



Osservatorio legislativo interregionale Roma, 29 – 30 settembre 2011

Federalismo demaniale: le grandi derivazioni ad uso idroelettrico ed il contenzioso costituzionale pendente con la Regione Lombardia

**Relatrice: Annalisa Pelucchi
Regione Lombardia**



- Regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775** (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici): riconosce la proprietà statale delle opere di raccolta, regolazione, di condotte forzate e i canali di scarico; definisce l'utenza di grande derivazione e detta alcune regole in materia di interventi di miglioramento, imposte dal Ministro per i lavori pubblici, o di modifica delle opere ad iniziativa dell'utente.
- D. lgs. 31 marzo 1998, n. 112** (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59): gli articoli 29 e 30 individuano le funzioni attribuite alle Regioni; in particolare alle Regioni spettano le funzioni in materia di rilascio delle concessioni di grandi derivazioni di acqua pubblica per uso idroelettrico, di gestione del demanio idrico, di polizia demaniale e di opere idrauliche.
- D. lgs. 16 marzo 1999, n. 79** (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica): sancisce definitivamente la competenze regionale e delle province autonome per il rilascio delle concessioni e prevede l'indizione di una gara, prima dell'ultimo quinquennio della concessione in essere o in caso di decadenza, rinuncia e revoca, per l'attribuzione a titolo oneroso di una concessione trentennale; il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con quello dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa con la Conferenza unifica, determina....



Riferimenti normativi (segue)

... i requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri ed i termini concernenti la procedura di gara, avendo particolare riguardo all'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza e di aumento dell'energia prodotta o della potenza installata nonché di idonee misure di compensazione ambientale, tenendo conto dell'interesse strategico degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e del contributo degli impianti idroelettrici alla copertura della domanda e dei picchi di consumo*. Se la procedura di gara non dovesse essere conclusa allo scadere della concessione, il concessionario uscente prosegue nella gestione della derivazione, con applicazione del r.d. 1775/1933 in caso di necessari interventi eccedenti l'ordinaria amministrazione*. Le modalità di fissazione dei canoni demaniali di concessione sono demandati ad un successivo decreto, così come la definizione della procedura di concessione e degli obiettivi generali e dei vincoli specifici per la pianificazione regionale in materia. (*modifiche introdotte dal d.l. 78/2011, parte dell'intervento legislativo è stato dichiarato incostituzionale dalla Corte con pronuncia n. 205/2011).



Riferimenti normativi (segue)

Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 “Riforma del Titolo V”: l’articolo 117 ridefinisce il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in particolare, la materia della tutela della concorrenza compete allo Stato in via esclusiva; la materia della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia rientra nella competenza concorrente tra Stato e regioni.

Legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Legge Finanziaria 2006): articolo 1, commi 483 – 492, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali i commi 483 (parzialmente) e i commi 485 – 488;

D. lgs. 28 maggio 2010, n. 85 (Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42): l’articolo 3 prevede il trasferimento, previa intesa, alle regioni dei beni appartenenti al demanio idrico e relative pertinenze, nonché le opere idrauliche e di bonifica di competenza statale, come definiti dagli articoli 822, 942, 945, 946 e 947 del codice civile e dalle leggi speciali di settore, ad esclusione di alcuni beni elencati nell’articolo 5; parte dei proventi derivanti dall’uso del demanio trasferito è attribuita alle province su cui insistono i beni.

Legge regionale della Lombardia 12 dicembre 2003, n. 26 (Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche): articolo 53 *bis* (Disposizioni in materia di grandi derivazioni ad uso idroelettrico), introdotto dalla l.r. 19/2010. (segue)



Articolo 53 bis l. r. Lombardia 26/2003

- Comma 1:** si pone l'obiettivo di incentivare produzioni di energia da fonti rinnovabili e di migliorare la sostenibilità della gestione del sistema delle acque; riconosce nell'acqua un bene comune da preservare e un primario elemento di sviluppo territoriale socio – economico; si intende contribuire al processo di attuazione del federalismo demaniale; si promuove l'uso razionale e sostenibile delle risorse idriche demaniali; la valorizzazione e la tutela della risorsa idrica, con particolare riferimento alle aree interessate dalle opere delle grandi derivazioni idroelettriche anche mediante forme di partecipazione degli enti locali nella gestione delle acque, secondo i principi di solidarietà, sussidiarietà, adeguatezza e territorialità; la produzione di energia idroelettrica, in quanto fonte rinnovabile e strumento per la riduzione delle emissioni clima-alteranti.
- Comma 2:** avvio delle procedure di ricognizione delle opere di cui all'articolo 25 r.d. 1775/1933 e delle procedure di gara ex articolo 12, comma 1, d.lgs. 79/1999, anche per il tramite di società patrimoniali (vedi comma 7);
- Comma 3:** definizione dei requisiti organizzativi e finanziari minimi e dei parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata concernenti le procedure di gara, entro 18 mesi dall'entrata in vigore della legge (vedi dGR IX/1205 del 29 dicembre 2010), nelle more del decreto ministeriale ex articolo 12, comma 2, d.lgs. 79/1999;
- Comma 4:** per garantire continuità nella produzione elettrica e in considerazione dei tempi di cui ai commi 2 e 3, possibile prosecuzione temporanea non superiore a 5 anni per le concessioni in scadenza al 31 dicembre 2015;



Articolo 53 bis l. r. Lombardia 26/2003

Comma 5: disciplina della prosecuzione temporanea: rispetto delle condizioni tecniche ed economiche definite dalla Giunta regionale; versamento di canone aggiuntivo parte del quale trasferito a province e comuni interessati; obbligo di realizzare necessari interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria a carico del concessionario uscente che è tenuto a comunicare programma degli interventi salvo applicazione dell'articolo 26 r.d. 1775/1933;

Comma 6: immutabilità della data di scadenza delle concessioni di grandi derivazione in essere anche in caso di variazione sostanziale delle opere previste dall'articolo 49, comma 1, r.d. 1775/1933;

Comma 7: acquisizione delle opere e degli impianti allo scadere della concessione da parte della Regione, ai sensi del d. lgs. 85/2010, e conferimento in proprietà a società patrimoniali di scopo a partecipazione totalitaria di capitale pubblico incedibile. Tali società metteranno a disposizione del nuovo concessionario le opere le infrastrutture e gli impianti afferenti la derivazione a fronte di un corrispettivo per l'utilizzo determinato sulla base di criteri fissati dalla l.r.. Possibilità di costituzione di società patrimoniali di scopo provinciali;

Comma 8: affidamento, anche per il tramite della società patrimoniale, dell'esercizio industriale dell'infrastrutture e degli impianti afferenti alle grandi derivazioni d'acqua mediante procedura ad evidenza pubblica o affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblico-privata;



Articolo 53 bis l. r. Lombardia 26/2003

Comma 9: derogando ai commi 2 e 8 nei territori montani, in attuazione dell'articolo 44, secondo comma, Cost., su richiesta della provincia territorialmente interessata, affidamento diretto delle concessioni a società a partecipazione mista pubblico-privata a condizione che: la selezione del socio privato venga effettuata mediante procedure competitive ad evidenza pubblica; la gara per la selezione del socio privato, svolta dalla provincia competente, abbia per oggetto la qualità del socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione industriale; la partecipazione del socio privato alla società mista, sia compresa tra il 40 per cento e il 60 per cento del capitale sociale;

Comma 10: riconosce in capo alla Regione la competenza al rilascio delle concessioni per l'uso delle acque pubbliche;

Comma 11: attivazione della clausola di cedevolezza ex articolo 15, comma 6 quater, d.l. 78/2010;

Comma 12: si fanno salve due disposizioni contenute nel d.l. 78/2010: articolo 15, comma 6, (basi di calcolo dei sovracani per le concessioni di grande derivazione d'acqua e articolo 15, comma 6 ter, lettera a), (compensazioni territoriali).



Oggetto del ricorso è l'**articolo 14, l.r. 19/2010 che introduce l'articolo 53 bis, l.r. 26/1993**, i motivi sono:

- **il comma 3** viola l'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost. tutela della concorrenza.

La previsione regionale, secondo il Governo, non regolando il modo di produrre l'energia ma dettando misure che incidono sulle procedure di scelta del concessionario, riguarda le procedure di gara e non la produzione, trasporto e distribuzione dell'energia. Il Governo richiama la sentenza n. 1/2008 della Corte costituzionale che ha affermato che, in tema di concessioni idroelettriche, la disciplina dell'espletamento delle gare a evidenza pubblica, rientra nella materia della «tutela della concorrenza» di competenza esclusiva dello Stato; secondo la Corte, infatti, la gara pubblica costituisce uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza (vedi sentenza n. 401/2007). Con la sentenza n. 1/2008, inoltre, la Corte ha rilevato che la determinazione dei «requisiti organizzativi e finanziari minimi, i parametri di aumento dell'energia prodotta e della potenza installata concernenti la procedura di gara, e' un atto che, da un lato, è riconducibile alla indicata competenza statale in materia di tutela della concorrenza, dall'altro, interferisce su aspetti organizzativi, programmatori e gestori della materia, di competenza concorrente, della produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia (art. 117, terzo comma, della Costituzione); rileva, a tal fine, il Governo che il coinvolgimento delle Regioni è garantito dalla previsione di cui all'articolo 12, comma 2, d.lgs. 79/1999.



Il ricorso del Governo (segue)

- i **commi 7, 8, 9 e 10** violano l'articolo 117, primo e secondo comma, lettera e) nonché terzo comma Cost..

Tali disposizioni regionali prefigurano, secondo il Governo, un sistema di affidamento di impianti afferenti alle grandi derivazioni idroelettriche e non, invece, un sistema di affidamento, tramite gara, delle concessioni idroelettriche. Ciò si porrebbe in contrasto con il regime delle concessioni idroelettriche e degli impianti a essi afferenti, quale prefigurato dall'art. 12, d.lgs. 79/1999, e dall'art. 25 del r.d. 1775/1933, poiché tali norme statali costituiscono, secondo il Governo, principi fondamentali della materia di competenza concorrente «energia», la loro violazione si traduce nella violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost..

Ad avviso del Governo, il richiamo, operato nell'art. 14, comma 1, della l.r. Lombardia 19/2010, al decreto legislativo 85/2010 sul «federalismo demaniale» non giustifica l'intervento regionale sugli impianti citati. Tali impianti, infatti, non rientrerebbero nella disponibilità della Regione, non essendo ricompresi nel novero dei beni pubblici regionali indicati dal citato decreto legislativo.

Nella parte in cui l'art. 14, commi 7, 8, 9 e 10, della l.r. Lombardia 19/2010 prevede affidamenti diretti (ovvero senza gara), si pone in contrasto con i principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario in tema di concorrenza e costituisce, quindi, violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. Osserva il Governo che la disciplina delle procedure di affidamento di beni e servizi rientra nella competenza esclusiva del legislatore statale in materia di concorrenza.



Il ricorso del Governo (segue)

- il **comma 7** viola l'articolo 117, secondo comma, lettera s) Cost..

Si riporta testualmente il ricorso del Governo: “Inoltre, limitatamente al comma 7 dell'art. 14, il legislatore regionale viola anche l'articolo 117, comma 2, lett. s), ai sensi del quale lo Stato ha legislazione esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema”.

Come già indicato il comma 7 dell'articolo 53 bis, l.r. 26/2003 prevede l'acquisizione delle opere e degli impianti allo scadere della concessione da parte della Regione, ai sensi del d.lgs. 85/2010, e il conferimento in proprietà a società patrimoniali di scopo a partecipazione totalitaria di capitale pubblico incedibile. Tali società metteranno a disposizione del nuovo concessionario le opere le infrastrutture e gli impianti afferenti la derivazione a fronte di un corrispettivo per l'utilizzo determinato sulla base di criteri fissati dalla l.r.. Possibilità di costituzione di società patrimoniali di scopo provinciali.



Memoria di costituzione e deduzioni di Regione Lombardia

Regione Lombardia in primo luogo chiede l'inammissibilità del ricorso, denunciando l'indicazione erronea delle norme impugnate nonché la genericità e la carenza di motivazione delle censure.

Nel merito ritiene il proprio intervento conforme al quadro normativo vigente deducendo che:

- oggetto della concessione è sia l'acqua pubblica che gli acquedotti e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica nonché le pertinenze idriche o idrauliche, in quanto demanio idrico (vedi articolo 822 c.c., articolo 143 d.lgs. 152/2006, articolo 25 r.d. 1775/1933);
- la gestione amministrativa del demanio idrico è di competenza regionale ferma la titolarità dello Stato; inizialmente le concessioni di grandi derivazioni per uso idroelettrico venivano rilasciate a seguito di procedura concertata Stato – Regioni, tale procedura è stata superata dal d.lgs. 79/1999;
- l'articolo 3 d.lgs. 85/2010 completa il disegno riformatore con attribuzione alle Regioni di un proprio patrimonio, mantenendo ferme le competenze amministrative già attribuite; l'assenza dei dpcm, nonostante siano decorsi i 180 giorni previsti, rende la riforma inattuata.



Memoria di costituzione e deduzioni di Regione Lombardia (segue)

Nel merito della disciplina relativa all'attribuzione delle concessioni di grandi derivazioni rileva che:

- i principi desumibili dall'articolo 12 d.lgs. 79/199 sono attribuzione mediante gara e temporaneità della concessione;
- la Corte costituzionale, intervenuta sulla l. 266/2005 che ha modificato l'articolo 12, ha sancito il divieto di proroghe e la necessaria partecipazione delle Regioni nella fissazione dei criteri per l'espletamento delle gare;
- il legislatore statale ha accolto i rilievi della Corte modificando l'articolo 12 con il d.l. 78/2010 prevedendo **una clausola di cedevolezza** a favore del legislatore regionale anche nella parte in cui si demanda alla Conferenza unificata di determinare, nel termine di 6 mesi, i requisiti per la gara; alla stregua di tale previsione si giustifica e legittima l'intervento regionale oggetto di censura.



Memoria di costituzione e deduzioni di Regione Lombardia (segue)

In merito alle censure relative all'invasione regionale nella materia relativa alla tutela della concorrenza si osserva che:

- la materia pur essendo trasversale non “azzerà” l'intervento regionale soprattutto in materie di competenza concorrente (vedi Corte cost. 430 e 431/2007, 175/2005, 272 e 14/2004);
- nel caso di specie, inoltre, la normativa regionale si pone nei limiti del quadro statale, anzi rafforzando la tutela della concorrenza (vedi Corte cost. 307/2009); quadro normativo in cui è prevista una clausola di cedevolezza e l'intervento regionale, nello specifico, si inserisce nelle more ed in assenza di una disciplina statale (vedi articolo 53 *bis*, comma 3, l.r. 26/2003) ;
- La Corte cost. 1/2008 ha affermato che interventi legislativi che procrastinino le procedure di gara sono contrari alla tutela della concorrenza e l'intervento regionale non esclude la competenza statale ma la sostituisce in caso di inerzia;
- La determinazione dei criteri, inoltre, è riconducibile all'esercizio della funzione amministrativa in materia di concessioni idroelettriche, allocata in capo alle Regioni.



Memoria di costituzione e deduzioni di Regione Lombardia (segue)

In merito al rispetto della disciplina comunitaria la Regione Lombardia sottolinea che:

- in caso di dichiarazione di incostituzionalità della norma regionale si creerebbe una situazione di fatto contraria alle indicazioni del diritto europeo; il Governo, inoltre, potrebbe porre nel nulla la questione emanando il provvedimento di cui all'articolo 12, comma 2, d.lgs. 79/1999;
- la normativa regionale, che prevede peraltro la celebrazione di gare per l'affidamento di concessioni e non di impianti, sblocca una situazione che finora ha determinato una sorta di regime perpetuo degli affidamenti diretti;
- il ricorso ad una società di scopo, con alla base una gara a doppio oggetto, rappresenta un modello ampiamente utilizzato in materia di servizi pubblici (vedi articolo 23 bis d.l. 112/2008); la titolarità rimane pubblica ed è esercitata per il tramite di una società comunque pubblica favorendo la realizzazione di investimenti di miglioramento del servizio;
- il modello gestionale scelto, inoltre, non solo garantisce il rispetto del principio della gara ma altresì il coinvolgimento degli enti locali nella proprietà degli impianti che incidono sul territorio.



Memoria di costituzione e deduzioni di Regione Lombardia (segue)

In merito alle censure relative al non corretto richiamo al federalismo demaniale Regione Lombardia precisa che:

- dal tenore letterario della previsione regionale "ai sensi del d.lgs. 85/2010, allo scadere delle concessioni" deve intendersi che è necessario attendere l'emanazione dei decreti ministeriali attuativi perché si perfezioni l'acquisizione delle opere e degli impianti in capo alla Regione e sia possibile il relativo conferimento a società di scopo.

Infine, in merito alla censura relativa al solo comma 7 per violazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera s), Cost. la difesa regionale non comprende che collegamento ci sia tra la previsione di una società di scopo e l'affidamento delle concessioni, da un lato, e la tutela dell'ambiente, dall'altro.



In attesa del pronunciamento della Corte costituzionale

...

Grazie dell'attenzione
e buon lavoro!