁴⁶ Cfr. ad es. L. Reg. FVG, 11/2015, art. 48, comma 5 – sebbene tale articolo di legge oggi non sia più applicabile alle concessioni idroelettriche in forza della sopravvenuta L. Reg. FVG n. 13/2021, art. 4, che ha riscritto la disciplina della fase di rinnovo.

competitiva aperta, trasparente e non discriminatoria⁴⁷. Che poi tale disciplina, alla luce della peculiare fattispecie in esame (complessivamente considerata⁴⁸), sia di per sé sufficiente a soddisfare le esigenze di aperture concorrenziali volute dall'UE è argomento ancora diverso, sul quale merita senz'altro interrogarsi e al quale darà – presumibilmente - una prima risposta il Legislatore statale nei prossimi mesi.

47 Sulle procedura “in concorrenza” come fattispecie di confronto competitivo ispirato ai principi, di derivazione europea, citati nel testo, cfr. ad es. T.S.A.P. sent. n. 194/2017.

48 Sul complesso intreccio di interessi che vengono in gioco nel caso delle concessioni idroelettriche, a differenza di altre fattispecie concessorie di beni demaniali, cfr. ad es. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, 2012, 463 ss., seppure con peculiare riferimento alla prospettiva ambientale; S. QUADRI, *op. cit.*