

Simone Rodolfo Masera

Concessioni idroelettriche

Evoluzione e prospettive

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2018

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675232-1

INDICE

<i>Premessa</i>	13
Capitolo I	
<i>La grande derivazione a scopo idroelettrico. Esempio paradigmatico di uso particolare del bene pubblico che soddisfa interessi di carattere generale</i>	
1. Considerazioni iniziali e prospettive di ricerca	19
2. La concessione idroelettrica: esempio paradigmatico di uso particolare del bene pubblico che soddisfa anche interessi di carattere generale e collettivo	24
3. La legislazione in materia di grande derivazione a scopo idroelettrico. Una sintesi	26
3.1. (<i>segue</i>). la prima legislazione sulla grande derivazione a scopo idroelettrico per lo sviluppo dell'industria idroelettrica, e con l'obiettivo della nazionalizzazione al termine dell'utenza idroelettrica, nell'interesse collettivo	27
3.2. (<i>segue</i>). la nazionalizzazione del settore elettrico, mediante espropriazione delle aziende elettriche, per esigenze di programmazione dell'economia nazionale. Il mutamento di significato della concessione idroelettrica, quale strumento per la riserva di una quota di acqua al nuovo ente pubblico	37
3.3. (<i>segue</i>). la liberalizzazione del mercato elettrico, per i benefici dei clienti finali, realizzata tramite privatizzazione formale e sostanziale. Riemersione dell'autonoma rilevanza della concessione idroelettrica e dei beni strumentali all'esercizio della derivazione, con vincolo di destinazione alla produzione di energia elettrica	45
4. La risorsa idrica concessa a fini idroelettrici ed i beni strumentali all'esercizio della derivazione nella vigente legislazione: distinte categorie di beni destinati alla produzione di energia elettrica. La grande devizione a scopo idroelettrico nella teoria dei beni pubblici	50
4.1. (<i>segue</i>). la grande derivazione a scopo idroelettrico nell'elaborazione della dottrina. Uso «comune» del bene demaniale ed uso «eccezionale» della risorsa idrica	52

-
- | | |
|---|----|
| 4.2. (<i>segue</i>). la rilevanza per la collettività dell'uso a titolo «particolare» della risorsa idrica a scopo produttivo. Dalla funzione «finale» del bene demaniale a quella «strumentale» | 57 |
| 4.3. (<i>segue</i>). l'affacciarsi della tesi sui beni privati di interesse pubblico in un contesto normativo ostile, per la tendenza interventista dello Stato. La stagione delle privatizzazioni e l'evolversi della categoria dei beni oggettivamente pubblici | 71 |
| 5. Riepilogo | 78 |

Capitolo II

La gara per l'assegnazione delle concessioni idroelettriche.

Verso la valorizzazione della risorsa idrica

nell'interesse del cliente finale

- | | |
|--|-----|
| | 81 |
| 1. Osservazioni preliminari | 81 |
| 2. La legislazione in materia di concessioni idroelettriche nei Paesi membri della Unione europea. Una sintesi rispetto ai contesti in cui l'utilizzo della risorsa idrica riveste maggiore rilevanza | 83 |
| 3. Progressivo affermarsi della gara come regola per l'assegnazione delle concessioni idroelettriche. Tutela della concorrenza, uniformità di regolamentazione sul territorio nazionale della procedura di gara e prerogative regionali nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Prolungamento della durata della concessione e valore dell'affidamento del concessionario | 87 |
| 4. I parametri legislativi per lo svolgimento della procedura di gara per l'assegnazione delle concessioni idroelettriche | 108 |
| 5. Verso la valorizzazione della risorsa idrica nell'interesse del cliente finale dell'energia elettrica | 111 |
| 6. La natura «multidimensionale» della procedura di gara per l'attribuzione della concessione idroelettrica | 117 |
| 7. Canone concessorio e riduzione del costo dell'energia elettrica. Esigenze di uniforme regolamentazione sul territorio nazionale a tutela della concorrenza | 120 |
| 8. L'appartenenza della risorsa idrica e l'interesse del cittadino, nella veste di cliente finale, alla riduzione del prezzo dell'energia elettrica | 126 |
| 9. La valenza regolatoria della procedura di scelta del concessionario | 128 |

Capitolo III

<i>La proprietà dei beni destinati alla produzione di energia idroelettrica e la loro gestione per l'ottimale esercizio della derivazione idroelettrica concessa</i>	131
1. Premessa. L'indifferenza del regime proprietario dei beni produttivi nei mercati liberalizzati e l'interesse del cliente finale dell'energia elettrica	131
2. La concessione di grande derivazione a scopo idroelettrico e la regola del trasferimento del ramo d'azienda ai fini della continuità gestionale	142
3. L'obbligo gravante sul nuovo concessionario di rilevare il ramo d'azienda e le critiche della Commissione europea e della AGCM fondate sul valore della concorrenza	146
4. La devoluzione gratuita delle opere c.d. bagnate al termine dell'utenza idroelettrica	148
5. Il principio di neutralità dell'Unione europea rispetto ai regimi della proprietà degli Stati membri	151
6. Le 'ragioni' dell'appartenenza delle opere destinate alla produzione di energia idroelettrica	155
6.1. (<i>segue</i>). nella legislazione del d.l. n. 1664/1916 e del r.d. n. 1775/1933. Devoluzione gratuita del bene privato preordinata alla nazionalizzazione dell'attività di produzione idroelettrica	156
6.2. (<i>segue</i>). nella legislazione sulla nazionalizzazione del sistema elettrico. Perdita dell'autonoma rilevanza del bene strumentale all'esercizio del servizio pubblico	163
6.3. (<i>segue</i>). nella legislazione del mercato elettrico liberalizzato. Privatizzazione sostanziale e gestione ottimale del bene per la valorizzazione della risorsa a fini idroelettrici	169
7. Le opere per la produzione di energia idroelettrica come beni privati a destinazione pubblica	176
8. Regime regolativo di beni di interesse generale in appartenenza privata	180
9. Titolarità, modello organizzativo di gestione del bene ed esercizio dell'attività produttiva. Carattere strumentale della tutela della concorrenza ed efficienza economica nella gestione delle opere. Principio di proporzionalità	185

Osservazioni finali

Valore strategico del comparto idroelettrico, riemersione di istanze per una riserva surrettizia dell'attività di produzione, ruolo del cliente finale 189

1. Il valore strategico del comparto idroelettrico. La emersione di istanze per una pubblicizzazione dell'attività di produzione idroelettrica nel contesto di una rinnovata inclinazione interventista dello Stato, per effetto della crisi economico-finanziaria, e di un tendenziale prevalere della regolazione di tipo finalistico del mercato dell'energia elettrica 189
2. Il costo ed il prezzo dell'energia elettrica. La valenza regolatoria della legislazione sulle procedure di gara per l'attribuzione delle concessioni idroelettriche, ed il ruolo (proattivo) del cliente finale 197

Bibliografia 203

PREMESSA

Un'indagine sulla concessione idroelettrica, *melius* sulla legislazione in materia di grande derivazione d'acqua pubblica a scopo idroelettrico, trova, oggi, giustificazione in almeno tre ordini di ragioni, tutte riconducibili alla circostanza che il quadro normativo di riferimento non sembra aver ancora raggiunto quel grado di definitività o anche solo di stabilità che ci si attenderebbe nel momento presente, ove le coordinate entro cui inquadrare l'istituto sembrerebbero essere state delineate con sufficiente precisione nel corso di una produzione legislativa, di una riflessione dottrinarie e di un'esperienza della prassi più che secolare.

Nella fase attuale paiono delinearci alcuni fattori, ascrivibili all'influenza esercitata dal diritto comunitario su quello nazionale, in grado di incidere su elementi qualificanti della concessione idroelettrica, e tali da poter condizionare – in modo significativo – gli sviluppi futuri della gestione delle grandi derivazioni a scopo idroelettrico.

Le implicazioni più generali della legislazione in vigore, e delle proposte di modifica su alcuni suoi aspetti qualificanti, non sembrano tuttavia essere del tutto colte. Eppure si tratta di profili che paiono in grado di comportare soluzioni di discontinuità di un certo rilievo rispetto alla linea evolutiva dell'istituto fin qui seguita.

Una prima ragione di interesse si rinviene nel modo di atteggiarsi di una legislazione settoriale, come quella in esame, nel recente quadro normativo fortemente condizionato dal diritto comunitario e dai valori da questo propugnati, con particolare riferimento alla promozione della concorrenza, in vista dei concreti risvolti positivi per i destinatari delle utilità conseguibili tramite l'utilizzo della risorsa idrica a scopo idroelettrico.

Si tratta, infatti, di una legislazione settoriale che – come è ben noto – fin dalla sua origine, e soprattutto a partire dall'entrata in vigore del testo unico delle leggi sulle acque pubbliche e sugli impianti elettrici del 1933, ha rappresentato un importante strumento di politica economica per lo sviluppo industriale e sociale del nostro Paese; una legislazione i cui tratti essenziali – ancorché risalenti nel tempo – hanno mantenuto nel corso dei decenni, sebbene con alterne vicende, una loro vitalità e che conservano una incidenza ancora attuale: tanto che, ad esempio, talune sue regole

sono invocate a fondamento di soluzioni, ritenute obbligate, a favore dell'appartenenza pubblica dei beni strumentali all'esercizio delle concessioni idroelettriche, e ciò peraltro onde evitare ostacoli alla concorrenza tra aspiranti concessionari. Di interesse è allora il confronto tra la prima legislazione in materia e quella vigente, nonché il loro rapporto ed interferenze.

Una seconda ragione che induce a proporre il presente studio riguarda l'opportunità di verificare il significato delle grandi derivazioni a fini idroelettrici nell'ambito delle più recenti tendenze manifestatesi nel nostro ordinamento circa le modalità di utilizzo di risorse tradizionalmente ricondotte nella categoria dei beni pubblici in vista di una loro piena valorizzazione per gli interessi della collettività. Il tema si pone, in special modo, con riguardo a quei beni che rilevino (non in sé, ma) in quanto strumenti indispensabili all'esercizio di un'attività produttiva.

La concessione idroelettrica si inserisce nel menzionato dibattito, essendo senz'altro ascrivibile al novero delle concessioni il cui oggetto solo ad un esame superficiale riguarda in modo principale un « bene », poiché invero inerisce piuttosto all'attività produttiva che grazie a quel bene viene effettivamente svolta. I tratti peculiari di una siffatta tipologia di concessioni sono stati – in termini generali – delineati da autorevole dottrina fin dagli anni sessanta del secolo scorso, e sono stati ritenuti pertinenti anche al settore che qui ci occupa allorquando rispetto al governo delle acque è stata evidenziata l'esigenza di procedere ad una programmazione negli usi della risorsa idrica. La riflessione sul punto ha condotto ad osservare che il profilo qualificante di una moderna e più razionale disciplina in materia di governo delle acque non dovrebbe essere quello di un'amministrazione incentrata sul « bene » acqua pubblica, considerato di per sé, vale a dire sul singolo corso d'acqua di volta in volta assentito, e prescindendo da una visione d'insieme più ampia delle utilizzazioni nel loro complesso.

Con il che si introduce un altro motivo di interesse per la presente ricerca, dato dalla consapevolezza progressivamente emersa in ordine alla inadeguatezza del singolo provvedimento concessorio per un soddisfacente governo delle acque pubbliche, il quale, invece, richiederebbe un ordine di valutazioni di portata più ampia rispetto a quelle poste a base di un atto concessorio, che in quanto tale pone la disciplina per una singola fattispecie.

L'inadeguatezza del provvedimento concessorio, per gli aspetti sopra descritti, veniva da autorevole dottrina della metà del secolo scorso evidenziata in termini generali per il governo delle acque pubbliche, ma pare assumere rilievo anche nel settore specifico che in questa sede interessa, se non altro nella misura in cui si voglia dare adeguato peso alla previsione legislativa secondo cui l'attribuzione delle concessioni idroelettriche presuppone lo svolgimento di una gara pubblica condotta per la scelta del concessionario in forza di criteri posti direttamente dalla legge;

criteri che esprimono precise scelte di valore in ordine alle finalità perseguite con l'esercizio delle grandi derivazioni a scopo idroelettrico.

Peraltro, se, per effetto della liberalizzazione del mercato elettrico, la concessione idroelettrica ha ri-acquisito autonoma rilevanza (dopo che, con la nazionalizzazione del 1962, era stata sostanzialmente ridotta a misura della portata d'acqua riservata al nuovo ente pubblico per fini idroelettrici), tuttavia non ri-assume anche una posizione centrale nel sistema di gestione della risorsa a scopo idroelettrico; tale posizione va, infatti, riconosciuta alla gara per la scelta del concessionario, secondo quanto prevede la vigente legislazione oggetto della presente indagine.

La centralità della suindicata procedura di gara, e dei criteri *ex lege* indicati per l'assegnazione della concessione, rappresenta un ulteriore elemento da valutare nell'ambito della tendenza che ridimensiona l'importanza, nel sistema di gestione dei corsi d'acqua, del singolo provvedimento di assenso alla derivazione.

Il riferimento ai criteri legislativi per la scelta del concessionario introduce un ulteriore elemento di riflessione, quello che riguarda gli obbiettivi avuti di mira dal legislatore tramite l'esercizio delle concessioni idroelettriche.

Si tratta di un profilo – quest'ultimo – utile a tracciare un collegamento con gli altri, già menzionati, elementi qualificanti della disciplina di settore in commento, poiché gli approfondimenti richiesti non possono che prendere le mosse dal riconoscimento che la legislazione in materia ha progressivamente chiarito che l'uso della risorsa idrica a scopo idroelettrico, lungi dal costituire una modalità eccezionale di utilizzo dell'acqua pubblica a beneficio pressoché esclusivo del produttore concessionario, rappresenta invero l'ordinario modo di utilizzo della risorsa idrica per una sua destinazione non secondaria: la produzione di energia idroelettrica.

Gli approfondimenti delle prossime pagine, allora, richiedono di essere condotti avendo cura di confrontare le soluzioni legislative proposte con le conseguenze concrete che queste comportano nei confronti degli interessi collettivi di riferimento, ed anzi con quell'interesse qualificato del cliente finale dell'energia elettrica cui il legislatore pare attribuire particolare rilievo negli ultimi interventi in materia; interesse qualificato che, essendo riconducibile alla possibilità di acquistare l'energia elettrica ad un prezzo ottimale, riguarda la concreta rimozione di ostacoli di ordine economico al pieno sviluppo della persona umana secondo le indicazioni dell'art. 3 della nostra Costituzione. Il che, per altro verso, porta ad interrogarsi sul ruolo (proattivo, secondo gli auspici di molti) del singolo di fronte alle scelte dell'autorità amministrativa nella gestione della risorsa in questione.

I sopra indicati profili costituiscono elementi qualificanti della legislazione in materia di grande derivazione a scopo idroelettrico, sicché il loro approfondimento dovrebbe permettere di verificare l'esistenza o meno di un disegno generale nelle gestioni delle derivazioni in esame; e, quindi, dovrebbe consentire di delineare altresì

le possibili linee di sviluppo del settore, evidenziando eventuali fattori di discontinuità rispetto alla 'politica' di settore fin qui praticata, nonché elementi di 'incoerenza' rispetto alle indicazioni comunemente condivise circa gli obiettivi da conseguire tramite la gestione della risorsa idrica per la produzione di energia elettrica.

Nello svolgimento dell'indagine si è ritenuto opportuno dedicare il primo capitolo alla ricostruzione della legislazione nazionale in materia, non solo al fine di identificare i tratti essenziali di tale disciplina ma anche con lo scopo di far emergere gli obiettivi con tale legislazione perseguiti. In questa prospettiva si è ritenuto indispensabile dedicare un certo spazio alla dottrina che si è occupata delle derivazioni d'acqua a scopi produttivi nella teoria dei beni pubblici, e ciò perché gli approfondimenti che hanno avuto come oggetto detta derivazione hanno fatto emergere le sue peculiarità, tali peraltro da mettere in crisi le ricostruzioni fornite in termini generali in materia di beni pubblici, imponendo dunque di ricercare nuove e più soddisfacenti soluzioni interpretative, e costituendo così un fattore di ulteriore progresso della scienza giuridica in questo campo. Peraltro lo studio più recente su fondamento e portata della proprietà pubblica ha condotto ad alcune acquisizioni che, ancorché problematiche o non del tutto condivise, paiono utili a configurare un quadro generale di riferimento entro cui collocare anche l'oggetto specifico della presente indagine: che riguarda l'utilizzo a titolo particolare di una risorsa pubblica da parte di un operatore privato, spinto ad agire in vista di un proprio profitto economico nello svolgimento di un'attività, che tuttavia comporta palesi implicazioni di interesse collettivo.

La suindicata sintesi è parsa utile in quanto, nella legislazione che si andrà ad analizzare, la risorsa idrica concessa a fini idroelettrici ed i beni strumentali all'esercizio della derivazione verrebbero a costituire due distinte categorie di beni accomunate però dal fatto di essere entrambe destinate alla produzione di energia elettrica.

Il secondo capitolo focalizza l'attenzione sulla legislazione vigente con l'obiettivo di cogliere quegli elementi del dato positivo utili ad evidenziare quale sia, e se vi sia, una precisa linea evolutiva negli obiettivi di politica economico-sociale riconducibili alla legislazione di settore; in questa prospettiva è sembrata proficua una breve sintesi della normativa in vigore in altri paesi membri della Unione europea, in particolare in quelli in cui una certa importanza rivesta l'utilizzo della risorsa idrica a scopo idroelettrico.

Nella disamina della nostra disciplina settoriale, alla ricerca dei profili in grado di qualificare la linea evolutiva di cui si è appena detto, resa manifesta dal graduale affinarsi dei criteri di assegnazione della concessione idroelettrica, l'attenzione è stata inevitabilmente attratta dai criteri di svolgimento della procedura di attribuzione della concessione idroelettrica, criteri che – ovviamente – esprimono delle

precise opzioni di valore circa le finalità avute di mira tramite una ottimale gestione della concessione idroelettrica. Emergerebbe in tal modo la rilevanza di un interesse giuridicamente qualificato del cittadino, nella particolare veste di cliente finale dell'energia elettrica, interesse che in termini tanto espliciti non era fino ad ora mai stato considerato, avendo la normativa in questione, per effetto delle indicazioni del diritto comunitario, più che altro l'obiettivo di creare le condizioni per un mercato concorrenziale nel settore dell'energia, per i benefici che questo, una volta realizzato, avrebbe garantito anche ai clienti finali.

Il terzo capitolo, sulla scorta dei risultati che precedono, analizza un ulteriore elemento qualificante la legislazione di settore in parola, e che è stato oggetto di attenta e critica analisi da parte della Unione europea e da parte della nostra Autorità antitrust; si tratta del regime giuridico della proprietà dei beni strumentali alla produzione di energia elettrica, in particolare, una volta scaduta la concessione e in vista della sua attribuzione ad un nuovo concessionario. L'analisi si è, dunque, svolta nella prospettiva di approfondire le ragioni di una eventuale proprietà pubblica di siffatti beni, come auspicato dalle menzionate Autorità, nonché le ragioni contrarie che indicherebbero come opzione preferibile quella del loro diretto passaggio alla proprietà del nuovo concessionario, se diverso da quello uscente. È in questo momento dell'indagine che il confronto con le acquisizioni più recenti della dottrina in tema di significato e portata dell'appartenenza pubblica dei beni è parso di maggiore utilità. Queste, infatti, hanno indotto a riflettere sulla reale opportunità o necessità giuridica di una proprietà pubblica dei beni strumentali alla produzione, in una visione coerente a quell'impostazione che auspica una selezione dei beni da ricondurre alla proprietà pubblica in ragione dei loro caratteri intrinseci. E ovviamente sul ruolo dello Stato in questo campo.

Nelle osservazioni finali si è proposta una riflessione su una tendenza che è parso di intravedere, unitamente ad una più generale inclinazione interventista dei poteri pubblici nel settore esaminato, e che potrebbe essere espressa come un'istanza per una riserva surrettizia dell'attività di produzione idroelettrica in capo ai poteri pubblici. Infine, si sono svolte alcune considerazioni sul ruolo da riconoscere sia all'Autorità pubblica in questo settore sia al cittadino, nella veste di cliente finale dell'energia elettrica. Le osservazioni sono state condotte sulla scorta di quelle che sono sembrate le acquisizioni più significative nella disamina della legislazione di settore (con valenza regolatoria), le quali impongono di valutare le soluzioni elaborate in materia in ragione delle loro implicazioni sugli obiettivi perseguiti dal legislatore; i quali sono andati mutando nel corso delle varie fasi storiche e che nel momento attuale sembrano incentrarsi su un interesse qualificato per la collettività, precisamente riconducibile a una specifica categoria di soggetti.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di marzo 2018