

LE CONCESSIONI IDROELETTRICHE: IL BENE-ACQUA TRA CONCORRENZA E SOSTENIBILITÀ.

Giacomo Biasutti

Abstract: ormai da tempo l'Unione Europea sprona l'Italia verso la progressiva apertura alla concorrenza nella concessione delle risorse idroelettriche. Il contributo vuole fare il punto sulle recenti modifiche legislative alla ricerca di criteri che possano indirizzare nella definizione della dimensione ottimale della gestione dell'asse fluviale. Si vuole così dimostrare che nella materia *de qua* è il bene oggetto del procedimento ad evidenza pubblica -l'acqua- che costituisce il limite proprio della discrezionalità amministrativa.

Abstract: *for some time now, the European Union has been urging Italy towards the progressive opening up to competition in the concession of hydroelectric resources. The contribution aims analyze the recent laws in such matter in the search for criteria that can guide the definition of the optimal dimension of the management of the river. Thus the essay aims to demonstrate that in the matter it is the object of the tender – i.e. public water - which constitutes the very limit of administrative discretion.*

SOMMARIO: 1. La gestione degli assi fluviali: una questione a cavallo tra il diritto della concorrenza ed il diritto ambientale - 2. Il bene acqua: le competenze nella evoluzione della consapevolezza ambientale - 3. Gli assi fluviali tra elementi naturalistici, competenze amministrative e interessi economici: la definizione dell'oggetto della concessione - 4. Le formule gestionali nei recenti rimaneggiamenti normativi - 5. La crisi energetica come occasione di sviluppo degli assi fluviali. Verso la gestione condivisa del bene-acqua - 6. La natura del bene come veicolo per ripensare ai rapporti tra pubblico e privato?

1. La gestione degli assi fluviali: una questione a cavallo tra il diritto della concorrenza ed il diritto ambientale.

Uno dei temi che in tempi recenti ha occupato con sempre più interesse il legislatore¹ e la giurisprudenza² è quello dell'affidamento delle concessioni di grande derivazione idroelettrica³. Da un lato, l'afflato eurounitario impone sempre maggiori aperture al mercato; dall'altro la tutela della risorsa idrica impone scelte che

¹ Cfr. il *paper* di ricerca, con prefazione di T.E. FROSINI, *Le concessioni idroelettriche in Italia. Principi, norme e prospettive future*, ad opera della Fondazione Magna Carta.

² In ultimo, vedasi Corte costituzionale, 22 dicembre 2022, n. 265, in *Federalismi.it*, XXXIV, 2022.

³ Ma, più in generale, si è posta attenzione alla legislazione in tema di ambiente quale forma di regolazione verso le generazioni future di un bene comune indisponibile. Vedasi, sul punto, A. CRISMANI, *La protezione costituzionale del diritto all'acqua pubblica tra crisi finanziaria e diritti umani. L'art. 70.a della Costituzione slovena sul "Diritto all'acqua potabile"*, in *Amministrazione in cammino*, 30 dicembre 2016, ove in particolare l'Autore afferma come la disciplina in materia di acque pubbliche sia stata in molti casi l'apripista delle disposizioni di diritto ambientale generale.

collidono a volte con l'interesse imprenditoriale alla massimizzazione del profitto ritratto dalla gestione dell'asse fluviale. Si tratta, infatti, di uno dei casi in cui il bene oggetto di disciplina influenza maggiormente le norme di diritto positivo che lo riguardano⁴.

Progressivamente, infatti, è divenuta sempre più pressante la necessità di garantire il più ampio accesso al mercato⁵, superando quella rigidità nella domanda che finiva con il favorire necessariamente le gestioni uscenti in regime di *in house* delle vecchie aziende municipalizzate⁶. Questo, però, più recentemente ha anche portato a riflettere sulla reale efficienza ambientale di una gestione particellare dell'asse fluviale, che atomizza la risorsa idrica in un proliferare di competenze⁷ che diviene spesso molto difficile controllare o ricondurre ad unità. L'inefficienza della frammentazione, infatti, risulta acuita da una serie di fattori, non ultima la scarsa produttività complessiva del sistema⁸. Di qui, la necessità di ricondurre ad efficienza il sistema sotto un duplice profilo: quello amministrativo, con risparmio di tempo e risorse nelle procedure di gara maggiore coerenza nell'individuazione delle politiche

4 Situazione simile, con i dovuti distinguo, a quella che si ritrova nell'ambito dei beni culturali, che al pari dell'ambiente sono bene-fine dell'ordinamento rispetto al bene-mezzo della concorrenza che è però utile a renderli fruibili per i cittadini. Nel secondo caso, infatti, la disciplina è servente rispetto al raggiungimento di altri scopi (ad esempio il risparmio di spesa o l'esercizio di servizi pubblici). Per tutti, vedasi L. PRISCOLI, *La concorrenza, Quaderno del servizio studi della Corte costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*, in uno con i relativi riferimenti giurisprudenziali.

5 E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Giuffrè, Milano, 2012, infatti, sottolineava come «l'intero sistema si presenta ancora oggi praticamente ingessato, con margini di ridisegno alquanto ridotti principalmente per effetto del fattore di rigidità rappresentato dalle concessioni di derivazione e di emungimento rilasciate (e rinnovate) nel tempo», pag. 443, cit. Vedasi anche M. COLLEVECCIO, *La liberalizzazione del settore elettrico nel quadro del diritto comunitario. Alla ricerca di un giusto bilanciamento tra regole di concorrenza ed esigenze di servizio pubblico*, Cacucci editore, Bari, 2000. Vedasi anche B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, ove l'Autore analizza la questione della gestione della risorsa idrica nella prospettiva della legislazione dei beni demaniali: l'elemento comune di fondo è che anche da questo punto prospettivo lo sfruttamento economico del bene-acqua reca in sé un intrinseco interesse pubblico (pag. 27 ss., cit).

6 Si tratta, come si può intuire, di una sorta di diritto di insistenza *sui generis* derivante direttamente dalla conformazione naturale del bene oggetto di disciplina. Lo sottolinea già S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2003. Vedasi anche sul tema L.R. PERFETTI, «Diritto di insistenza» e rinnovo della concessione di pubblici servizi, in *Foro amm. – Consiglio di Stato*, I, 2003, e 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*, XXIV, 2013.

7 Per una ricostruzione sistematica dell'assetto di competenze a livello costituzionale, vedasi F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007.

8 Di quest'idea A. CRISMANI, *op. cit.* il quale propone di riflettere sulla circostanza per cui «Fattori ostili come la scarsità delle risorse, le difficili condizioni dei conti pubblici, la mancata ripresa dei fattori di crescita e della produttività, l'utilizzo delle risorse pubbliche a scopi di risanamento hanno determinato un impatto negativo sui diritti sociali ed economici e li hanno trasformati in diritti finanziariamente condizionati, riconfigurando di fatto il tipo di Stato», pag. 5, cit. S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e Prospettive*, Pisa, 2018, invece, partendo dall'analisi della evoluzione normativa della disciplina di settore, sottolinea come la progressiva liberalizzazione del settore idroelettrico dovrebbe portare al contemperamento della riduzione dei costi con il miglioramento del servizio -anche in una prospettiva ambientale.

strategiche e quello privato, con la garanzia della possibilità di un più proficuo sfruttamento a fini idroelettrici. Sullo sfondo, resta però l'idea che entrambi questi aspetti facciano da cornice al bene giuridico tutelato, restando sempre serventi all'idea che la risorsa idrica debba esser preservata onde mantenersi riproducibile a servizio delle generazioni future⁹.

Ci si trova, insomma, avanti alla tensione tra interessi pubblici meritevoli di tutela: parte di questi riguardano la concorrenza e l'economicità nella gestione dei beni pubblici¹⁰, mentre altra parte si riferisce invece a valori ambientali e di tutela di una risorsa non ripetibile come è l'acqua¹¹. Trovare il giusto equilibrio è opera non facile cui è chiamato dunque il legislatore prima e l'amministratore poi, pur con l'aiuto di alcuni referenti che provengono dalla giurisprudenza interna e sovranazionale¹².

2. Il bene acqua: le competenze nella evoluzione della consapevolezza ambientale.

L'acqua è uno dei beni demaniali per antonomasia¹³: a partire dal diritto civile, dunque, esso gode di una disciplina speciale. Si tratta, nell'essenza, di un patrimonio

9 Questa l'idea espressa da A. MASSARUTTO, *L'acqua: un dono della natura da gestire con intelligenza*, Il Mulino, Bologna, 2008 oltre che, a livello europeo, contenuta nella c.d. direttiva acque, 2000/60/CE.

10 Si parla quindi, da un lato, della massima apertura alla concorrenza degli affidamenti e del superamento della gestione diretta da parte degli enti locali nei quali le derivazioni vengono ad essere collocate, mentre dall'altro ci si riferisce alla necessaria tutela delle piccole imprese cui deve essere comunque garantito l'accesso alle gare, ove possibile.

11 Dunque, una risorsa necessariamente pubblica, come dimostra il regime di demanialità -originariamente statale- delle acque superficiali, come rimarca A. POGGIA, *Acqua e ambiente*, in G.P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2008.

12 Tra le ultime, appunto, la sentenza della Corte costituzionale richiamata alla nota 2, come pure la n. 117/2022 e n. 256/2020.

13 Definito tale, infatti, già dall'art. 822 del Codice civile, che recita «*Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia ...*». Di converso e specularmente, l'art. 144 del Testo Unico delle norme in materia ambientale, d.lgs. n. 152/2006, prevede a sua volta che «*Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato. Le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale. La disciplina degli usi delle acque è finalizzata alla loro razionalizzazione, allo scopo di evitare gli sprechi e di favorire il rinnovo delle risorse, di non pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la piscicoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici*». L'evoluzione della disciplina dimostra quindi che il bene-acqua è inteso sempre più come una componente qualitativa dell'ecosistema che deve essere garantito non solo per le generazioni attuali, quanto soprattutto lasciato in eredità il più possibile intatto per le generazioni future. Di qui il concetto di bilancio idrico, che esprime proprio la necessità di equilibrio tra le diverse istanze (economica, del presente e ambientale, proiettata verso il futuro). Cfr. P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2012, pag. 78 ss. La prospettiva di indagine, peraltro, è stata da tempo oggetto di attenzione anche da parte di studiosi non italiani, come P. BIRNIE-A.E. BOYLE-C. REDGWELL, *International law and the environment*, Oxford University Press, Oxford, 2021, ove si focalizza in particolare l'attenzione sulla circostanza per cui gli assi fluviali sono beni che trascendono i rigidi confini degli stati nazionali (ma nella stessa prospettiva anche S. MC CAFFEREY, *The law of international watercourses*, Oxford University Press, Oxford, 2019) e P. SANDS, *Principles of international environmental law*, Philippe Sands, Cambridge, 2018.

comune¹⁴ che finisce in alcuni casi addirittura con il trascendere la singola potestà statale, ove l'asse fluviale si espanda oltre il confine del singolo paese¹⁵. A questo aspetto però si aggiunge il fatto che, specie alla luce della accelerazione degli obiettivi di transizione ecologica imposta dall'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - PNRR, l'acqua dolce è anche una risorsa che deve sempre più essere sfruttata per consentire l'abbattimento dell'approvvigionamento da fonti energetiche di matrice fossile¹⁶. La crisi politico-energetica iniziata nel 2021, peraltro, ha ulteriormente dimostrato la capitale importanza della progressiva emancipazione dall'approvvigionamento energetico estero¹⁷, il che ha ulteriormente aumentato l'attenzione verso lo sfruttamento degli assi fluviali.

Da questo quadro complessivo, si può calare il ragionamento a partire dall'individuazione delle competenze alla disciplina giuridica delle acque di superficie. Sulla relativa gestione, allora, vi è la concorrenza di almeno due diversi poli attrattivi: quello afferente alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema¹⁸ e quello

14 In dottrina si è annoverata l'acqua, infatti, tra i «beni comuni naturali» da parte ad esempio di E. BOSCOLO, *op. cit.*, pag. 211, cit. Non si può però mancare di sottolineare come tale ricostruzione teorica sia ancora oggi non del tutto condivisa. Vi sono infatti autori che, ben diversamente, ritengono sia del tutto fuori fuoco inquadrare l'acqua tra i beni comuni pensando che così si risolvano le tematiche giuridiche di gestione della risorsa. In questi termini, ad esempio, G. DI PLINIO, voce *Ambiente*, in E. SOMAINI, (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Giappichelli, Torino, 2015, secondo cui «Al di là della valutazione politica e del rilievo pratico che si voglia attribuire a una categoria dello spirito come quella dei beni comuni, il valore scientifico della sua costruzione giuridica ha la resistenza di un fiocco di neve fluttuato in casa dalla porta semiaperta».

15 Ci si riferisce, in particolare, alla Convenzione di Helsinki del 1992, approvata dall'allora Comunità Europea con decisione 95/308/CE e ratificata dall'Italia con legge 12 marzo 1996, n. 171. Si tratta di un accordo che vuole promuovere, essenzialmente, una gestione condivisa e sostenibile della risorsa idrica, vista allo stesso tempo come strumento di sviluppo economico e via per il progredire di una pacifica collaborazione tra le nazioni europee. Occorre segnalare, peraltro, che per quanto riguarda l'aspetto degli usi internazionali delle vie d'acqua diversi dalla navigazione è invece stata stipulata la Convenzione sul diritto delle utilizzazioni dei corsi d'acqua internazionali diverse dalla navigazione, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 maggio 1997 (su tale atto, vedasi A. SILVERIO, *Convenzione (non ancora in vigore) sul diritto delle utilizzazioni dei corsi d'acqua internazionali diverse dalla navigazione - ed altro - adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite a New York, in data 21 maggio 1997*, in questa Rivista, 7 febbraio 2008).

16 Si deve, infatti, ricordare, che proprio il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, alla missione M2C2, relativa a *Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile*, prevede come obiettivo quello l'«Incremento della quota di energia prodotta da fonti di energia rinnovabile (FER) nel sistema, in linea con gli obiettivi europei e nazionali di decarbonizzazione», rispetto al quale la linea di investimento è pari a 23,78 miliardi di euro. Questi investimenti, peraltro, si pongono in linea con il rispetto dei *target* di emissione previsti nell'ambito del c.d. *European Green Deal* (COM/2019/640), atto di indirizzo dell'Unione Europea in attuazione dell'accordo di Parigi volto alla limitazione del riscaldamento globale (peraltro già in parte attuato dall'Italia con il PNIEC - Piano Nazionale Integrato Energia e Clima, dicembre 2019).

17 In quest'ottica, peraltro, si può pure vedere il fatto che con il d.l. n. 21/2022, relativo al cd. «golden power», si sia previsto che a decorrere dal 1° gennaio 2023, vi sia l'obbligo di notifica degli acquisti, a qualsiasi titolo o con qualsiasi modalità effettuati, di partecipazioni di controllo da parte di soggetti appartenenti all'Unione europea nel settore dell'energia. Questo al fine di consentire l'esercizio del potere sostanzialmente di veto da parte dello Stato.

18 Art. 117, comma 2, lett. s), della Costituzione. Cfr. per una introduzione, *ex multis*, D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (a cura di), *op. cit.*, pag. 233 e ss., ma, anche, M. CECCHETTI, *La materia «tutela dell'ambiente e dell'ecosistema» nella giurisprudenza costituzionale. Lo stato dell'arte e i nodi ancora irrisolti*, in *Federalismi.it*, I, 2007.

relativo alla concorrenza¹⁹. In entrambi i casi, la centralità del bene giuridico tutelato²⁰ fa sì che la potestà di disciplina della materia -dunque la competenza amministrativa che ne consegue a valle²¹- sia ascritta in via esclusiva allo Stato²². Si tratta, peraltro, di una competenza doppiamente trasversale²³ poiché attiene a due materie²⁴ che, tipicamente, trascendono i rigidi confini che solitamente demarcano i poteri legislativi tra centro e periferia. A questi due plessi competenziali se ne affianca però un terzo, laddove l'articolo 117, comma 3, affida alla potestà legislativa concorrente la materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia²⁵. Sulla base di questo affastellato quadro normativo, quindi, gli art.144 e ss. del d.lgs. n.

19 Art. 117, comma 2, lett. e), della Costituzione. Cfr. R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, nota a Corte costituzionale n. 14/2004, in *Regioni*, IV, 2004. Vedasi anche F.S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2002, L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del titolo V della Costituzione: il fondamento costituzionale e il riparto di competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, III, 2003, e, più recentemente, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, P. FATTORI-M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010, A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2016 e M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in M. AINIS-G. PITRUZZELLA (a cura di), *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, Cacucci editore, Bari, 2019.

20 Che nel caso dell'ambiente è, come detto, un tipico bene fine dell'ordinamento (un tempo pure correlato alla salute, quantomeno prima della recente riforma costituzionale dell'art. 9, di cui alla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, cfr. M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, I, 2022, nonché A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE online*, IV, 2021). Nel caso della tutela della concorrenza si tratta invece come si anticipava di un c.d. bene-mezzo, ossia un bene giuridico la cui tutela è funzionale al conseguimento o alla protezione di altri beni giuridici meritevoli di tutela nell'ordinamento (come, ad esempio, il libero sviluppo economico privato o la regolarità di cassa delle pubbliche istituzioni e, financo ed *in primis* la soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso alla singola commessa).

21 Cfr. M.R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, in A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del 1° Colloquio di diritto dell'ambiente (Teramo, 29-30 aprile 2005)*, Giuffrè, Milano, 2006.

22 Salvo, come si vedrà, le competenze delle Regioni e Province Autonome e salvo comunque il fatto che, in diversi casi lo stesso Stato tende a delegare la gestione minuta della risorsa ad enti locali in maniera decentrata.

23 Cfr. M. CECCHETTI, *op. cit.*, ove si afferma che «la tutela dell'ambiente si atteggia come interesse tipicamente "trasversale" rispetto a una molteplicità indefinita di settori, di materie e di ambiti oggettivi nei quali intervengono le politiche pubbliche, coinvolgendo parimenti e in primis, ancorché tramite il riconoscimento di ruoli diversi e l'esercizio di competenze distinte, tutti gli enti della Repubblica e, soprattutto, i legislatori (e le amministrazioni) dello Stato e delle Regioni», pag. 130, cit., nonché, dello stesso Autore, *La Corte costituzionale come "titano" nell'esplosione della complessità: il contenzioso tra Stato e Regioni sulla riforma dei procedimenti di valutazione d'impatto ambientale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, II, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2021

24 Il termine «materia», in effetti, è stato peraltro oggetto di critica dalla stessa giurisprudenza costituzionale, laddove per un certo periodo di tempo il giudice delle leggi ha preferito riferirsi al tema in termini di "valore giuridico". Il concetto, in effetti, è decisamente più labile rispetto a quello di materia fatto proprio dall'ordinamento giuridico: il fine di questa interpretazione è ampliare i margini di intervento «migliorativo» da parte delle Regioni, intendendo il riparto di competenze in senso non escludente rispetto ad un bene comune. Cfr. M CECCHETTI, *op. cit.*

25 Sul punto, vedasi G.B. CONTE-M.A. SANDULLI, *Le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: uso di una risorsa strategica fra problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza*, in www.aragon.es.

152/2006 stabilisce i principi di tutela ed uso sostenibile delle risorse idriche, disegnando un quadro al rispetto del quale sono tenuti tutti gli attori istituzionali.

Alla luce di un tanto, il punto dal quale si deve partire nell'analisi della questione concessoria delle derivazioni idriche è il fatto che la disciplina, ogniqualevolta tocchi anche indirettamente aspetti concorrenziali ovvero il bene ambiente, non potrà che essere appannaggio esclusivo dello Stato. Anche in materia energetica, ove la competenza è concorrente, sarà quest'ultimo a definire un quadro complessivo di disciplina all'interno del quale si iscrive l'attività legislativa regionale. Nei fatti, ciò che avviene è una distinzione gestionale delle concessioni a seconda della relativa portata, secondo principi di efficienza, peraltro ricordando che ai sensi della c.d. direttiva Bolkenstein²⁶ si tratta di un servizio fornito dietro retribuzione, dunque soggetto comunque ai principi di libertà di stabilimento degli operatori economici²⁷. Da questo quadro emerge che la concorrente disciplina regionale, in via autonoma potrà essere limitata ad aspetti del tutto marginali e solamente nel caso in cui l'intervento sia funzionale al miglioramento degli *standards* di tutela ambientale²⁸ e di competitività complessiva del sistema²⁹. Per gli altri aspetti, questi soggetti opereranno solamente per delega statale³⁰. La trasversalità degli interessi toccati, in altre parole, limita fortemente la possibilità di intervento, tanto dello Stato³¹, quanto delle Regioni e degli enti locali³².

3. Gli assi fluviali tra elementi naturalistici, competenze amministrative e interessi economici: la definizione dell'oggetto della concessione.

Per esaminare quali siano le strategie di gestione della risorsa idroelettrica, occorre anzitutto avere contezza di cosa si intenda per asse fluviale dal punto di vista

26 Direttiva 2006/123/UE.

27 Art. 49 T.F.U.E. e successivo art. 57.

28 Tale eventuale intervento sussidiario di carattere migliorativo ha peraltro trovato legittimazione in alcuni arresti del giudice costituzionale, come la sentenza 26 luglio 2002, n. 407 (poi però ampiamente riletta dalla successiva giurisprudenza). Vedasi in merito P. COLASANTE, *La ricerca di una nozione giuridica di ambiente e la complessa individuazione del legislatore competente*, in *Federalismi.it*, XX, 2020.

29 Questo non toglie, però, come molte volte sono proprio gli enti locali che, attraverso la conoscenza puntuale dei luoghi e delle esigenze di chi vi risiede, vengono delegati alla individuazione concreta delle caratteristiche delle concessioni idroelettriche – prima fra tutte la dimensione delle stesse rispetto all'asse fluviale preso in considerazione.

30 Salva la competenza speciale delle regioni a statuto autonomo, per le quali tuttavia resta fermo il rispetto dei principi concorrenziali, sulla base dei quali la Corte costituzionale ha in effetti a più riprese dichiarato l'incostituzionalità anche della normativa adottata dalle regioni autonome (da ultimo vedasi il caso del Friuli Venezia Giulia e la già citata sentenza n. 265/2022).

31 Rispetto all'Unione Europea, che come noto detta la linea in materia di libera concorrenza.

32 Con riferimento ai quali, dunque, la competenza è il risultato della progressiva erosione delle residue potestà statali che non vengono concentrate nel plesso centrale a Roma. Non a caso, la Corte costituzionale ha a più riprese ricordato che «*la nozione di «concorrenza» di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. «non può non riflettere quella operante in ambito europeo ...»* (così, la sentenza n. 83/2018 cit., ma si vedano anche le nn. 291 e 200 del 2012 e la n. 45/2010).

giuridico -o, per meglio dire, cosa si intenda con il concetto per identificare l'estremo materiale di disciplina.

Sotto il profilo naturalistico, occorre anzitutto considerare la nozione di *bacino idrografico*. Con tale termine, infatti, si definisce la porzione del territorio dalla quale vengono addotte le acque che alimentano il fiume³³. Partendo da questa prospettiva, l'*asse* o *corso* fluviale, è l'estremo di captazione finale delle acque addotte nel bacino. Dal punto di vista geomorfologico, quindi il bacino è l'unità fisiografica fondamentale per poter individuare un regime di disciplina delle acque, qualsiasi ne sia l'ipotesi di sfruttamento ai fini economici³⁴.

Un riferimento normativo diretto, in quest'ottica, si rinviene all'art. 68-*bis*, del Codice dell'ambiente – d.lgs. n. 152/2006, con riguardo ai c.d. contratti di fiume. Si tratta di strumenti volontari di programmazione strategica di carattere negoziato attraverso i quali i diversi operatori titolari di poteri gestori sul bacino idrografico concertano le rispettive attività nell'ambito di uno sfruttamento condiviso della risorsa³⁵. L'idea di fondo, dunque, è proprio quella che l'elemento fisico (il fiume) sia l'estremo di una attività amministrativa ma, al contempo, detti i limiti della funzione amministrativa stessa sulla base delle relative caratteristiche. In quest'ottica, il bacino è dunque anche il parametro di misura iniziale per cercare di definire una dimensione gestionale ideale della risorsa. Questo perché non solo consente di partire nella ricerca dell'assetto gestorio dal bene-fine che ne è oggetto³⁶, ma anche

33 Così viene definito il bacino, che diviene *imbrifero* ove invece le acque di raccolta derivino in via esclusiva dal dilavamento delle piogge; cfr. G. SUPINO, *Le reti idrauliche*, Pàtron, Bologna, 1965. Vedasi anche, quanto alla letteratura più prettamente riferita agli aspetti idraulici del fenomeno, G. BENINI, *Sistemazioni idraulico-forestali*, UTET, Torino, 1990 e A. ARMANINI, *Principles of river hydraulics*, Springer, Zurigo, 2018.

34 Così M. BASTIANI (a cura di), *Contratti di fiume. Pianificazione strategica e partecipata dei bacini idrografici*, Flaccovio Dario, Palermo, 2011.

35 In effetti, la formulazione della norma riecheggia molto l'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali) che disciplina invece l'accordo di programma quale formula di amministrazione negoziata di interventi complessi. Si tratta, in quel caso, di un accordo *ex art.* 15, l. n. 241/1990, attraverso il quale amministrazioni in rapporto di reciproca indipendenza, dettano le linee di un'azione coordinata per il migliore soddisfacimento degli interessi dei quali sono tributarie. Nel caso dei contratti di fiume, invece, questi si sono ritenuti per parte della dottrina non veri e propri contratti ma, al pari degli accordi di programma, delle formule negoziali di diritto pubblico (cfr., ante riforma del Codice dell'ambiente con inserimento dell'art. 68-*bis*, G. GARZIA, *La pianificazione delle acque nel sistema dei piani regionali e locali*, in *Foro amm. – Consiglio di Stato*, I, 2006, pag. 298 ss.). Dunque, vi è anche stato chi ha proposto di ricondurre la figura al novero delle ipotesi di partenariato pubblico-privato, sebbene in sostanza *extra codicem* in quanto non direttamente riferibile al d.lgs. n. 50/2016 (cfr. A. PORTERA, *I contratti di fiume*, in *Federalismi.it*, XVIII, 2017). Invero, a prescindere dalla correttezza di questa ricostruzione, il riferimento alle ipotesi di partenariato torna utile per richiamare concetti come quello di sostenibilità economico-finanziaria della gestione della risorsa nel lungo periodo e di assunzione del rischio gestionale in capo al privato. In questo caso, l'ampiezza del bacino e le modalità di concessione del relativo sfruttamento vengono determinate anche in base a questi fattori economici oltre che riferendosi ai soli - ma comunque preponderanti- elementi naturalistici.

36 Stante la sopra accennata preponderanza della necessità di tutela ambientale rispetto agli aspetti economici. Si tratta di una prevalenza, peraltro, che non ha carattere assoluto, ma che chiama il legislatore -dunque a valle l'amministratore- ad una prudente valutazione caso per caso dell'equilibrio tra la necessità di garantire la massima apertura al mercato con il rispetto di valori fondamentali quali quelli della tutela della salute e delle

perché si tratta di un dato empirico riscontrabile con certo maggiore facilità rispetto all'applicazione asettica di criteri di tipo mercantilistico-concorrenziale³⁷ o, più in generale, di perimetrazioni operate cartolarmente ed in astratto partendo dalle competenze amministrative dei singoli enti territoriali.

Alla luce di un ciò, pertanto, si deve partire dal dato naturalistico e individuare il bacino idrografico. Da questo punto di partenza, poi, si possono individuare le competenze afferenti, perché i confini naturali non seguono quelli amministrative. In ragione di ciò, nella materia *de qua* si vede sin da subito l'importanza e l'utilità di attivare eventuali forme di collaborazione tra i soggetti istituzionali coinvolti³⁸. Si tratta di formule di partenariato pubblico-pubblico che potrebbero teoricamente financo arrivare a definire l'ampiezza giuridica del bacino; nondimeno in linea generale nella prassi ciò che si vede è che tendenzialmente è sempre una unica amministrazione che, ai fini della concessione in utilizzo delle acque, definisce un ambito ottimale all'interno del perimetro territoriale delle proprie competenze³⁹. E questo perché il dialogo tra vari plessi competenziali, se supera la soglia della mera consultazione, tende a essere considerato come un elemento di rallentamento del sistema⁴⁰.

Ai primi due elementi -naturalistico ed amministrativo- si accosta quindi il terzo, che è quello di carattere economico. Nell'ambito di un bacino idrografico, infatti, la gestione unitaria dell'asse può essere raggiunta solo ove l'accorpamento di varie

risorse ambientali. Vedasi sul punto la sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2022, n. 4 ed i precedenti specifici ivi citati, tra cui le sentenze del medesimo giudice nn. 56/2020 e 30/2016.

37 Cfr. M.M. FRACANZANI, *L'ambiente tra tutela e (necessario) profitto nel d.lgs. n. 152 del 2006*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, CEDAM, Padova, 2007.

38 Proprio in quest'ottica si pongono gli strumenti di coordinamento come gli accordi di programma ed i c.d. contratti di fiume. Se certamente, infatti, ciascuna Regione -ove delegata, o ad autonomia speciale- può dettare una disciplina delle acque per la porzione di asse idrico che rientra nei propri confini, il senso di una gestione ambientalmente orientata dell'acqua quale bene demaniale che si proietta verso il futuro impone invece il coinvolgimento -quantomeno istruttorio- di tutti i soggetti posti a monte e a valle di una eventuale concessione di sfruttamento. Vedasi sul punto L. MARTINEZ, *Il governo delle risorse idriche tra competenze statali e territoriali*, in M. GIGANTE, (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*. Atti del convegno tenutosi a Sassari il 20 e 21 maggio 2011, Jovene editore, Napoli, 2012, secondo la quale «*Pare ... intravedersi il tramonto di scelte normative che si limitavano alla semplice allocazione delle funzioni verso il livello centrale ed anzi, al contrario, appare una certa tendenza a spogliare il centro di alcuni poteri in materia di acqua*». Per una analisi di carattere più marcatamente economica della questione del riparto di competenze, il riferimento corre a L. DANESI-M. PASSARELLI-P. PETRUZZI, *Quale livello di regolazione per i servizi idrici? Uno schema di analisi sulla distribuzione verticale ed orizzontale delle funzioni di regolazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, in specie pag. 389 ss.

39 L'art. 14 della legge 18 maggio 1989, n. 183 (oggi integralmente abrogata ad opera del Codice dell'ambiente) stabiliva però già oltre trent'anni orsono quali fossero i bacini idrografici di rilevanza nazionale. Tra questi, sia fiumi che scorrevano interamente all'interno di una unica regione, sia fiumi transregionali. All'evidenza, dunque, il criterio distintivo era di carattere naturalistico e non giuridico, a conferma delle premesse concettuali che si sono sopra adombrate.

40 Pare essere una riprova di questa conclusione, ad esempio, la disciplina introdotta all'art. 17-bis, della l. n. 241/1990, ossia il c.d. silenzio orizzontale tra P.A. Cfr. A. CARRÀ, *Il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche: prospettive di semplificazione e limiti applicativi*, in *Cammino diritto*, VII, 2022.

centrali di captazione in una unica concessione⁴¹ risulti sostenibile sotto il profilo tecnico-economico. Invero, da un punto di vista astratto, punti di adduzione produttivi potrebbero «trainare» anche concessioni meno remunerative. Dall'altro lato, però, nell'ottica privata, accorpare concessioni con livello di remuneratività diverso tra loro comporta invece il rischio che gli investimenti vengano concentrati esclusivamente nella porzione fluviale in grado di generare reddito. Il corretto bilanciamento di queste opposte istanze, quindi, può essere raggiunto esclusivamente attraverso la corretta redazione della documentazione di gara, ove indicare puntualmente quali siano gli oneri⁴² di investimento sulla rete che in ogni caso debbono essere soddisfatti. La dimensione economica della gestione, insomma, viene a valle dei primi due aspetti che si sono sopra lusingati proprio perché è una creazione sintetica operata dall'amministrazione -o dalle diverse amministrazioni- che gestisce l'asse⁴³. Nondimeno, dal punto di vista del giurista pratico, è indubbiamente anche la più importante, perché dall'equilibrio⁴⁴ delle diverse istanze

41 Ma, di converso, questo ragionamento può essere operato anche ove si spezzetti l'asse in diverse concessioni.

42 Ci si riferisce, in particolare, anche al fatto che gli appalti pubblici sono oggi strumento di miglioramento della qualità dell'ambiente attraverso l'imposizione dei c.d. *standards* ambientali minimi, ossia di quel minimo di livello di tutela che deve sempre essere garantito, divenendo componente qualitativa fondamentale dell'offerta in gara. Il riferimento corre all'art. 34, d.lgs. n. 50/2016 ed al precedente d.m. del Ministero dell'ambiente, 11 aprile 2008, di approvazione del Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, come aggiornato dal d.m. 10 aprile 2013 ed integrato da numerosi decreti adottati per specifici settori merceologici. È una impostazione, quest'ultima, che trova conferma anche nel Codice dei contratti pubblici di imminente adozione da parte del Governo. Cfr. per una introduzione generale al tema, P. DELL'ANNO, *La tutela ambientale come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, Relazione presentata al Convegno nazionale «*La Costituzione Repubblicana, fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*», Vicariato di Roma – Ufficio Pastorale Universitaria, Roma 13-15 novembre 2008 in *lexambiente.it*, 30 novembre 2008, nonché, con specifico riferimento alla materia degli appalti pubblici, G. QUINTO, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, in questa Rivista, I, 2020, nonché G. FIDONE, *Ecoefficienza e sviluppo sostenibile nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in P. DELL'ANNO-E PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, III, CEDAM Padova, 2015, e M. OCCHIENA, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Giuffrè, Milano, 2008, il quale in particolare sostiene come la spesa pubblica possa avere la funzione di «*incentivare la produzione verde, orientando e modificando i cicli produttivi delle imprese*».

43 Sono infatti queste ultime a definire l'ampiezza giuridica del bacino, come si è visto.

44 Il termine in questo caso riecheggia volontariamente la nozione di equilibrio economico-finanziario, che come noto è uno -e forse il più importante- dei requisiti indefettibili che deve sempre realizzarsi nell'ambito delle concessioni. Vedasi in proposito l'art. 165, d.lgs. n. 50/2016, rubricato *Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni*, ed, in giurisprudenza, circa la valutazione del PEF – Piano Economico Finanziario come strumento di valutazione del rischio, in ultimo, Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795, ove si ricorda che «*Se la concessione si qualifica per il trasferimento del rischio operativo dal concedente al concessionario, il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato con la lex specialis della procedura per la selezione del concessionario*». In dottrina, per una introduzione sul tema, M. MECCHIA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. I contratti di concessione*, in *Giornale dir. amm.*, IV, 2016.

-fine di lucro del privato e tutela della risorsa pubblica- si giunge al risultato finale di garantire uno sfruttamento sostenibile del bene-acqua.

Guardando alla questione invece partendo dal profilo economico, in effetti, si parte all'inverso nella definizione della formula amministrativa attraverso la quale concedere la gestione: a seconda del fatto che vi sia o meno un mercato in grado di assicurare il soddisfacimento dei pubblici interessi garantendo al contempo una remuneratività per il prestatore del servizio⁴⁵, si potrà infatti stabilire se la formula gestionale sarà quella dell'appalto ovvero quella di un partenariato pubblico-privato, magari *sui generis*.

4. Le formule gestionali nei recenti rimaneggiamenti normativi.

Proprio dalla ricostruzione della catena logico-giuridica di decisione circa le formule da utilizzare per la gestione dell'asse fluviale, si può partire nel cercare di individuare quali siano i possibili strumenti per garantire la compartecipazione privata nello sfruttamento della risorsa-acqua. Questo, dal presupposto che una forma attiva di partenariato garantisca il migliore equilibrio tra la tutela del bene e le esigenze di sfruttamento economico dello stesso.

Anzitutto, si deve ricordare che l'utilizzo di un bene demaniale non può essere disposto a favore di terzi tramite contratti di diritto privato; l'unico strumento dispositivo idoneo è costituito infatti da una categoria di provvedimenti amministrativi tipici⁴⁶, che sono le concessioni⁴⁷. Tuttavia, in questo caso trattiamo

45 Lo schema di ragionamento, in effetti, in questo senso non è dissimile da quello proposto da G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Il Mulino, Bologna, 2009, ove secondo gli Autori la c.d. teoria dei giochi, che categorizza le scelte razionali degli operatori sulla base della relativa convenienza economica, può essere una valida formula di spiegazione non solo con riferimento alle scelte degli imprenditori sul mercato (ed ai comportamenti dei consumatori) ma anche avendo riguardo alle determinazioni della pubblica amministrazione. E questo, specie in materia di servizi pubblici, ove alla potestà regolatoria dello Stato si affianca il potere decisionale degli enti locali rispetto alle concrete modalità di erogazione del servizio.

46 In questa prospettiva la tipicità del provvedimento amministrativo assume una pregnanza ancora maggiore, posta la precisione con la quale il legislatore ha definito la tipologia di atto e i profili contenutistici dello stesso. Si tratta di elementi cui, in tempi recenti, si è ulteriormente associato quello procedimentale, a seguito della determinazione delle modalità di affidamento delle concessioni. Prospettiva, quest'ultima, peraltro prefigurata da C. MAINARDIS, *Concessioni idroelettriche di piccola derivazione e procedura di rinnovo: tra precetti dell'UE, lacune normative ed interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in questa Rivista, IV, 2021, ove l'Autore concorda con gli auspici di ulteriore aperture pro-concorrenziali provenienti, in particolare dall'AGCM, sebbene ritenga che il quadro regolatorio in allora vigente – ma come si vedrà recentemente innovato – già consentisse di operare scelte in favore delle procedure competitive senza necessità di una riforma legislativa puntuale in tal senso.

47 Per una panoramica generale su questo tipo di provvedimenti, cfr. R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione nel servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998, nonché A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Monduzzi editoriale, Bologna, 1993, pag. 380 ss. Per risalire alle radici storiche, A.M. SANDULLI, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1958 e F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, CEDAM, Padova, 1965. Quanto, invece, al diverso tema -che pur presenta notevoli punti in comune- delle c.d. concessioni economiche, vedasi

anche di un servizio, del pari, pubblico: quello di generazione di energia elettrica per il tramite dello sfruttamento della risorsa idrica ai fini della successiva immissione nella rete elettrica nazionale per la vendita⁴⁸. Anch'esso, in quanto tale, è pertanto ritenuto un servizio⁴⁹ fornito dietro retribuzione ai sensi della c.d. Direttiva servizi⁵⁰, con la conseguenza che il privato gestore deve essere individuato attraverso una procedura ad evidenza pubblica⁵¹.

Si tratta tuttavia altresì di un settore che presenta, come si è già intuito, notevoli elementi di sensibilità: ai profili di tutela della concorrenza⁵² e di protezione dell'ambiente -*recte* della risorsa- si aggiunge oggi quello della necessità di garantire l'approvvigionamento energetico necessario al Paese con progressiva emancipazione dalle fonti fossili⁵³. Infatti, se il raggiungimento degli obiettivi del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 (PINEC)⁵⁴ già imponeva massicci investimenti sulle energie rinnovabili, l'attuale situazione di crisi negli approvvigionamenti esteri

invece B. LUBRANO, *Le sovvenzioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2008

48 Sul punto vedasi, in particolare, A. COLAVECCHIO, *I mercati interni dell'energia elettrica del gas naturale: profili comunitari*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 2001, pag. 481 ss., ove, a partire dalla direttiva 96/92/CE, si ricostruisce come i provvedimenti sovranazionali, pur avendo determinato nel tempo la progressiva apertura verso il mercato della produzione e dispacciamento dell'energia elettrica, non hanno comunque portato ad una completa liberalizzazione del sistema. I mercati elettrici permangono, infatti, in ogni caso soggetti ad apposita vigilanza per la valenza pubblicistica che li ammantava. Vedasi anche AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel «terzo pacchetto» comunitario*, in *Osservatorio sulla regolazione amministrativa – Quaderno 2*, Milano, 2010. Vedasi anche, più recentemente, F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2020.

49 In questi termini, F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005, nonché E. PICOZZA-S.M. SAMBRI (a cura di), *Il Diritto dell'energia*, CEDAM, Padova, 2015.

50 Si tratta della nota direttiva n. 123/2006, c.d. direttiva Bolkenstein.

51 In effetti, la conclusione non è altrettanto lineare nel caso si facesse maggiore riferimento alla componente demaniale del bene-acqua. Nel caso in cui si faccia questione della concessione in uso esclusivo di un bene demaniale, infatti, se da un lato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea spinge da sempre e con sempre maggiore intensità per l'affidamento attraverso procedure competitive (in ultimo, vedasi la sentenza sulla nota questione della proroga delle concessioni demaniali marittime, sez. V, 14 luglio 2016), dall'altro il legislatore interno non ha ancora concepito la procedura selettiva come una gara *tout court* assimilabile a quelle disciplinate dal Codice dei contratti pubblici. Sul punto, vedasi l'analisi di B. CARAVITA-G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, XX, 2021, nonché, sulla medesima Rivista, G. CARULLO-A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, XXVI, 2020.

52 Questa, in particolare, la prospettiva di D. SORACE, *Il servizio d'interesse economico generale dell'energia elettrica in Italia tra concorrenza ed altri interessi pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2004.

53 Specie quelle di provenienza estera, alla luce della grave crisi energetica che si sta progressivamente sviluppando quale diretta conseguenza della crisi geopolitica in essere.

54 Il Piano, come noto, punta alla totale decarbonizzazione dell'approvvigionamento energetico nazionale entro il 2050. Per il raggiungimento di questo obiettivo vi è un investimento relevantissimo sulle fonti di energia "verde" come quella idroelettrica. Si tratta di obiettivi deliberati nel 2019 che oggi si allineano con il PNRR nell'ambito della c.d. transizione ecologica. Vedasi, C. CANDELISE-G. RUGGIERI, *Status and Evolution of the Community Energy Sector in Italy*, in *Energies*, 2020, ove si delineano le prospettive *de iure condendo* nella disciplina regolatoria del settore con riferimento. Per l'appunto, alla progressiva decarbonizzazione.

ha imposto una rilevantissima accelerazione verso la decarbonizzazione. Da altro punto di vista, però, la crisi ha pure ulteriormente sensibilizzato il legislatore verso una disciplina attenta degli investimenti esteri rispetto alle società che gestiscono le risorse energetiche nazionali⁵⁵, introducendo nuove ipotesi di c.d. *golden power*⁵⁶ che troveranno applicazione in via ordinaria. Si tratta di disposizioni che inevitabilmente, attenendo ad interessi fondamentali dello Stato, finiscono nel loro complesso inevitabilmente con il comprimere il residuo spazio di autonomia delle singole Regioni e degli enti locali⁵⁷. Si tratta, nondimeno, di un *modus operandi* che ha progressivamente trovato avallo da parte del Giudice delle leggi, che ha sottolineato come «*al cospetto delle autonomie speciali, permangono comunque inalterate, almeno a livello di principio, le ragioni in favore di una regolazione uniforme degli aspetti più rilevanti della materia. Esse riguardano, certamente, il rispetto dei vincoli europei quanto all'affidamento di beni e servizi pubblici, perché la tutela effettiva della concorrenza e della trasparenza, che rappresenta un interesse primario dell'Unione europea*»⁵⁸. Si è pertanto assistito, in tempi recenti e complice anche il PNRR che deve essere attuato secondo le scadenze prestabilite, ad un progressivo riaccentramento delle competenze. Il che, alla luce degli elementi definatori dell'ambito gestionale ottimale dell'asse fluviale⁵⁹, può far sollevare più di qualche dubbio.

Volendo però richiamare gli interventi legislativi più recenti in tema di procedure di affidamento delle concessioni idroelettriche, abbiamo la legge di bilancio 2018⁶⁰,

55 Tra le quali rientra anche quella idroelettrica, specie nella formula delle grandi derivazioni.

56 Con questa espressione ci si è soliti riferire all'insieme di quei poteri attraverso i quali lo Stato tutela propri interessi sensibili nell'ambito di scambi di diritto privato. Essi, si articolano in vario modo e vanno dal divieto di acquisizione estera alla presenza di poteri di veto in sede di assemblea, fino alla nomina unilaterale degli amministratori di vertice del soggetto giuridico sottoposto a controllo o vigilanza. Si tratta di poteri che vengono ereditati dal periodo delle grandi privatizzazioni degli anni '90 ma che oggi sono di assai discussa compatibilità con l'ordinamento concorrenziale imposto dall'Unione Europea, come sottolinea E.M. TEPEDINO, *Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo*, commento a T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488, in *Amministrazione in cammino*, ove l'Autrice conclude che «*Fino ad oggi, il Governo ha fatto uso dei poteri speciali in un numero molto limitato di casi, il che potrebbe indurre a ridimensionare la portata pratica delle criticità evidenziate ... Eppure, queste ultime non possono essere eccessivamente sottostimate, considerati l'ampliamento degli spazi di intervento governativo e la recente tendenza ad assoggettare a controllo non solo vicende di carattere straordinario ma anche normali attività contrattuali, quali l'acquisizione di beni e servizi*», pag. 16, cit. Insomma, i recenti rimaneggiamenti legislativi, indotti dalla congiuntura economica e di politica internazionale, possono riacuire le criticità già rilevate dalla dottrina. In termini, anche M. CLARICH-G. MARRA, *Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*, in *dirittobancario.it*, aprile 2022.

57 Che si è visto *supra* non essere particolarmente significativo per la latenza dei beni giuridici coinvolti - ambiente e concorrenza- che costituiscono come detto ipotesi di competenza statale di carattere trasversale particolarmente invadente rispetto alle prerogative delle Regioni.

58 In questi termini, Corte costituzionale, 22 marzo 2022, n. 117, in *Federalismi.it*, XIV, 2022.

59 Che come detto porta a ritenere che la dimensione ottimale di gestione non possa che essere individuata da una amministrazione di prossimità.

60 Legge 27 dicembre 2017, n. 205.

art. 1, comma 833, il d.l. 14 dicembre 2018, n. 135⁶¹, il d.l. n. 21/2022⁶² e la legge sulla concorrenza del 2021, l. n. 118/2022. Sintetizzando al massimo, ciò che pare emergere quale dato ineludibile da questi rimaneggiamenti normativi è che l'assegnazione di queste concessioni debba giocoforza avvenire tramite procedura competitiva, sebbene vi sia margine per il legislatore locale⁶³ di definirne le modalità puntuali di espletamento delle singole procedure. In altri termini, è rimessa alle Regioni la definizione -in parte- del *quomodo*, non invece l'*an*, essendo oramai ineludibile l'evidenza pubblica. Invero, ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 79/1999, come in ultimo modificato dal d.l. n. 135/2018, in esito alla selezione, la concessione può alternativamente essere affidata: ad operatori economici; a società a capitale misto pubblico privato (a patto che il socio privato sia del pari scelto attraverso l'espletamento di apposita gara⁶⁴); mediante forme di partenariato ai sensi degli articoli 179 e seguenti del Codice dei contratti pubblici⁶⁵.

61 *Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*, convertito con l. n. 12/2019. In questo caso non si trattava di una riforma organica in materia di concessioni idroelettriche, ma le disposizioni si inserivano in un più generale quadro di semplificazione dell'attività della pubblica amministrazione.

62 Che, nello specifico, ha appunto introdotto nuove ipotesi di *golden power* in materia di approvvigionamento energetico.

63 Ossia per Regioni a statuto ordinario e speciale e per le Province Autonome di Trento e di Bolzano.

64 Si tratterà in questo caso di una c.d. gara a doppio oggetto, laddove da un lato vi sarà una offerta tecnica, dall'altro l'offerta di partecipazione nella compagine societaria dell'azienda che poi gestirà la concessione. In giurisprudenza, il T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, sez. II-bis, 6 luglio 2018, n. 7524 ha precisato come «*si deve rilevare che la differenza tra la società in house e la società mista consiste nel fatto che la prima agisce come un vero e proprio organo dell'Amministrazione dal punto di vista sostanziale, mentre la diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo, nel quale interessi pubblici e privati trovino convergenza. In quest'ultimo caso, l'affidamento di un servizio ad una società mista è ritenuto ammissibile a condizione che si sia svolta una unica gara per la scelta del socio e l'individuazione del determinato servizio da svolgere, delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. Sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 e Corte Giustizia, sez. III, 15 ottobre 2009, C196/08, Acoset). La Corte di Giustizia ha, così, ritenuto l'ammissibilità dell'affidamento di servizi a società miste, a condizione che si svolgesse in unico contesto una gara avente ad oggetto sia la scelta del socio privato (socio non solo azionista, ma soprattutto operativo) sia l'affidamento del servizio già predeterminato con obbligo della società mista di mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione. La chiave di volta del sistema è, dunque, rappresentato dal fatto che l'oggetto sia predeterminato e non genericamente descritto, poiché altrimenti sarebbe agevole l'aggiramento delle regole pro-competitive a tutela della concorrenza». In dottrina vedasi D. ANSELMINI, *L'affidamento a società miste*, in A. VIGNERI-M. SEBASTIANI (a cura di), *Società pubbliche e servizi locali*, in *Astrid online*, 2016, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, V, 2007, M. CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corriere giur.*, 2007, D. IELO-V. LOPILATO, *Società miste locali e servizi pubblici: affidamento diretto, scelta del socio di minoranza e limiti all'attività extra moenia*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2002, e G. PIPERATA, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. CAMELLI-M. DUGATO. (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2008.*

65 Stante la genericità del riferimento agli istituti del partenariato codicistico, deve comunque ritenersi che la tipologia di compartecipazione pubblico-privata che si seleziona, in ragione della peculiarità del suo oggetto, non possa non scontare i requisiti che sono stati enucleati nel caso in cui si selezionino un *partner* privato in una società a capitale misto. E, cioè, «*i criteri di scelta ... si devono riferire ... anche alle capacità tecniche di tale socio e*

Sono quindi diverse le opzioni che vengono lasciate all'amministrazione per selezionare il concessionario, che tendenzialmente debbono ritenersi equivalenti l'una con l'altra, senza la prevalenza di forme di concessioni «pure»⁶⁶. Sennonché le disposizioni rendono alcuni indirizzi precisi sulle modalità di scelta del partner che consentono di indirizzare l'ente locale nell'operare la scelta sulla tipologia gestionale nel singolo caso concreto. Infatti, tra i requisiti da tenere in considerazione il comma 1-ter del predetto articolo 12, prevede debbano essere considerati⁶⁷ «i livelli minimi in termini di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza⁶⁸ ..., determinando obbligatoriamente una quota degli introiti derivanti dall'assegnazione, da destinare al finanziamento delle misure dei piani di gestione distrettuali o dei piani di tutela finalizzate alla tutela e al ripristino ambientale dei corpi idrici interessati dalla derivazione» nonché «le misure di compensazione ambientale e territoriale, anche a carattere finanziario, da destinare ai territori dei comuni interessati dalla presenza delle opere e della derivazione compresi tra i punti di presa e di restituzione delle acque garantendo l'equilibrio economico finanziario del progetto di concessione». La disposizione, quindi, apre una prima breccia

alle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, in guisa da potersi inferire che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio medesimo» (così Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2015 n. 992, ed, in termini, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456).

66 Con il termine ci si vuole riferire alle c.d. concessioni calde o tiepide, ossia quelle concessioni per le quali è il bene concesso a produrre il reddito che remunera in via prevalente il privato che lo gestisce. In questi termini ha definito la fattispecie la determinazione 11 marzo 2010, n. 2, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. Peraltro, così già G. MONTEDORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva-quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, in M.A. SANDULLI-R. GAROFOLI (a cura di), *Nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva n. 18 del 2004*, Giuffrè, Milano, 2005 e, più recentemente, L. BERIONNI, *L'applicabilità delle norme del Codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi*, in *Foro amm. – TAR*, n. VII-VIII, e M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e project finance*, Giuffrè, Milano, 2020, ove l'Autore annovera anche la concessione di servizio pubblico all'interno dello schema concettuale del partenariato pubblico privato. Dello stesso autore vedasi, inoltre, *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, in G.F. CARTEI-M. RICCHI (a cura di), *Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

67 Anche in questo caso senza però esprimere una gerarchia, ossia senza indicare una prevalenza di alcuni criteri rispetto agli altri, cosicché la scelta finale è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, che dovrà prudentemente apprezzare in concreto quale sia l'opzione che meglio risponde ai diversi interessi pubblici coinvolti.

68 Un tanto, peraltro, «in coerenza con gli strumenti di pianificazione a scala di distretto idrografico in attuazione della direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000». Si tratta della c.d. direttiva acque, ossia la normativa-quadro che determina in maniera innovativa il *framework* delle competenze unionali in tema di gestione della risorsa idrica, con l'obiettivo di prevenire il deterioramento della matrice e migliorarne, attraverso modalità di utilizzo sostenibile, la componente qualitativa ambientale. Cfr. L. DE VITO, *La normativa comunitaria in materia di acque*, in *Amministrazione in cammino* nonché S. SCHEUER, *La direttiva quadro dell'Unione europea sulla protezione delle acque: si apre una nuova era?*, in *Riv. giur. ambiente*, VI, 2000, nonché F. MONYÉ-J. RABACA, *The European Union Water framework directive (EU WFD. Brief presentation*, in ICLEI – *Local Governments for Sustainability*, 2005. La prima degli autori citati, in particolare, conclude come, quantomeno al tempo «Il nostro Paese, dunque, benché non abbia grossi problemi di scarsità, incontra enormi difficoltà nel completare e concepire in maniera compiuta il ciclo integrato dell'acqua», con la conseguenza che «Questo tema si interseca inevitabilmente con il tema della responsabilità ambientale ma, come si è detto, tutt'oggi le due normative (sulle politiche idriche e sulla responsabilità ambientale) sembrano agire parallelamente, creando non un alleggerimento bensì un aggravio procedurale», pag. 33 cit.

alla possibilità di considerare il bene nella sua complessità al fine di determinarne il regime gestionale. Infatti, includere espressamente i criteri di mitigazione degli impatti ambientali e di miglioramento nella conservazione della risorsa idrica, consente di valorizzare quelle ipotesi gestionali che meglio consentano di garantire l'equilibrio tra concorrenza, produttività e protezione dell'ecosistema⁶⁹.

A queste linee di indirizzo ha dunque dato seguito in ultimo la legge competitività n. 118/2022, che ha ulteriormente modificato il d.lgs. n. 79/1999 stabilendo come obiettivo primario delle procedure di gara anche il recupero della capacità di invaso, in ogni caso confermando il ruolo determinante ai fini della scelta del partner economico delle misure di compensazione ambientale e territoriale da questi proposte⁷⁰. L'inserimento dei criteri di mitigazione nell'ambito dell'invaso fluviale pare oggi essere divenuto un elemento determinante nelle procedure di affidamento, con una notevole innovazione rispetto a quanto previsto dal T.U. Acque⁷¹.

Il quadro complessivo che si può ricavare da queste disposizioni è quindi piuttosto chiaro. La gestione delle concessioni idroelettriche deve essere aperta agli operatori del mercato ed un tale obiettivo può essere realizzato solo attraverso procedure realmente competitive. Questa apertura è infatti funzionale al miglioramento della qualità del servizio e all'ulteriore sviluppo della produttività di questa fonte rinnovabile, sempre più centrale nel prospetto di una progressiva decarbonizzazione a medio-lungo periodo. Tuttavia, nell'organizzare le procedure di affidamento, le Regioni e le Province Autonome devono considerare una pluralità di

69 Si deve ricordare, per vero, che una delle più rilevanti novità del Codice dei contratti pubblici che è in via di superamento è stata quella di introdurre espressamente i criteri ambientali minimi quali parametro per l'assegnazione delle pubbliche gare, come sottolineato da F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alle procedure di gara*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2019, in specie pag. 167 ss. Da altro punto di vista vi è anche chi ha sottolineato come lo strumento della spesa pubblica può essere utilizzato fruttuosamente per indirizzare le dinamiche dell'innovazione tecnologica verso virtuose pratiche di miglioramento dei parametri ambientali, come F. LICATA, *I contratti pubblici come strumento di promozione dell'innovazione*, in A. MALTONI (a cura di) *I contratti pubblici: La difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, e A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2018. Tuttavia, in questi casi, il riferimento ai parametri ambientali indirizza nella selezione dell'offerta, non già delle modalità gestionale. Con riferimento allo specifico oggetto di trattazione, vedasi M. DE FOCATIS – A. MAESTRONI (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia. Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, nel quale vari esperti si confrontano sulle prospettive di gestione pro-concorrenziale delle concessioni idroelettriche.

70 Peraltro, la disposizione introduce altresì l'obbligo di avviare le procedure competitive di selezione dei concessionari entro due anni, così ponendo in essere una accelerazione notevole quanto ai tempi di apertura al mercato del sistema di generazione elettrica da fonte idrica nel nostro paese. Invero, si tratta di una previsione nella sostanza analoga a quelle ancora oggi vigenti nell'ambito della gestione delle reti di dispacciamento del gas naturale; tuttavia, proprio in tale ambito, a oltre dieci anni dalla previsione di cui trattasi, si è ancora ben lontani dall'aver messo a regime una gestione d'ambito attraverso procedure competitive omogenee.

71 Il r.d. n. 1775/1993, infatti, contiene solamente alcune scarse disposizioni che si occupano delle concessioni idroelettriche, come il relativo art. 4, che prevede, piuttosto genericamente e senza puntualizzare alcun criterio operativo, venga istruita una procedura di concessione per la richiesta di uso in esclusiva delle acque pubbliche.

fattori, tra i quali emerge con assoluta preponderanza, proprio alla luce dell'assetto valoriale e di competenze che si è andato determinando nella materia *de qua*, l'aspetto ambientale di gestione della risorsa idrica. Tale elemento, tuttavia, non è più visto in maniera atomistica come semplice criterio migliorativo dell'offerta⁷², ma si riconnette agli aspetti economici legati agli investimenti necessari per l'approvvigionamento nel singolo bacino fluviale o lacuale⁷³. Dunque, a sua volta, attiene al dimensionamento ambientale della gestione dell'asse, dovendo quindi essere incluso già a livello di programmazione gestionale⁷⁴.

5. La crisi energetica come occasione di sviluppo degli assi fluviali. Verso la gestione condivisa del bene-acqua.

Come visto, solo apparentemente si potrebbe esser portati a concludere che le recenti riforme considerino l'acqua degli assi fluviali -quantomeno ai fini della produzione energetica- un bene economico produttivo, come tale soggetto alle regole della concorrenza⁷⁵. E, pertanto, che la prospettiva con la quale il legislatore guarda alla gestione delle acque parrebbe per conseguenza non poter essere quella demaniale -o meglio dei beni comuni- bensì quella pro-concorrenziale di una concessione di servizio pubblico economico⁷⁶.

Questa conclusione, se ha un predicato generale nella fase di programmazione - posto che, come detto, la dimensione ambientale influenza la progettazione amministrativa della concessione- può avere risultati ancor più evidenti con

⁷² Era questa, in effetti e quantomeno in un primo momento, pure la prospettiva dei criteri ambientali minimi di cui si è riferito *supra*, cfr. F. De LEONARDIS, *Green public procurement: from Recommendation to Obligation*, in *International Journal of Public Administration*, II, 2011.

⁷³ Come si anticipava, infatti, i due aspetti (quello economico che interessa al gestore e quello ambientale che lo trascende verso la collettività) non possono essere considerati in maniera atomistica, ma formano un tutt'uno nello stabilire la migliore modalità gestionale della risorsa. Vedasi, ancora, M.M. FRACANZANI, *op. cit.*, specie pag. 280, ove l'Autore già sottolineava l'impossibilità di agire sulla qualità della risorsa idrica solamente operando dal punto di vista della domanda (senza però poter alzare il costo in capo all'utente) bensì dovendo avere conto pure -e diremmo ora, soprattutto- all'offerta degli operatori economici, che dal punto di vista tecnico può essere arricchita di componenti virtuose nel risparmio e nella conservazione del bene-acqua.

⁷⁴ In altre parole, quindi, la sostenibilità ambientale, che si riconnette a quella economica come misura degli investimenti necessari per la mitigazione degli impatti, è il parametro attraverso il quale ricostruire in via induttiva l'ampiezza della concessione. Questo perché il criterio consente, a sua volta, di determinare quando una concessione sia effettivamente sostenibile sotto il duplice profilo dell'ecosistema e della sua messa a reddito, senza reciproco danno di un profilo sull'altro.

⁷⁵ In tale direzione si era espresso S. MANICA, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in *Federalismi.it*, VIII, 2008, laddove affermava che, alla luce della legislazione al tempo vigente, «potrebbe pertanto ritenersi che eventuali misure di proroga delle concessioni potrebbero essere adottate dalle Regioni, solo in presenza di specifiche condizioni locali, la cui peculiarità imponga la previsione di un ragionevole "regime transitorio", ritenuto necessario al fine di facilitare la transizione al nuovo assetto concorrenziale». In punto, vedansi anche le intuizioni di A. POLICE-G. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004.

⁷⁶ Per quanto in questo caso di interesse generale, afferendo la produzione di energia, per usare i termini di cui alla direttiva n. 2006/123/UE. Cfr. M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale*, in *Diritto pubblico*, 1998.

riferimento alle opzioni gestionali operate a valle sulle singole procedure. A ben vedere, infatti, ci sono diversi elementi che possono essere valorizzati per ritenere che l'affidamento, con una concessione «pura»⁷⁷, ad un operatore economico privato selezionato tramite gara non sia sempre e comunque l'unica opzione possibile. Anzitutto, delle tre scelte ipotizzabili, due conducono a forme di collaborazione forte tra pubblica amministrazione: la società mista⁷⁸ e le variegata⁷⁹ ipotesi di partenariato presenti nel Codice dei contratti pubblici⁸⁰. Già di per sé, queste ipotesi sono prefigurate dal legislatore in ragione della insita necessità di instaurare forme di co-amministrazione di un bene-fine dell'ordinamento, qual è l'acqua. Si tratta infatti di una risorsa che, proprio perché non riproducibile, essenziale -dunque intimamente pubblica- non può essere lasciata appannaggio solo dell'imprenditore privato ma nemmeno – e questo è un punto di approdo che fino a non molto tempo addietro poteva dirsi affatto scontato – alla sola Pubblica Amministrazione⁸¹. Si è infatti visto che la definizione dell'asse fluviale, quale dimensione ottimale della gestione della concessione idroelettrica, è questione che non può essere rimessa alla discrezionalità amministrativa pura, poiché ha per presupposta l'individuazione ed apprezzamento di parametri estrinseci, sia naturalistici che socio-economici.

Nondimeno, non appare previsto alcun tipo di collaborazione a livello programmatico, e questo è in definitiva il vero punto mancante dell'impianto

⁷⁷ Ancora una volta, ci si riferisce alla ipotesi di concessione calda o tiepida.

⁷⁸ Si tratta in questo caso di una ipotesi di partenariato istituzionale, cfr. M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in L. IANNOTTA (a cura di), *Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale*, Atti del XXVIII Convegno del Gruppo San Giustino in collaborazione con l'IPE e l'Università della Campania «Luigi Vanvitelli»; una riflessione sullo sviluppo economico in un territorio disciplinare di confine tra il diritto, l'etica, l'economia e la finanza, Franco Angeli, Milano, 2018, ove l'Autore, nel definire le diverse tipologie di collaborazione tra P.A. e privato, sostiene che «*Il Partenariato, volto a favorire la partecipazione del privato, comprende numerose forme di cooperazione tra p.a. e imprese private, l'elenco previsto nel codice dei contratti pubblici è soltanto indicativo*». La conclusione che trae peraltro lo scritto è che l'elemento distintivo fondamentale del partenariato rispetto alle ulteriori ipotesi di compartecipazione gestionale del Codice dei contratti pubblici (ossia alcune formule particolari di appalto e, soprattutto, le concessioni) stia nelle modalità con cui questo istituto alloca il rischio tra amministrazione e privato ma anche, e soprattutto verrebbe da dire, nell'atteggiarsi collaborativo del rapporto tra i due soggetti. L'allocatione del rischio, infatti, non è che l'espressione economica di questo rapporto di collaborazione proattiva.

⁷⁹ Variegata in quanto, come si rappresentava alla nota che precede, la relativa enumerazione ad opera del d.lgs. n. 50/2016 non viene ritenuta tassativa quanto alle tipologie di collaborazione che possono venire ad instaurarsi tra pubblico e privato.

⁸⁰ La norma, infatti, non predetermina in assoluto una formula di partenariato rispetto alle altre quando formula l'indicazione di cui si discute.

⁸¹ Così, con riferimento ad una altra categoria di beni-fine dell'ordinamento, come quelli culturali, P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, II, 2016. Vedasi però in senso critico rispetto a questa impostazione P. MADDALENA, *La inattualità del disegno di legge sui beni comuni della Commissione Rodotà*, in *Attuare la costituzione*, I, 2019, il quale afferma che la prospettiva della creazione di una categoria omnicomprensiva dei beni comuni non garantisca in realtà di per sé alcuna certezza né di una migliore tutela delle risorse né di una maggiore condivisione nella loro gestione in partenariato con i soggetti privati.

procedurale delle incipienti procedure per il rilascio delle concessioni. Si ammette la collaborazione, ma solo in via esecutiva. Si introducono criteri di mitigazione ambientale, ma questi ultimi sono definiti ancora una volta in via unilaterale dall'amministrazione regionale che gestisce l'asse fluviale.

Tuttavia, ancor più sottilmente, risulta evidente che la prospettiva di fondo sulla quale si radicano gli interventi normativi dei quali si è dato conto è sempre e solo quella concorrenziale⁸². Il che vuol dire, invertendo il ragionamento, che si guarda all'acqua sempre nell'ottica del mercato, disciplinando il fenomeno come tutela di un bene mezzo -la concorrenza, appunto- anziché come aspirazione alla trasmissione alle generazioni future di un bene fine -che è l'ambiente⁸³. Forse, allora, partendo dal bene fine per arrivare a dare una disciplina che sia anche rispettosa del bene mezzo - che è ciò che viene richiesto a livello europeo⁸⁴- si potrebbe aprire la via alla partecipazione sussidiaria anche a livello programmatico⁸⁵. Un esempio in questa prospettiva è quello delle comunità energetiche⁸⁶, ossia le associazioni di cittadini, amministrazioni e operatori economici che fanno rete con lo scopo di produrre, scambiare e consumare energia prodotta in via esclusiva da fonti rinnovabili nell'ambito del proprio territorio di riferimento⁸⁷. L'obiettivo, evidentemente, non è solo quello di massimizzare il risparmio energetico e l'autoproduzione, ma anche quello di istituire forme virtuose di collaborazione pubblico privata⁸⁸ nella gestione

82 O, per meglio dire, la risposta che doveva rendere il legislatore con le diverse riforme era quella di aprire il più possibile al mercato lo sfruttamento delle concessioni idroelettriche.

83 In questi termini valorizza l'introduzione della locuzione «ambiente» all'interno dell'art. 9 della Costituzione A.O. COZZI, *La modifica degli artt. 9 e 41 Cost. in tema di ambiente: spunti dal dibattito francese sulla Carta dell'ambiente del 2004 tra diritti e principi*, in *DPCE Online*, XXXIX, IV, 2022, la quale afferma in particolare come la previsione di una posizione giuridica direttamente azionabile dal cittadino in materia ambientale da parte della giurisprudenza è stata nel tempo, in effetti, una risposta all'inerzia del legislatore. Tuttavia, affermare la sussistenza di una possibilità di azione equivale a individuare un legame privilegiato -o meglio giuridicamente consistente- tra il cittadino e la risorsa della quale si chiede protezione attraverso detta azione. Non a caso, l'Autrice sottolinea come la modifica dell'articolo 9 della Costituzione attiene molto più ad una dimensione collettiva del bene ambiente che ad una sua visione individualista come legame privilegiato di un determinato numero di individui rispetto alla risorsa. Il che, in effetti, si pone in assonanza con le riflessioni che si vanno proponendo in tema di gestione delle derivazioni idroelettriche. Vedasi anche, sul medesimo argomento, A. RIVIEZZO, *Diritto costituzionale dell'ambiente e natura umana*, in *Quaderni cost.*, II, 2021.

84 Basti ricordare che solo recentemente l'Unione Europea ha proceduto ad archiviare la procedura di infrazione per incompatibilità con il diritto unionale della disciplina interna in materia di concessioni idroelettriche (procedura 2011/2026). Vedasi in punto AA.VV., *Atti del convegno "Idroeuropa? il regime delle concessioni idroelettriche in Europa: lo stato dell'arte, problemi, quali gli insegnamenti da trarre?"*, in *Amministrazione in cammino*, 2014.

85 Che si è visto essere il riferimento principale operato a livello normativo quando le disposizioni si riferiscono ad ipotesi di partenariato di cui al Codice dei contratti pubblici ovvero ad ipotesi di costituzione di società a capitale misto pubblico-privato il cui unico scopo istituzionale è la gestione della concessione idroelettrica.

86 Istituite nel nostro paese dal d.l. n. 62/2019 in attuazione della direttiva europea c.d. RED II, 2018/2001/UE.

87 Le norme di riferimento sono costituite dall'art. 42-bis, d.l. n. 162/2019 e dai provvedimenti attuativi, d.m. del Ministero dello Sviluppo Economico 16 settembre 2020 e delibera n. 318/2020/eel di ARERA.

88 Il termine in questo caso ha una portata particolarmente ampia perché abbraccia anche i singoli cittadini e non solamente le realtà imprenditoriali che si rapportano con la pubblica amministrazione al fine di trarne vantaggio in termini di lucro soggettivo o oggettivo.

di beni non riproducibili⁸⁹. Il limite di questo strumento, che lo pone essenzialmente al di fuori del mercato, giace nella circostanza per cui le imprese che partecipano al progetto non possono caratterizzarsi per gestire attività di produzione e dispacciamento dell'energia elettrica in via principale, ma essere utenti-consumatori alla pari dei cittadini⁹⁰. Tuttavia, è rilevante come uno degli obiettivi principali delle comunità sia garantire benefici di tipo ambientale, economico e sociale⁹¹.

Insomma, anche in materia energetica e ambientale, pur nella reciproca tensione dei due poli di disciplina, vi è spazio per pensare ad ipotesi di compartecipazione reale nella gestione della risorsa, intesa non più nel senso di un partenariato minimale che attiene solo alla questione dell'allocazione del rischio imprenditoriale

6. La natura del bene come veicolo per ripensare ai rapporti tra pubblico e privato?

Arrivati a questo punto della trattazione possono essere tratte alcune conclusioni.

La prima è che, certamente, la gestione di un bene pubblico produttivo di externalità economiche porta con sé l'ineludibile necessità di vedere tutelata la concorrenza. Ciò significa che le modalità con le quali l'amministrazione determina l'uso esclusivo del cespite in favore di un privato non possono essere rimesse alla discrezionalità del decisore. Per questo, gli ultimi interventi legislativi in materia hanno cercato di individuare alcuni criteri che potessero indirizzare le scelte pubbliche. A ben vedere, tuttavia, i profili più rilevanti – quelli che deviano dalla ordinaria disciplina dell'evidenza pubblica – sono quelli che pongono al centro il tema ambiente nella scelta della modalità gestionale⁹². Insomma, le riforme consentono di confermare che la natura del cespite non può essere viatico per ogni e qualsivoglia scelta gestionale, ma anzi ne connatura i limiti⁹³.

A monte della scelta gestionale, però – e questo è il passaggio mancante nella disciplina – vi deve essere però la consapevolezza che per determinare la dimensione

89 In questi termini, cfr. V. PEPE, *Le "comunità energetiche" come nuovi modelli giuridici di sviluppo sostenibile*, in questa Rivista, III, 2022, nonché R. MICCÙ-M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, IV, 2022. Per entrambi gli Autori, l'idea di fondo dello strumento della comunità energetica sta nella traslazione della responsabilità nella gestione dei beni comuni dallo Stato verso gli strati sociali. Si consideri però che altra parte della dottrina sottolinea invece come questo tipo di strumenti abbia come obiettivo principale l'inveramento della transizione ecologica più che la concreta revisione dei rapporti tra pubblico e privato, come ad esempio sottolineato da C. VIVIANI, *La transizione ecologica fra semplificazione e riorganizzazione amministrativa*, in *Giur. it.*, V, 2021.

90 E questo perché, ancora una volta, altrimenti si potrebbero avere delle alterazioni del regime concorrenziale.

91 In altri termini, il legislatore ha raggiunto la consapevolezza piena che questi termini non possono né essere più visti in senso antitetico l'uno rispetto agli altri, ma nemmeno in via atomistica, considerando solo uno degli aspetti e prescindendo dai riverberi che ogni decisione ha sulle diverse matrici coinvolte nella gestione di beni che, in disparte quanto suggerirebbe il termine «energie rinnovabili», in realtà non sono riproducibili. In punto, ancora, M.M. FRACANZANI, *L'ambiente*, *op. cit.*

92 E poi, a valle, anche nella scelta del *partner* economico della pubblica amministrazione.

93 Ed, in questi termini, si atteggia anche il predicato gestorio della comunità, cfr. U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Giuffrè, Milano, 2011.

gestionale ideale dell'asse fluviale non si può partire da concetti meramente economici. A determinare il numero di installazioni idroelettriche che, in serie, formano l'oggetto della concessione, è il bacino: solo a valle di questa nozione stanno le riflessioni sulla concreta economicità gestionale. Ove peraltro la possibilità di remunerazione non vi fosse, si dovrebbe però consentire la via a ipotesi diverse, di compartecipazione pubblico privata sul modello delle comunità energetiche: la risorsa idrica è infatti fortemente legata al territorio, poiché gli assi fluviali ne costituiscono uno degli elementi distintivi. In tal modo, pare che l'elemento ambientale, in questa disciplina dell'evidenza pubblica, faccia emergere la necessità di una co-amministrazione⁹⁴, che se non si converte nella gestione condivisa della risorsa, quantomeno deve influire sulle modalità di determinazione dell'oggetto della procedura ad evidenza pubblica e nella scelta del *partner* privato. Infatti, la selezione dello strumento⁹⁵ (i partenariati e le società miste) si basa proprio sulla adeguata valorizzazione del bene sotto il profilo fisco e ambientale, che è non solo consentita, ma addirittura imposta dalle disposizioni vigenti.

V'è da chiedersi, però, se il *deficit* partecipativo che si è registrato nella fase decisoria possa essere recuperato con gli strumenti ordinari in assenza di previsioni *ad hoc*⁹⁶. Sicuramente la risposta è positiva laddove è possibile pensare ad accordi di programma⁹⁷ con la partecipazione del privato ovvero ad accordi *ex art.* 15 l. n. 241/1990 attraverso i quali varie amministrazioni coinvolte nella gestione del bene definiscano un percorso decisionale comune. Il punto di debolezza, tuttavia, giace nel fatto che si tratterebbe di strumenti facoltativi, la cui attivazione viene rimessa alla discrezionalità -questa sì, puramente amministrativa, in quanto attinente al contemperamento di diversi interessi- della P.A. procedente. Per di più, non inserendosi in un *iter* prestabilito dal legislatore, è forte il rischio che il momento di

94 Nell'utilizzare questa espressione si riprende la felice intuizione di F. Benvenuti, poi ripresa nella materia *de qua* da O. PORCHIA, *La coamministrazione nell'ordinamento comunitario: il caso degli OGM*, in R. FERRARA-I.M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, CEDAM, Padova, 2003, pag. 199 e ss.

95 In questi termini è infatti chiaro che esso è, appunto, *strumentale* rispetto a valori superiori dei quali è imprescindibile il rispetto. Ancora M.M. FRACANZANI, *op. cit.*

96 A. CRISMANI, *op. cit.* segnala infatti la necessità, quando si fa questione della gestione di beni come l'acqua, di recuperare il *deficit* democratico che si genera ogniqualvolta le decisioni vengono operate in senso verticistico ed unilaterale.

97 Il riferimento corre in questo caso all'art. 34 d.lgs. n. 267/2000. Per una introduzione, vedasi F. GRANATA, *Strumenti di programmazione negoziata*, Liguori, Napoli, 1999, S. CIMINI, *La concertazione amministrativa: note sugli accordi di programma*, in *Il diritto della regione*, IV-V, 1999, A. CONTIERI, *Strumenti di programmazione negoziata: la con sensualità per lo sviluppo: i principi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, nonché più recentemente, P. MASCARO, *L'Amministrazione per accordi tra regime pubblicistico e moduli privatistici*, in *Amministrazione in cammino*, 26 gennaio 2022, ove l'Autore conclude che, nonostante il tempo trascorso dalla introduzione di queste ipotesi di codeterminazione delle scelte amministrative, l'intesa con il privato non è altro che una diversa forma espressiva di un potere che rimane pur sempre unilaterale. E, per questa ragione, gli accordi rimangono oggi uno strumento in effetti sotto utilizzato da parte delle pubbliche amministrazioni.

condivisione venga visto come un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi imposti dal PNRR⁹⁸, dunque scartato a prescindere quale possibile fonte di danno⁹⁹.

Sarebbe quindi del tutto auspicabile un intervento normativo che imponesse formule di concertazione sussidiaria a monte delle procedure volte al rilascio delle concessioni idroelettriche: solo questo renderebbe evidente che la collaborazione nella definizione delle migliori modalità gestionali della risorsa ambiente non è un ostacolo al raggiungimento dei parametri di sviluppo ma, anzi, è la migliore garanzia di centrare gli obiettivi di transizione ecologica. Solo in questo modo, infine, si garantisce il diritto all'acqua come diritto sociale¹⁰⁰.

98 Si ricorda, infatti, che il Piano prevede che «*La prima linea di investimento ha come obiettivo l'incremento della quota di energie rinnovabili. L'attuale target italiano per il 2030 è pari al 30 per cento dei consumi finali, rispetto al 20 per cento stimato preliminarmente per il 2020. Per raggiungere questo obiettivo l'Italia può fare leva sull'abbondanza di risorsa rinnovabile a disposizione e su tecnologie prevalentemente mature, e nell'ambito degli interventi di questa Componente del PNRR: i) sbloccando il potenziale di impianti utility-scale, in molti casi già competitivi in termini di costo rispetto alle fonti fossili ma che richiedono in primis riforme dei meccanismi autorizzativi e delle regole di mercato per raggiungere il pieno potenziale, e valorizzando lo sviluppo di opportunità agro-voltaiche; ii) accelerando lo sviluppo di comunità energetiche e sistemi distribuiti di piccola taglia, particolarmente rilevanti in un Paese che sconta molte limitazioni nella disponibilità e utilizzo di grandi terreni ai fini energetici; iii) incoraggiando lo sviluppo di soluzioni innovative, incluse soluzioni integrate e offshore; iv) rafforzando lo sviluppo del biometano*».

99 Invero, a seguito della modifica operata dal d.l. n. 76/2020 al regime della responsabilità erariale con l'eliminazione delle ipotesi colpose in relazione dell'attuazione degli interventi PNRR, l'eventualità più significativa all'incorrere della quale il funzionario potrebbe dover rispondere avanti al giudice contabile è quella del ritardato raggiungimento dei propri obiettivi o l'inerzia. Cfr. M.T. D'URSO, *La riforma del dolo nei giudizi di responsabilità dopo il d.l. n. 76/2020 (c.d. "decreto semplificazioni") convertito dalla legge n. 120/2020*, in *Riv. Corte conti*, I, 2021, ove peraltro l'Autrice ricorda che la Corte costituzionale, nella sentenza 20 novembre 1998, n. 371, aveva oltre vent'anni orsono affermato la necessità «*di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzia nello svolgimento dell'attività amministrativa*».

100 In questi termini, A. CRISMANI, *op. cit.*, pag. 15, cit. Vedansi anche, in senso analogo, V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato): valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, CEDAM, Padova, 2012 e F. BRUNO, *Tutela e gestione delle acque*, Giuffrè, Milano, 2012.