

IL DEFLUSSO MINIMO VITALE

Angelo Maestroni

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Inquadramento normativo; livello statale. – 3. Inquadramento normativo: Regione Lombardia. – 4. Spunti di riflessione. – 5. Conclusioni alla luce della sentenza della Corte cost. n. 86/2014.

1. Premessa.

Occorre premettere che l'argomento in oggetto non riguarda esclusivamente gli aspetti legati alla produzione di energia idroelettrica e alle problematiche ivi connesse ma si inserisce nei contesti dei diversi impieghi della risorsa idrica e della libera concorrenza tra imprese nonché in quello ambientale¹.

Il deflusso minimo vitale, come verrà spiegato in seguito, rappresenta infatti un limite particolare imposto a livello normativo al prelievo di acqua che il concessionario interessato deve rispettare per intuitive ragioni sociali, ecologiche, sanitarie ed economiche.

Prima di entrare nel dettaglio di che cosa si intenda per deflusso minimo vitale (d'ora innanzi più semplicemente DMV) e di come tale concetto abbia trovato una disciplina nel nostro ordinamento e di quali siano le criticità della materia, ad avviso di chi scrive, occorre ricordare che la risorsa idrica non viene prelevata dall'uomo unicamente per consentire il funzionamento delle turbine delle centrali idroelettriche, questione che qui nello specifico interessa, ma anche e soprattutto per scopi industriali di vario genere e agricoli, oltre che naturalmente per l'approvvigionamento di acqua potabile indispensabile alla collettività²; va inoltre sin d'ora ricordato che se da una parte l'energia idroelettrica consente di ridurre le immissioni di

¹ Sul tema dell'acqua in generale si veda E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, 2012; sul tema della concorrenza si veda in particolare F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 37 ss.

² Vale ricordare che la priorità dell'uso civile dell'acqua rispetto a ogni altra modalità di impiego era stato sancito dalla legge 5 gennaio 1994, n. 36, *Disposizioni in materia di risorse idriche*, poi abrogata e sostituita dal d.lgs. n. 152/2006.

CO2 in atmosfera e quindi di combattere gli effetti negativi dei cambiamenti climatici, dall'altra un eccessivo e incontrollato prelievo di acqua, senza una quantitativamente e qualitativamente adeguata restituzione della stessa in natura, danneggerebbe la vitalità degli ecosistemi che dipendono dalla risorsa in questione, e con essi quella dello stesso genere umano³.

Al contempo è opportuno sottolineare come poter contare su regole chiare e di uniforme applicazione in tutto il territorio nazionale sia decisivo non solo per questioni legate alla libera e paritaria concorrenza tra imprese, ma anche e soprattutto per gli Amministratori, per gli utenti e per i cittadini, tutti chiamati a condividere la fondamentale responsabilità di un consapevole uso dell'acqua anche in un'ottica di solidarietà verso le generazioni future⁴.

Alla luce di queste considerazioni preliminari e tenendo conto di quanto recentemente statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 86/2014 in materia, lo scritto che segue si prefigge il limitato scopo di commentare l'attuale sistema normativo del DMV, con riguardo alla Lombardia, per mettere in luce le debolezze ed evidenziare ciò che, come le sperimentazioni in atto, potrebbe rappresentare un punto di forza, potenzialmente utile per migliorare l'attuale situazione di incertezza operativa, di degrado ambientale nonché di riduzione di competitività produttiva.

2. Inquadramento normativo: livello statale.

Occorre verificare, in primo luogo, se le norme che disciplinano il DMV riguardino la tutela dell'ambiente ovvero si collochino in ambito economico o in quello di altre materie; ragionamento, questo, utile per orientarsi in tema di competenze normative e amministrative.

A chi spetta determinare il DMV? È questa materia di tutela ambientale? Più tali domande trovano una risposta chiara, meno difficoltoso potrebbe essere rispettare le aspettative dei soggetti interessati: pubblica amministrazione, imprenditori e collettività tutta, i cui interessi immediati legati all'impiego dell'acqua non sempre coincidono.

Il DMV attiene infatti al più vasto argomento dell'uso dell'acqua, la cui relativa disciplina di carattere generale trova fondamento nel R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 e in tutte le norme a esso collegate, cui si rimanda⁵.

Nello specifico il DMV, quale strumento normativo di tutela delle acque e degli ecosistemi connessi, è stato introdotto a livello nazionale dalla leg-

³ Cfr. le voci di A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, e di G.D. COMPORI, *Energia e ambiente*, in G.P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008.

⁴ A. MASSARUTTO, *L'acqua: un dono della natura da gestire con intelligenza*, Bologna, 2008.

⁵ Fondamentali in proposito i contributi di N. LUGARESI, *Le acque pubbliche*, Milano, 1995, e la voce *Acque pubbliche* di V. CERULLI IRELLI, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, U. POTOTSCHNIG, E. FERRARI (a cura di), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, 2000.

ge 18 maggio 1989, n. 183, *Norme per il riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo*.

È questa legge infatti che ha individuato tra le attività per difendere il suolo, per risanare le acque, per regolare la fruizione e la gestione del patrimonio idrico per gli usi di razionale sviluppo economico e sociale, contestualmente tutelando gli aspetti ambientali ad essi connessi, proprio: «la razionale utilizzazione delle risorse idriche superficiali e profonde, con una efficiente rete idraulica, irrigua ed idrica, garantendo, comunque, che l'insieme delle derivazioni non pregiudichi il minimo deflusso costante vitale negli alvei sotesi nonché, la pulizia delle acque» (art. 3, lett. i).

Dalla fine degli anni Ottanta la questione ambientale in materia di uso dell'acqua, grazie all'intervento del legislatore nazionale, è andata via via definendosi ad opera di altre norme di settore, quali in particolare il d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275 recante il *Riordino in materia di concessione di acque pubbliche* e la legge 5 gennaio 1996, n. 34, c.d. "*Legge Galli*", per giungere ad una forma definitiva ad opera del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152⁶.

Quasi contemporaneo è il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 con cui sono state conferite alle Regioni le funzioni relative alla gestione dei beni del demanio idrico, ivi comprese le funzioni amministrative relative alle concessioni di derivazione di acqua pubblica, alla ricerca, estrazione e utilizzazione delle acque sotterranee, alla tutela del sistema idrico sotterraneo nonché alla determinazione dei canoni di concessione e all'introito dei relativi proventi (art. 89). È la stessa norma a stabilire che, come molto spesso di fatto accade, ove le concessioni di derivazione riguardino più Regioni, queste siano rilasciate d'intesa tra le Regioni interessate (art. 89, c. 2)⁷.

Naturalmente quanto stabilito a livello centrale ha dovuto tenere conto degli obiettivi nel frattempo imposti a livello comunitario dalla *Direttiva 2000/60/CE*⁸. Questa direttiva, considerata quadro (DQ), ha infatti istituito il programma per l'azione comunitaria in materia di acque, introducendo un approccio innovativo dal punto di vista ambientale e da quello amministrativo-gestionale. La direttiva infatti ha preteso che i singoli Stati nazionali si dotassero di sistemi capaci di prevenire il deterioramento qualitativo e quantitativo delle acque e di migliorarne lo stato, attraverso la regolamentazione dell'uso in un'ottica di sostenibilità, basata sulla protezione a lungo termine delle risorse idriche disponibili.

⁶ D.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, recante «Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole».

⁷ Si noti in proposito che la Regione Lombardia e la Regione Piemonte hanno sottoscritto un protocollo di intesa in tema in data 5-20 luglio 2004.

⁸ M. ALBERTON, *Il recepimento della Direttiva 2000/60/CE in materia di acque negli Stati membri: tendenze e sfide aperte*, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2012, p. 669 ss.

La direttiva quadro sulle acque (DQA) viene in rilievo in relazione al DMV perché è proprio questo provvedimento che, fissando l'obiettivo generale di raggiungere lo "stato di buono" per tutte le acque entro il 31 dicembre 2015, ha determinato la regolamentazione del prelievo per scopi idroelettrici, imponendo all'utilizzatore/concessionario di mantenere nell'alveo fluviale un quantitativo sufficiente di acqua per garantirne la continuità biologica, stabilendo altresì che la restituzione dovesse avvenire, appunto, entro un minimo vitale per l'ecosistema d'origine⁹.

In ambito nazionale, il Testo Unico ambientale di cui al d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ha confermato il significato del DMV in punto protezione ambientale, stabilendo che la relativa disciplina rientra tra le attività di programmazione, di pianificazione e di attuazione degli interessi destinati a realizzare la tutela e il risanamento del suolo e del sottosuolo (art. 56, comma 1, lett. h).

Il T.U. ambientale, per quanto qui interessa, ha inoltre stabilito che: «... tutte le derivazioni di acqua comunque in atto alla data di entrata in vigore della parte terza del presente decreto sono regolate dall'Autorità concedente mediante la previsione di rilasci volti a garantire il minimo deflusso vitale nei corpi idrici, come definito secondo i criteri adottati dal Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare con apposito decreto, previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni, senza che ciò possa dar luogo alla corresponsione di indennizzi da parte della pubblica amministrazione, fatta salva la relativa riduzione del canone demaniale di concessione» (art. 95, comma 4).

Norma questa che ha trovato la giusta sponda nella modifica introdotta dal Testo Unico ambientale al R.D. n. 1775/1933, con cui è stato statuito che la concessione è rilasciata se, tra l'altro, «è garantito il minimo deflusso vitale e l'equilibrio del bilancio idrico» (art. 12-bis, comma 1, lett. b).

Si deve però al Codice dell'ambiente del 2006 la ripartizione delle competenze in tema di DMV: il Codice ha infatti attribuito alle Regioni il compito di approvare il Piano di tutela delle acque precisando che, per garantire una certa uniformità di applicazione sul territorio, esse debbano muoversi nell'ambito degli obiettivi fissati dalle Autorità di bacino su scala di distretto idrografico e in base alle direttive del Ministero dell'Ambiente della Tutela del Territorio e del Mare (artt. 95 e 121).

Va altresì sottolineato che la legge 7 agosto 2012, n. 134 di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, recante *Misure urgenti per la crescita del Paese*, ha successivamente modificato l'art. 12 del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79, introducendo una novità che per certi versi potrebbe apparire orientata a favorire un uso industriale dell'acqua rispetto a quello sociale. Stabilisce infatti la novella legislativa che le Regioni e le Province autonome possano in-

⁹ Il 12 dicembre 2006 è stata emanata la *Direttiva 2006/118/CE Sulla protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento e dal deterioramento*, recepita a livello nazionale dal d.lgs. 16 marzo 2009, n. 30, recante *Attuazione della direttiva 2006/118/CE, relativa alla protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento e dal deterioramento*.

dire una gara «cinque anni prima dello scadere di una concessione di grande derivazione d'acqua per uso idroelettrico e nei casi di decadenza, rinuncia e revoca, fermo restando quanto previsto dal comma 4, ove non ritengano sussistere un prevalente interesse pubblico ad un diverso uso delle acque, incompatibile con il mantenimento dell'uso a fine idroelettrico ... per l'attribuzione a titolo oneroso della concessione per un periodo di durata da venti anni fino ad un massimo di trenta anni» ... «avendo riguardo all'offerta di miglioramento e risanamento ambientale del bacino idrografico di pertinenza, alle misure di compensazione territoriale, alla consistenza e qualità del piano di interventi per assicurare la conservazione della capacità utile di invaso e, prevalentemente, all'offerta economica per l'acquisizione dell'uso della risorsa idrica e all'aumento dell'energia prodotta o della potenza installata» (art. 37, comma 4).

In proposito, v'è, in dottrina, chi ha notato che l'accento posto dall'avverbio "prevalentemente" in relazione alla valutazione dell'offerta in grado di aumentare l'efficienza produttiva accrescendo l'energia prodotta o la potenza installata possa rappresentare il segno di un nuovo importante passaggio nella gestione della risorsa idrica: «dalla prima fase, improntata alla difesa del suolo e della popolazione dai danni derivanti dall'acqua, si è passati come noto ad una fase di valorizzazione del patrimonio idrico, nelle varie forme di sfruttamento, per raggiungere un periodo di massima concentrazione sulla tutela qualitativa e quantitativa della risorsa, focalizzato sull'interesse ambientale, oggi, almeno in parte, superato dall'attenzione per l'esigenza "sociale" di riduzione del costo dell'energia, quale elemento centrale per la crescita del Paese e quale importante fattore di sostegno del singolo utente finale, soprattutto nell'attuale contesto di crisi economico-finanziaria»¹⁰.

Senza naturalmente scardinare il sistema di protezione ambientale, si potrebbe pensare che l'estremo bisogno di energia prodotta in Casa a basso costo abbia spinto il legislatore ad allentare le maglie di un sistema che comunque, come si vedrà di seguito, non ha dato prova di funzionare perfettamente.

3. Inquadramento normativo: Regione Lombardia.

Nonostante i numerosi interventi normativi e regolamentari seguiti a livello regionale e locale la questione del DMV, a distanza di un quarto di secolo dal primo provvedimento in proposito, non ha ancora trovato una disciplina capace di contemperare in modo soddisfacente e chiaro le esigenze sociali e ambientali con quelle industriali. Le principali difficoltà sono, come anticipato, quella di stabilire a priori e in via generale una gerarchia in merito all'impiego della risorsa idrica che prescinda dalla limitatezza

¹⁰ M.A. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in www.federalismi.it.

della stessa e quella di conciliare le esigenze configgenti di una pluralità di soggetti, tutti interessati a poterne disporre senza eccessive restrizioni.

Circoscrivendo il discorso al DMV in Regione Lombardia, basti qui anticipare che l'introduzione di sistemi di misurazione del rispetto del rilascio dell'acqua in alveo da parte dei concessionari, unica misura in grado di garantire l'osservanza dei limiti normativi, è stata introdotta, peraltro inspiegabilmente solo per il settore idroelettrico, nel 2013 con la legge reg. n. 9/2013, recante *Disposizioni in materia ambientale. Modifiche alle leggi regionali n. 26/2003 e n. 5/2010*. L'attuazione della norma è peraltro prevista a partire dal 2015, anno in cui invece, ai sensi della DQA, si sarebbe dovuto raggiungere lo stato di buono di tutte le acque dell'Unione.

Per comprendere le difficoltà che hanno impedito il raggiungimento di una serena e proficua disciplina del DMV, occorre tener conto che il Testo Unico ambientale sopra citato, così come le norme nazionali e locali precedenti e quelle che ne sono derivate, è maturato nel controverso contesto della ripartizione delle competenze in materia di tutela dell'ambiente, di produzione di energia e di gestione e tutela delle risorse idriche evolutosi in base alle leggi Bassanini, al decreto Bersani, alla riforma del titolo V della Costituzione, alla giurisprudenza della Consulta in materia di art. 117, e infine a seguito dell'intervento dell'Unione europea che, come sopra ricordato, con la direttiva 60/2000/CE ha per la prima volta dettato il quadro di riferimento in materia di acque, proprio per prevenirne il deterioramento qualitativo e quantitativo, e per assicurarne un utilizzo sostenibile e responsabile attraverso una gestione organizzata per bacini idrografici¹¹.

Se non si può dire raggiunto lo "stato buono" di tutte le acque¹², così come invece era previsto si verificasse entro il prossimo anno (2015), si può viceversa affermare che anche il nostro ordinamento, assunto dalle Regioni le dovute competenze normative, ha visto l'adozione dei Piani di Gestione previsti della citata direttiva ad opera delle stesse, sebbene con notevole ritardo; anche se, va ricordato, questi fondamentali strumenti di programmazione e attuazione in linea con il modello e con gli obiettivi stabiliti a Bruxelles (art. 13 DQA) sono rimasti a lungo meri documenti teorici.

In Regione Lombardia il processo di adeguamento alle normative comunitarie e statali citate in materia di DMV è iniziato con l'adozione della De-

¹¹ È ormai un dato tanto l'evoluzione nella giurisprudenza costituzionale in materia di tutela ambientale che ha da tempo abbandonato l'approccio trasversale che riconosceva un ruolo attivo delle Regioni in campo protezionistico, giustificato dalla "particolarità" della materia di cui all'art. 117, lett. s) Cost., quanto la consapevolezza acquisita da parte della dottrina che dubita che un riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di energia sia salutare alle esigenze dell'approvvigionamento e alla concorrenza. F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in E. BRUTTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007; F. DE LEONARDIS, *La Consulta fra interesse nazionale e energia elettrica*, nota a Corte cost., sentenza 13 gennaio 2004, n. 6, in *Giur. Cost.*, Milano.

¹² Commissione Europea, *Un piano per le risorse idriche europee*, Lussemburgo, 2014.

libera del Comitato Istituzionale del 13 marzo 2002, n. 7 da parte dell'Autorità di bacino del fiume Po relativa ai criteri di regolazione delle portate in alveo, indicanti le regole di calcolo del DMV e i relativi criteri di applicazione della stessa da parte delle Autorità preposte al rilascio delle concessioni di derivazione d'acqua¹³.

Il Piano di gestione del bacino idrografico lombardo è stato previsto invece dalla legge reg. 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*. Nella mente del legislatore regionale, in linea con la direttiva, detto Piano di gestione del bacino idrografico o semplicemente Piano di gestione avrebbe dovuto rappresentare lo strumento per la pianificazione della tutela e dell'uso delle acque, con il quale, coerentemente con la pianificazione dell'Autorità di bacino, avrebbero dovuto essere individuate le misure e gli interventi necessari ad assicurare la tutela qualitativa e quantitativa dei corpi idrici e il perseguimento delle ambiziose e lungimiranti finalità della normativa, secondo il modello della programmazione integrata e nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 45)¹⁴.

Non va infatti dimenticato che nell'adottare la citata normativa Regione Lombardia ha fatto proprie importanti e roboanti dichiarazioni di principio assai impegnative, specie ove si riconosce l'acqua quale patrimonio dell'umanità da tutelare in quanto risorsa esauribile di alto valore ambientale, culturale ed economico il cui accesso è da considerare diritto umano, individuale e collettivo e il cui uso deve essere regolato al fine di salvaguardare i diritti e le aspettative delle generazioni future (art. 41).

Nonostante queste auliche affermazioni e l'evidente urgenza di giungere ad una disciplina in grado di mettere un freno allo stato di degrado di molti corsi d'acqua, denunciata a livello comunitario già nel 2000, il Piano di gestione lombardo¹⁵ si è formato con notevole ritardo, posto che gli atti di cui si compone sono stati elaborati successivamente, a distanza di ben due anni l'uno dall'altro; in particolare l'*Atto di indirizzo per la politica di uso del territorio e tutela delle acque della Regione Lombardia* è stato approvato con

¹³ Si veda il DPCM 10 agosto 1989, recante *Costituzione dell'autorità di bacino del fiume Po*. L'adozione del Piano di Gestione del Distretto idrografico del bacino del fiume Po (oggi in revisione) in adempimento delle disposizioni comunitarie di cui all'art. 13 della Direttiva CE 23 ottobre 2000, n. 60 ai sensi dell'art. 3-bis del D.L. 30 dicembre 2008, n. 208, convertito in legge 27 febbraio 2009, n. 13 è avvenuta con Delibera del Comitato Istituzionale n. 1 del 24 febbraio 2010.

¹⁴ Per i piani di bacino, vedi la relativa voce di A. CAMARDA, in *Ambiente Inquinamento Responsabilità, Enciclopedia degli enti locali*, a cura di V. ITALIA, Milano, 2009, p. 664 ss.

¹⁵ Questo Piano avrebbe dovuto costituire il Piano di tutela delle acque previsto dall'art. 44 del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, assumendo così il valore e la cogenza di Piano stralcio di settore di bacino, ai sensi dell'art. 17 della legge n. 183 del 18 maggio 1989, Cfr: REGIONE LOMBARDIA, *Direttive per l'adeguamento delle derivazioni al rilascio del DMV*, Milano, 2008, premessa.

delibera dal Consiglio Regionale il 27 luglio del 2004, n. VII/1048 mentre il *Programma di tutela e uso delle acque* (PTUA), che per quanto qui interessa, prevede che a partire dal 1° gennaio 2008 e entro il 31 dicembre dello stesso anno tutte le derivazioni d'acqua insistenti su corsi d'acqua naturali lombardi siano adeguate a garantire la presenza a valle delle opere di presa di una quantità di acqua minima (DMV) determinata secondo il PTUA medesimo, è stato approvato dalla Giunta con delibera n. VIII/2244, solo il 29 marzo del 2006.

Al 2006 risalgono anche il Regolamento regionale 24 marzo, n. 2 recante la *disciplina dell'uso delle acque sotterranee, dell'utilizzo delle acque ad uso domestico, del risparmio idrico e del riutilizzo dell'acqua* nonché la Delibera di Giunta n. VIII/3863 del 20 dicembre 2006 di approvazione del documento tecnico recante *Direttive per l'adeguamento delle derivazioni e la sperimentazione del deflusso minimo vitale*.

Le sorti non felici di quest'ultimo provvedimento, essenziale per il discorso oggetto della presente trattazione in quanto esplicitamente attinente al DMV, sono note. Lo stesso infatti, in considerazione degli errori materiali e delle difficoltà di armonizzazione con gli atti di pianificazione regionali, così come rilevato dalla stessa Direzione Generale Reti e Servizi di Pubblica Utilità e Sviluppo Sostenibile, ha dovuto essere sostituito ad opera della Giunta Regionale alla fine del 2007, ritardando così ulteriormente quella auspicata e compiuta tutela della risorsa idrica prevista dal PTUA.

In mancanza di precise indicazioni circa i criteri di calcolo è evidente che la *chance* di raggiungere e mantenere gli obiettivi di qualità ambientale dei corpi idrici superficiali è risultata di fatto ridotta, se non azzerata.

Al 2003 risale anche la legge reg. n. 26 con cui la Lombardia ha attribuito alle Province la competenza in merito all'esercizio delle funzioni tecnico amministrative di cui al R.D. n. 1775/1933, concernenti il rilascio delle autorizzazioni e alle concessioni di piccole derivazioni d'acqua pubblica, profondamente modificata dalla successiva legge reg. n. 18/2006, che ha inciso specie sul Capo IV - *Tutela quali-quantitativa e utilizzazione delle acque*, e sugli art. 52 ss. relativi al tema di seguito trattato.

Risale al 2008 l'entrata in vigore delle *Direttive per l'adeguamento delle derivazioni al rilascio del DMV* disposta dalla Delibera 19 dicembre 2007, n. 6232, che ha stabilito procedura e Norme Tecniche per le Autorità concedenti per l'esercizio delle funzioni in materia di utilizzazione delle acque pubbliche per quanto concerne l'adeguamento delle utenze e delle relative concessioni di derivazione al rilascio del DMV, e che ha individuato il <DMV parzializzato> ovvero il «DMV idrologico, corrispondente al 10% della portata naturale media annua alla sezione di riferimento comprensivo dei fattori correttivi eventualmente già applicabili», introducendo così di fatto un parametro di misura generalizzato facilmente individuabile sebbene non soddisfacente dal punto di vista biologico-ambientale.

Di conseguenza, in base alle Norme Tecniche e alla pianificazione regionale, dal 31 dicembre 2008 anche in Lombardia tutte le derivazioni di ac-

qua in atto avrebbero dovuto rilasciare almeno la componente idrologica del DMV, ovvero il 10% della portata naturale media annua alla sezione di riferimento, vale a dire la sezione di prelievo.

Di estrema importanza per quanto si dirà nelle conclusioni, risulta invece l'affermazione contenuta nelle Direttive per cui *«in alternativa alla metodologia di calcolo sopra indicata, il valore complessivo del DMV alla generica sezione potrà essere determinato dal concessionario sulla base di un'apposita sperimentazione condotta ai sensi dell'art. 34, comma 4 delle NTA»*.

Proprio questa eccezione, ovvero la possibilità di procedere per sperimentazioni, caso per caso, potrebbe infatti rappresentare un punto di forza della normativa in commento. Le sperimentazioni in atto tendono a dimostrare infatti che tanto le diverse Amministrazioni coinvolte quanto le imprese in particolari circostanze possono trovare più congeniale un metodo svincolato da rigidi parametri numerici, non sempre ideali per risolvere situazioni complesse per numero di Enti coinvolti, soprattutto se dotati di specifiche competenze di tutela ambientale.

Le Linee Guida per l'avvio di sperimentazioni sul DMV in tratti del reticolo idrico naturale della Regione Lombardia hanno visto la luce ad opera della Direzione Reti Servizi di Pubblica utilità e Sviluppo Sostenibile con D.D.G. in data 8 agosto 2008, n. 9001. Ed è proprio in base a queste linee guida che si è potuto dare avvio a importanti intese interregionali, come ad esempio quella in essere tra Lombardia, Piemonte, Province di Novara, Varese, Milano, Pavia, Consorzio Parco Lombardo della Valle del Ticino, Ente di gestione del Parco del Ticino piemontese e Consorzio del Ticino, volte a assicurare proprio il rilascio e la corretta gestione del DMV in ambienti in cui il prelievo di acqua riguarda diverse categorie di utenti, diverse tipologie di usi ma soprattutto ha impatti ambientali quanto mai delicati per un Parco che è stato dichiarato Biosfera Unesco e rappresenta l'unico grande corridoio ecologico che collega senza barriere antropiche le alpi e gli appennini¹⁶; intese queste che però attualmente sono state inspiegabilmente messe in discussione a livello centrale, avendo il Ministero dell'Ambiente, nell'estate del 2014, deciso unilateralmente di sospendere l'attuale sperimentazione del DMV in corso sul fiume Ticino nonostante i buoni risultati conseguiti dal 2010 ad oggi. Questa decisione, assai contestata, va infatti nel segno contrario rispetto all'auspicata concertazione delle decisioni in materia di uso dell'acqua in quanto ove non revocata, come peraltro chiesto a gran voce, potrebbe vanificare il protocollo d'intesa vigente nell'area da oltre quattro anni siglato da tutte le Autorità e dagli Enti interessati ad una corretta gestione del DMV¹⁷.

¹⁶ Si veda in proposito il Protocollo di intesa sottoscritto a Milano in data 3 aprile 2010 con cui si dà avvio alla fase sperimentale di rilasci di DMV del Fiume Ticino nel tratto compreso tra lo sbarramento di Panperduto e il ponte Turbigo-Galliate.

¹⁷ L'attuale protocollo d'intesa risalente al 2010 era stato condiviso da Parco del Ticino, Regione Lombardia, Regione Piemonte, tutte le Province coinvolte, Parco del Ticino pie-

Questo già articolato sistema normativo ha da ultimo visto, come anticipato, un'integrazione ad opera della legge reg. 12 dicembre 2013, n. 9 che, modificando le LL.RR. n. 26/2003 e n. 5/2010, ha introdotto l'obbligo di misurazione in automatico del DMV (art. 53-ter).

Questa norma è decisamente importante per la verifica del rispetto delle prescrizioni dettate in proposito dalle concessioni, ed anzi rappresenta a ben vedere l'unica garanzia di verifica concreta del corretto funzionamento dell'intero sistema; non è però rivoluzionaria e non ha risolto i problemi connessi al DMV, poiché come anticipato, la sua efficacia è limitata al solo settore idroelettrico, che in questo modo ne esce penalizzato.

La legge prevede infatti che per le concessioni di derivazione d'acqua pubblica adibite a tale scopo rilasciate o rinnovate a decorrere dall'entrata in vigore delle leggi n. 26/2003, n. 7/2012 e n. 5/2010 sia previsto l'obbligo di installare, presso ogni opera di presa ubicata su corsi d'acqua naturali, sistemi per la misurazione e il monitoraggio telematico in continuo del deflusso minimo vitale rilasciato in alveo dalle opere di presa (art. 53, comma 1).

In proposito va rilevato che lo stesso Consiglio regionale lombardo si era reso conto della limitata portata della norma. Con un apposito ordine del giorno a corredo dell'approvazione del testo che poi sarebbe stato licenziato come legge reg. 12 dicembre 2013, n. 9, il Consiglio aveva preso infatti atto che la legge in questione avrebbe affrontato solo in minima parte un tema di *«vitale importanza per la funzionalità degli ecosistemi e per la qualità delle acque, ben più ampio e complesso, senza considerare i diversi aspetti di una visione complessiva»*.

Proprio per ovviare a questa lacuna il Consiglio si era pertanto impegnato ad assicurare, nei mesi successivi *«in occasione di una revisione e aggiornamento del PTUA, il dovuto approfondimento delle problematiche concernenti il DMV in una visione più complessiva che prenda in considerazione tutte le attività connesse e di diversi utilizzi del singolo corso d'acqua»*.

Lungi dal dare seguito a queste indicazioni, ad oggi è stato solo introdotto un sistema di monitoraggio in continuo del rilascio del DMV da applicarsi alle nuove concessioni di derivazione di acqua pubblica superficiale a partire dal 2015, e in occasione del rinnovo delle concessioni esistenti, il che è riduttivo se si considera che l'efficacia del provvedimento coinvolge solo *«80 captazioni in istruttoria su un totale di 1.426 captazioni di acque superficiali destinate ad uso idroelettrico e su un numero di ben 43.000 captazioni complessive destinate ai diversi usi: idroelettrico, irriguo, industriale ecc.»*¹⁸.

montese e Consorzio del Ticino. Si vedano in proposito la nota del Ministero dell'Ambiente indirizzata al Consorzio del Ticino, all'Autorità di Bacino del fiume Po, alla Regione Lombardia e alla Regione Piemonte, a firma dell'Avv. Maurizio Pernice, nonché i relativi comunicati stampa del 17 giugno 2014, del 23 luglio 2014 e del 30 luglio 2014 del Parco Lombardo della Valle del Ticino, del Parco del Ticino e del Parco Ticino Lago Maggiore.

¹⁸ Cfr. Odg del Consiglio Regionale della Lombardia 21 ottobre 2013.

A ciò si aggiunga il fatto che nemmeno tutte le prese d'acqua a scopo idroelettrico in base alla nuova legge sono soggette all'installazione di sistemi di misurazione. La norma prevede infatti numerose esclusioni, in ragione della limitata portata del prelievo o di particolari situazioni stabilite dal PTUA (art. 53, comma 2) ovvero per gli impianti idroelettrici ad acqua fluente con centrale collocata nel corpo traversa o in adiacenza della stessa e che restituiscano le acque turbinate nell'alveo del corso d'acqua immediatamente al piede della traversa medesima, garantendo la continuità idraulica del corso d'acqua e senza sottensione di alveo naturale (art. 53, comma 6).

In ogni caso vale evidenziare che in caso di controversie sul punto, in base all'art. 143, comma 1, lett. a) R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, i ricorsi avverso provvedimenti amministrativi che siano caratterizzati dall'incidenza diretta sulla materia delle acque pubbliche sono devoluti alla giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche. Altresì occorre sottolineare che questa competenza sussiste anche laddove il provvedimento amministrativo in materia di DMV sia emanato da un'Autorità diversa da quelle specificamente preposte alla tutela delle acque; proprio per l'oggetto e le ragioni che sottendono il provvedimento dispositivo del DMV esso ha un'evidente incidenza sul regolare regime delle acque pubbliche, la cui tutela ha carattere inderogabile in quanto informata alla finalità pubblicistica di assicurare la possibilità di sfruttamento delle acque demaniali e il libero deflusso delle acque scorrenti dei fiumi, torrenti, canali e scolatoi pubblici, per cui la giurisdizione non può che essere del TSAP (Cass., Sez. Un., 12 maggio 2009, n. 10845)¹⁹.

Il Tribunale delle Acque, come è evidente, non può però da solo garantire il funzionamento di un sistema che si presenta debole anche in quanto lo stesso DMV, in casi particolari, potrebbe essere esso stesso fatto oggetto di nuova e differente concessione: *«nel rispetto della concorrenza e a condizione che la restituzione delle acque utilizzate avvenga immediatamente al piede dell'opera di presa, garantendo la continuità idraulica del corso d'acqua e senza sottensione di alveo naturale, possono essere rilasciate nuove concessioni per l'utilizzo a scopo idroelettrico della portata rilasciata in alveo a titolo di DMV dalle opere di presa»* (art. 53, comma 5, comma così sostituito dall'art. 13, comma 1, lett. a), legge reg. n. 14/2014); significando ciò, che l'acqua rilasciata potrebbe essere di nuovo captata e reimpiegata, addirittura da altro soggetto rispetto al concessionario a monte, nel momento in cui la stessa avrebbe dovuto essere restituita all'alveo, creandosi così, di fatto, quella che in altri contesti avrebbe potuto essere definita una Catena di Sant'Antonio, il cui controllo diventa pressoché irrealizzabile.

In proposito si ricorda che proprio quest'anno nei confronti dell'Italia è stata avviata la procedura di infrazione EU PILOT 6011/14/ENVI.

¹⁹ Si veda anche Corte di Cassazione, Sez. Un. Civili, 15 giugno 2009, n. 13898, con nota in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2010, p. 128 ss.

La menzionata procedura di infrazione è stata avviata nei confronti dello Stato italiano per la violazioni riscontrate della *Direttiva 2000/60/CE*, in tema di acque (il mancato raggiungimento degli obiettivi dalla stessa previsti è infatti ascrivibile alla gestione non corretta delle derivazioni da corpi idrici superficiali), della *Direttiva 92/43/CE*, in tema di habitat (il deterioramento della biodiversità è spesso frutto di una gestione delle derivazioni che non consente portate quali-quantitative adeguate alla tutela della biodiversità) e della *Direttiva 2011/92/UE* in tema di VIA; proprio a tale ultimo riguardo la Commissione ha chiesto alla Repubblica italiana di dare conto dei risultati della valutazione d'impatto ambientale effettuata sugli impianti di derivazione, chiarendo *«in che modo vengono valutati gli impatti cumulativi sui corpi idrici in questione e, in particolare, sulle diverse matrici ambientali, derivanti da tutte le pressioni che agiscono su di essi, ivi comprese quelle derivanti dalle installazioni idroelettriche già presenti»*.

Chiariti dunque preliminarmente questi aspetti, ecco che in considerazione tanto del limitatissimo numero di soggetti interessati quanto delle deroghe ed esclusioni ammissibili, l'inasprimento delle sanzioni pecuniarie specificamente poste dalla Regione Lombardia a carico dei concessionari che non osservino le disposizioni in materia non pare né rilevante, né preoccupante (art. 54)²⁰.

Spuntate appaiono anche le modifiche introdotte dalla medesima legge alle norme sulla valutazione di impatto ambientale regionale. L'apposito Osservatorio ambientale istituito con lo specifico compito di *«verificare l'ottemperanza del progetto esecutivo alle prescrizioni e condizioni contenute nella decisione finale e di valutare i risultati delle azioni di monitoraggio»*, tra cui potrebbero appunto rientrare quelle relative al controllo del rispetto delle singole prescrizioni in materia di DMV, non prevede la presenza stabile e obbligatoria né delle Associazioni di protezione ambientale, né di rappresentanti delle comunità locali interessate. La norma dunque si manifesta priva di portata innovativa, in quanto si limita a prevedere che possano essere invitati a partecipare alle attività dell'Osservatorio solo i rappresentanti di associazioni portatrici di interessi che ne facciano richiesta, in qualità di meri uditori, e solo per ricevere informazioni sulle attività, sulle verifiche e sulle valutazioni di competenza dell'organo in questione; informazioni, queste, comunque ottenibili in base alle normali procedure che regolano l'accesso ai dati di carattere ambientale (art. 3, *modifiche agli art. 3 e 8 della L.R. 5/2010*) senza una dispendiosa perdita di tempo che vincoli gli stakeholder ad assistere muti, a talune fasi procedurali limitate peraltro alla sola verifica delle decisioni ambientali già assunte.

²⁰ Cfr. Art. 54, c. 2, lett. a) *«da € 5.000 a € 50.000 per l'inosservanza totale o parziale, da parte del concessionario, dell'obbligo di rilascio a valle dell'opera di presa del DMV previsto dall'articolo 95, comma 4, del d.lgs. 152/2006 e all'articolo 12 bis del r.d. 1775/1933 così come stabilito nel provvedimento di concessione o di adeguamento del medesimo»*.

4. Spunti di riflessione.

Come noto in Italia, ad eccezione del Po, non scorrono grandi fiumi; ciò non significa che l'energia idroelettrica non sia stata sfruttata negli anni passati e non sia sfruttabile negli anni a venire²¹. Anzi, al contrario, nel corso di quasi oltre un secolo dalla scoperta della forza motrice dell'acqua per produrre elettricità, proprio in considerazione della conformazione orografica e idrogeologica della nazione, sono state rilasciate moltissime concessioni idroelettriche: in assenza di corsi d'acqua di portata considerevole, però l'approvvigionamento idroelettrico si è sviluppato lungo il corso dei numerosi fiumi di medie e piccole dimensioni di cui il nostro territorio, specie quello montano, è ricco; spesso si tratta di corsi d'acqua scarsamente significativi sotto il profilo idrologico, cioè in secca per gran parte dell'anno, con tutti i problemi che ciò importa per la vitalità dei relativi habitat.

Come ricordato nell'incontro di studi sul tema «*Novità legislative e questioni aperte in tema di concessioni idroelettriche*» sin dalla scoperta di fine Ottocento della forza motrice delle turbine a tutta la prima metà del Novecento, l'impiego dell'acqua per produrre energia idroelettrica in Italia ha conosciuto un grande favore; da questa risorsa si è infatti arrivati, nei tempi passati, a produrre il 90% di tutta l'energia realizzata entro i confini domestici, ed attualmente a coprire comunque circa il 15% del fabbisogno energetico interno²².

Per rendersi conto dell'importanza della questione per lo Stato italiano basti considerare che il R.D. n. 1775 con cui si è dettata la disciplina delle acque pubbliche, ivi inclusi anche gli aspetti legati all'uso industriale di esse, risale al 1933, e che detta normativa resta tutt'oggi quella di riferimento del settore. A questo lungo periodo di favore è seguito, dagli anni Sessanta in poi, un netto declino, dovuto senza dubbio tanto all'aumentata disponibilità degli idrocarburi fossili quali fonti di approvvigionamento energetico in grado di meglio e più economicamente rispondere a un generale aumento della domanda, quanto alle maggiori richieste di acqua provenienti dagli utenti agricoli e civili²³.

Paradossalmente, a determinare un progressivo declino dell'idroelettrico italiano risulta aver contribuito anche l'aumentata consapevolezza ambientale, nel senso che le preoccupazioni legate alla tutela degli ecosistemi acquatici fattesi più pressanti a partire dagli anni Ottanta in poi hanno contribuito a limitare lo sfruttamento a fini energetici della risorsa idrica e a inasprire i criteri per l'affidamento delle concessioni, in nome della salva-

²¹ In questo volume si veda il contributo di L. MOSCATI, *Un modello per l'Europa: le concessioni d'acqua tra settecento e ottocento*.

²² Cfr. convegno dal titolo "Novità legislative e questioni aperte in tema di concessioni idroelettriche" svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre il 9 maggio 2013.

²³ E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano, 2012.

guardia dell'acqua, ritenuta essenziale a garantire adeguate qualità di vita degli ecosistemi da essa dipendenti, uomo incluso²⁴.

Oggi, però, in ragione dei ben noti effetti negativi prodottisi sul clima soprattutto a causa dello sconsiderato impiego del petrolio quale forza pressoché esclusiva generatrice di energia, a portare alla ribalta il discorso idroelettrico, contrariamente a quanto sostenuto da autorevole parte del modo industriale, potrebbero essere proprio quelle stesse considerazioni ambientalistiche che ne avevano determinato il parziale declino²⁵.

Se immutata, anzi per certi versi più consapevole, è oggi la preoccupazione di mantenere vivo e vitale il bacino di emungimento, lago o fiume che sia, ha assunto una portata dirompente la questione del surriscaldamento del pianeta a causa dell'eccessiva presenza di CO₂ in atmosfera²⁶. Gli effetti negativi prodotti dai cambiamenti climatici dovuti al noto effetto serra hanno di fatto imposto un generale ripensamento delle fonti di approvvigionamento energetico in base al quale si considera opportuna una massiccia riduzione dei combustibili fossili a vantaggio di risorse non impattanti sull'atmosfera, quale appunto quella idrica²⁷. Tale considerazione ha messo in luce però notevoli tensioni sia nel mondo industriale, per molti versi ancorato agli idrocarburi²⁸, sia all'interno del pensiero ambientalista impegnato a trovare un equilibrio tra la necessità di produrre energia priva di CO₂ e garantire un'adeguata tutela della risorsa idrica²⁹.

Dal punto di vista istituzionale, stante l'ormai acclarato impatto negativo sull'atmosfera degli idrocarburi fossili, la forza motrice idrica come fonte alternativa per la produzione di energia pulita è vista con estremo favore dall'Unione e dalla comunità internazionale, per il contributo che da que-

²⁴ A.M. SANDULLI, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in www.federalismi.it.

²⁵ G. RECCHI, *Nuove energie. Le sfide per lo sviluppo dell'Occidente*, Venezia, 2014. L'autore, presidente dell'ENI, sostiene un'inevitabile e preponderante dipendenza del settore energetico dagli idrocarburi fossili.

²⁶ Si veda in proposito l'interessante contributo di M. MONTINI, *L'accordo di Copenaghen sui cambiamenti climatici: riflessioni critiche*, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2010, p. 659 ss.; L. MASSAI, *Il negoziato internazionale e gli accordi sul clima dopo Durban*, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2012, p. 993 ss.; nonché V. CAVANNA, *Il cambiamento climatico globale: il quinto rapporto IPCC*, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2014, p. 425 ss.

²⁷ Si tratta dell'insieme delle misure pensate dalla Unione europea per il periodo successivo al termine del Protocollo di Kyoto, il trattato realizzato per il contrasto al cambiamento climatico che trova la sua naturale scadenza al termine del 2012: il "pacchetto", contenuto nella *Direttiva 2009/29/CE*, è entrato in vigore nel giugno 2009 e sarà valido dal gennaio 2013 fino al 2020.

²⁸ G. RECCHI, *op. cit.*, l'autore ritiene che la scoperta e l'impiego di Shell gas e il petrolio ancora disponibile debbano rappresentare la principale e più conveniente fonte di approvvigionamento energetico.

²⁹ S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2011, p. 753 ss.

sta potrebbe derivare al miglioramento delle condizioni atmosferiche e con esse a quello della salute del pianeta e dei suoi abitanti ³⁰.

In questo contesto di rinnovato interesse per l'idroelettrico, si inserisce l'argomento che qui interessa del DMV ovvero, lo si ricorda, «*del deflusso che, in un corso d'acqua naturale, deve essere presente a valle delle captazioni idriche al fine di mantenere vitali le condizioni di funzionalità e di qualità degli ecosistemi interessati*», compatibilmente con un equilibrato utilizzo della risorsa ³¹.

Già da questa prima sintetica definizione si comprende come una inappropriata regolamentazione del DMV potrebbe incidere negativamente sullo sviluppo del settore idroelettrico; più le norme che lo riguardano sono restrittive e non concertate, minore potrebbe essere l'interesse da parte degli investitori ad affrontare un nuovo iter concessorio o a mantenere in essere una concessione esistente troppo onerosa.

Se la preoccupazione principale del legislatore è quella di stabilire criteri per garantire che la portata d'acqua istantanea in ogni tratto omogeneo di un corso d'acqua oggetto di prelievo sia tale da non pregiudicare le caratteristiche fisiche del corpo idrico, le caratteristiche chimico-fisiche delle acque nonché le biocenosi tipiche delle condizioni naturali locali, quella del concessionario è di garantire redditività al proprio investimento.

Facile immaginare che non sempre queste due posizioni coincidano.

Da qui la necessità di elaborare, attraverso un processo condiviso e il più possibile allargato, una corretta pianificazione attraverso la quale stabilire non solo quanta e quale acqua prelevare ma anche quanta e quale restituirla in natura.

Per quanto riguarda il settore idroelettrico, è ormai un dato normativo che il prelievo di acqua necessario per far muovere le turbine di una centrale idroelettrica debba avvenire entro margini tali da non compromettere l'esistenza stessa del bacino da cui si attinge e del complesso sistema vitale circostante che da esso dipende. Come è piuttosto evidente, la difficoltà sta nel determinare in concreto quanta acqua occorre mantenere in alveo e quanta e a quali condizioni restituirla a valle del prelievo. Mentre le norme comunitarie e nazionali hanno stabilito questo principio, assolutamente condiviso e condivisibile, quelle regionali non hanno saputo risolvere in maniera chiara e univoca i problemi pratici derivanti dalla varietà delle situazioni esistenti, dovuti alla complessità e per certi versi unicità di ogni bacino idrografico e di ogni singolo corso d'acqua.

A complicare il quadro operativo intervengono anche le considerazioni legate ai fattori stagionali di piena e secca di molti fiumi e torrenti italiani; il DMV infatti, per risultare efficace, dovrebbe essere stabilito su valori dif-

³⁰ B. Pozzo, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2009, p. 841 ss.

³¹ Questa è la prima definizione di DMV data dal Comitato Istituzionale dell'Autorità di Bacino del Fiume Po nella Deliberazione del Comitato Istituzionale 13 marzo 2002, n. 7.

ferenti per ciascun mese dell'anno al fine di garantire una portata d'acqua costante, in assenza della quale ogni sforzo di mantenere in vita l'alveo si rivelerebbe vano ³².

Se l'obiettivo dell'idroelettrico è quello di migliorare le condizioni di vita generando energia entro i confini nazionali, pulita e a basso costo, quello della Repubblica e con essa di ogni Istituzione e di ogni singolo cittadino dovrebbe essere quello di preservare per le generazioni future *chance* di vita analoghe a quelle attuali, imprescindibili da un'appropriata disponibilità d'acqua, da cui dipendono i servizi eco-sistemici e condizioni di vita salubri; il rischio da evitare, ben chiaro a tutti gli operatori e portatori di interesse, è dunque quello di compromettere la rinnovabilità di questo insostituibile elemento naturale attraverso un uso errato o improprio.

Affinché, nell'ottica della rinnovabilità e sostenibilità, l'acqua possa essere utilizzata più e più volte e per tutti i diversi scopi a cui è potenzialmente utile, è necessario che questa venga incanalata verso le turbine in quantità sì sufficiente a produrre energia ma in proporzioni e condizioni adeguate a mantenere il più possibile intatto il circolo naturale. In buona sostanza il bacino da cui viene prelevata l'acqua non dovrebbe risentirne negativamente né nel momento del prelievo, né in quello del rilascio.

Per questa ragione è necessario che tutti i concessionari, non solo coloro ai quali è attribuito il potere di usare l'acqua per produrre energia, si attengano a parametri scientifici, definiti caso per caso, bacino per bacino. Occorre che tutti, nessuno escluso, si impegnino ad assicurare la conservazione della risorsa in termini qualitativi e quantitativi, con particolare riferimento agli aspetti organolettici e alla temperatura.

Inammissibile sarebbero un prelievo sconsiderato e/o un rilascio troppo scarso da parte della centrale, tali da provocare un deterioramento delle condizioni di vita di tutto il territorio circostante; da qui la necessità di elaborare e introdurre modelli di riferimento non imposti ma condivisi, capaci da un lato di prevenire fenomeni negativi quali dissesti idrogeologici, secche, riduzione della biodiversità e dall'altro di assicurare un'adeguata fornitura di energia pulita alla collettività e un ritorno economico soddisfacente rispetto alle somme impiegate per la costruzione e il mantenimento della centrale.

Il legislatore si è preoccupato di stabilire norme atte a conservare la sussistenza e la continuità dell'ambiente acquatico, tutti i soggetti interessati dovrebbero a loro volta contribuire al raggiungimento delle finalità in materia, impegnandosi nella ricerca di un equilibrio ecologico immune da discontinuità dovute alla riduzione eccessiva di acqua a causa di massicci prelievi e dall'introduzione di diversi valori biologici, come ad esempio una variazione di temperatura e/o di velocità.

³² Si veda in proposito il *Progetto di sperimentazione sul deflusso minimo vitale del fiume Mincio* di cui al *Protocollo d'intesa per l'avvio delle sperimentazioni sul DMV* in data 15 dicembre 2012.

La questione non è di poco conto, se si considera che da essa dipendono tanto la vitalità di un bacino quanto la redditività di un investimento nonché il raggiungimento dell'obiettivo di ridurre le immissioni di CO₂ in atmosfera.

5. Conclusioni alla luce della sentenza della Corte cost. n. 86/2014.

Per evidenziare il rango delle questioni trattate, anche sotto il profilo giuridico e non solo tecnico, si vuole concludere richiamando la recente sentenza n. 86/2014 con cui il Giudice delle leggi ha ritenuto la questione del DMV di competenza statale, in quanto attinente alla materia tutela dell'ambiente di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost.

Per la Consulta, nel momento in cui lo Stato disciplina il DMV, fissa *standard* minimi ed uniformi della tutela ambientale, motivo per il quale né le Regioni ordinarie né quelle a statuto speciale, ivi incluse le Province autonome di Trento e Bolzano, possono determinare valori in deroga al sistema pianificatorio adottato in attuazione delle leggi statali e delle direttive comunitarie in materia di tutela delle acque.

È infatti l'art. 12-bis, comma 1, del più volte citato R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, modificato dall'art. 95 (*rectius*: 96, comma 3) del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 a stabilire che «*Il provvedimento di concessione è rilasciato se: a) non pregiudica il mantenimento o il raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti per il corso d'acqua interessato; b) è garantito il minimo deflusso vitale e l'equilibrio del bilancio idrico; c) non sussistono possibilità di riutilizzo di acque reflue depurate o provenienti dalla raccolta di acque piovane ovvero, pur sussistendo tali possibilità, il riutilizzo non risulta sostenibile sotto il profilo economico*».

Ciò significa che spetta al solo Parlamento stabilire come e quando il DMV debba essere in concreto determinato; a detta della Corte, questa previsione normativa corrisponde appieno al dettato dall'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., che dal 2001 ha assegnato al legislatore nazionale la competenza esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema e ciò, come detto, anche nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome, non trattandosi di materia rientrante tra le competenze statutarie primarie o concorrenti, regionali o provinciali, neppure per effetto dell'art. 10 della legge Cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

Sulla base di questa netta distinzione di competenze, la Corte non ha esitato a espungere dall'ordinamento l'art. 25, comma 1 della legge n. 20/2012 della Provincia autonoma di Trento. La norma in questione, evidentemente per favorire la produzione di energia da parte dei concessionari di piccole derivazioni, aveva introdotto un meccanismo tale per cui per le imprese interessate dal provvedimento sarebbe stato possibile utilizzare una quantità d'acqua differente da quella stabilita in via generale dal Piano di tutela delle acque provinciale in vigore. La norma dichiarata illegittima, contrariamen-

te a quanto affermato dal PTA, stabiliva infatti che «*I concessionari di piccole derivazioni a scopo idroelettrico i cui impianti sono entrati in esercizio prima del 3 ottobre 2000 possono ottenere l'aumento della portata massima derivabile, nei limiti della potenzialità delle opere già in esercizio, prescindendo dalla valutazione dell'interesse ambientale prevista dall'articolo 8, comma 16, delle norme di attuazione del piano di tutela delle acque*».

La Corte ha ritenuto invalicabile il Piano di tutela delle acque provinciale proprio in quanto attraverso tale strumento la Giunta, dando corpo alla normativa statale di riferimento, aveva valutato «*preventivamente all'attivazione del procedimento di concessione di nuove derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico – se sussiste un prevalente interesse ambientale incompatibile con la derivazione proposta, tenendo conto: a) delle necessità di garantire il raggiungimento o il mantenimento degli obiettivi di qualità ambientale e per specificazione del corpo idrico; b) delle esigenze di funzionalità fluviale e paesaggistiche*».

Uno sconsiderato aumento del prelievo e quindi una non adeguata considerazione del DMV consentito dalla legge trentina ai concessionari di piccole derivazioni idroelettriche avrebbe determinando, contrariamente alla volontà statale concretizzata a livello locale dal relativo PTA, l'inaccettabile fisiologica diminuzione dell'acqua a valle, scardinando il sistema di protezione garantito a livello Centrale con conseguente violazione del riparto di competenze legislative voluto dall'art. 117, comma 2, Cost.

Prescindere da quanto previsto dal PTA provinciale, a detta della Consulta, avrebbe significato violare gli standard minimi ed uniformi della tutela ambientale fissati dalla normativa statale e quindi violare la Costituzione.

La decisione qui richiamata è utile non solo per confermare l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale nel senso di un'interpretazione letterale dell'art. 117 Cost., comma 2, lett. s), ma anche e soprattutto per apprezzare come per il Giudice delle leggi l'unica direzione consentita dall'ordinamento al legislatore regionale sia che quest'ultimo, esercitando le proprie competenze costituzionali, non rechi pregiudizio alle indicazioni dello Stato, a cui è affidato il compito, in via esclusiva, di dettare norme a tutela dell'ambiente.

Coniugare le esigenze di conservazione dei corpi idrici in uno stato buono con quelle economiche delle concessioni idroelettriche in uso e future non è, come detto, cosa facile; le difficoltà aumentano se si deve tener conto delle situazioni meritevoli di tutela derivanti dai procedimenti di VIA, specialmente nell'ambito delle zone a vario titolo protette.

Per rendersi conto della complessità operativa nell'individuazione del DMV, richiamando il caso portato come esempio³³ della Valle fluviale del Ticino, basti considerare che in essa, designata dall'Unesco quale «*Riserva della Biosfera*», non operano solo le Province competenti ma anche l'Ente

³³ Ci si riferisce al Protocollo di intesa per assicurare il rilascio e la corretta gestione del DMV del fiume Ticino del 3 maggio 2010.

di gestione del Parco del Ticino Piemontese ed il Consorzio Parco Lombardo della Valle del Ticino, quali enti pubblici di istituzione regionale finalizzati proprio alla tutela di questo unico ambiente fluviale e degli ecosistemi a esso connessi, tenuto conto della presenza in esso di aree protette, Siti di Importanza Comunitaria (SIC) e di Zone di Protezione Speciale (ZPS).

Dunque la determinazione del DMV in assenza di criteri correttivi, come quelli offerti dalle sperimentazioni a cui si è fatto cenno, diverrebbe assai conflittuale anche in considerazione del fatto che gli Enti deputati alla tutela di beni di valore ambientale nazionale o comunitario si sono dotati di propri strumenti di pianificazione, che a livello anche regionale, approvati e validati dalle Regioni territorialmente competenti, regolano l'ammissibilità delle captazioni, in toto o definendo le portate non captabili dai corpi idrici superficiali per le predette specifiche esigenze di conservazione ambientale³⁴.

L'ente gestore potrebbe addirittura decidere, negli strumenti pianificatori, l'incompatibilità di alcune concessioni con la tutela di una determinata zona, e ciò in base al chiaro disposto normativo *«gli enti gestori di aree protette verificano le captazioni e le derivazioni già assentite all'interno delle aree medesime e richiedono all'autorità competente la modifica delle quantità di rilascio qualora riconoscano alterazioni degli equilibri biologici dei corsi d'acqua oggetto di captazione, senza che ciò possa dare luogo alla corresponsione di indennizzi da parte della pubblica amministrazione, fatta salva la relativa riduzione del canone demaniale di concessione»* (art. 16 del T.U.A.).

Tra l'altro dobbiamo ricordare come vi siano addirittura ipotesi in cui sono le stesse disposizioni normative a escludere o a limitare la portata di nuove captazioni. Per l'ipotesi di divieto *tout court*, l'art. 11, comma 3, della legge n. 394/1991 sulle aree protette impone il divieto di tutte indistintamente le attività e le opere che possano comunque recar pregiudizio alla salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati, e il divieto espresso, alla lett. c), di *«modificazione del regime delle acque»* ritenuti, in forza di presunzione assoluta, di per sé idonei a compromettere *«la salva-*

³⁴ Ad esempio, il Regolamento Regionale della Lombardia n. 2/2006 - *«Disciplina dell'uso delle acque superficiali e sotterranee, dell'utilizzo delle acque ad uso domestico, del risparmio idrico e del riutilizzo dell'acqua, in attuazione dell'art. 52, comma 1, lettera c) della legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26»* - al Titolo II disciplina il procedimento per la concessione di derivazione di acqua pubblica individuando una prima fase istruttoria, cui fa seguito la fase decisoria. In particolare, l'art. 12 stabilisce che l'ufficio istruttore debba acquisire i pareri dei soggetti di cui al successivo comma 4, direttamente ovvero mediante l'indizione di apposita conferenza di servizi. Tra i soggetti da considerare per l'acquisizione dei pareri suddetti viene annoverato, al comma 4, lett. i), *«l'ente gestore dell'area protetta interessata, per il caso in cui le opere di derivazione ricadano nel territorio di una delle aree protette individuate dalle vigenti disposizioni regionali, nazionali o europee (Rete Natura 2000)»*. Il successivo art. 17 menziona i casi in cui vi è impossibilità di rilascio della concessione, tra cui si annovera, da un lato, il mancato rispetto delle prescrizioni di cui agli artt. 14 (criteri per il rilascio della concessione), 15 (deflusso minimo vitale) e 16 (restituzione delle acque e manutenzione delle opere di presa) e, dall'altro, la presenza di un giudizio negativo di compatibilità ambientale ai sensi dell'art. 24.

guardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati» e, di conseguenza, vietati in termini assoluti, in astratto ed indipendentemente da ogni apprezzamento circa la relativa concreta pericolosità o da un bilanciamento con altri interessi anche di primaria importanza³⁵.

Anche dalla normativa comunitaria sono derivati vincoli specifici per le captazioni idroelettriche: la nuova classificazione delle ZPS e l'avvenuta individuazione dei relativi divieti, obblighi e attività, in attuazione degli artt. 3, 4, 5, e 6 del D.M. 17 ottobre 2007, n. 184, trasposti poi a livello regionale (in Lombardia dalla D.G.R. n. 6648 del 20 febbraio 2008, modificata poi dalla D.G.R. n. 8/7884 del 30 luglio 2008 e dalla D.G.R. n. 8/9275 dell'8 aprile 2009) hanno introdotto divieti puntuali per taluni habitat (alpini aperti) quale quello di realizzare nuove infrastrutture che prevedono la modifica dell'ambiente fluviale e del regime idrico, ad esclusione (...) delle derivazioni ad uso idroelettrico con potenza nominale di concessione da ultimo non superiore a 50 kw e potenza installata inferiore a 150 kw.

Occorrono dunque, per la verifica del rilascio minimo necessario a garantire un DMV sensato e quindi per la sua determinazione negli strumenti di pianificazione e all'interno dei procedimenti autorizzativi in cui confluiscono anche i pareri degli enti preposti alla tutela dei vincoli ambientali, indagini più che mai specifiche, e soprattutto l'impiego di moderne tecnologie, spesso molto costose e di non facile impiego per Enti pubblici i cui bilanci non sono rigogliosi.

Come detto, le norme esistenti offrono la possibilità di introdurre una certa flessibilità nell'applicazione dei parametri fissati a livello tecnico, proprio in considerazione della diversità dei bacini idrici, della varietà delle destinazioni finali della risorsa nonché della pluralità di soggetti, pubblici e privati, interessati.

Qualsiasi sia l'approccio che si intenda adottare, non si può in ogni caso fare a meno di tener conto che è necessario accrescere la consapevolezza di tutti gli utilizzatori sui problemi attuali e futuri legati alla scarsità della risorsa in questione. Per ridurre l'inquinamento, per aumentare la qualità e l'efficienza dell'acqua, non si può credere che la soluzione debba essere trovata solo a spese del concessionario idroelettrico attraverso lo strumento del DMV.

Il DMV è certamente utile per valutare l'incidenza delle opere di derivazione e, per quanto si è detto, obbligando i concessionari interessati a prestare attenzione all'aspetto idromorfologico, è certo un valido strumento di tutela ma da solo non può risolvere tutti i problemi connessi alla qualità e quantità della risorsa idrica.

In proposito, operatori e scienziati si trovano su fronti che potrebbero sembrare opposti, ma che, alla luce delle sperimentazioni in atto, non lo

³⁵ Corte di Cassazione, Sez. Un., 9 novembre 2012, n. 19389, in *Riv. giur. ambiente*, Milano, 2013, p. 406 ss., con nota di P. BRAMBILLA, *Produzione di energia da fonti rinnovabili e tutela delle aree protette: le nuove frontiere del bilanciamento degli interessi*.

sono. I primi cercano infatti un numero fisso che dia certezza nei rapporti, gli altri tendono a individuare un sistema di misurazione che sappia adattarsi alle varie situazioni, per dare la possibilità ai diversi ecosistemi di non scomparire. Le sperimentazioni in atto dimostrano come il DMV ottimale, ovvero quello calcolato non solo in ragione idrologica ma anche biologica, può essere meglio individuato in modo condiviso, con analisi sito specifiche che consentano di comprendere pienamente tutti i fattori ambientali in gioco, senza determinare quei timori di incertezza operativa che spaventano tanto chi deve amministrare la cosa pubblica quanto chi vuole gestire un'impresa.

Come anticipato in Lombardia, a seguito dell'emanazione delle linee guida e all'istituzione del Comitato di Valutazione dei progetti di sperimentazione del DMV³⁶ in numerosi tratti del reticolo idrico naturale regionale (i fiumi Adda, Mincio, Oglio, Serio e Ticino, i torrenti Belviso, Borlezza, Cafaro nonché il bacino F. Mera e T. Liro coi relativi affluenti) è stata avviata una massiccia sperimentazione sul DMV, su domanda, è bene sottolinearlo, proveniente non solo dei principali Consorzi di gestione dei grandi fiumi (Adda e Ticino) ma anche e soprattutto dalle più importanti imprese produttrici di energia operanti in Regione (A2A, Edison, Idroelettrica Lombardia, Edisonpower, IRF)³⁷.

Specifico fine di ogni sperimentazione, il cui avvio è stato richiesto, come detto, dalle stesse imprese interessate che evidentemente hanno preferito contribuire direttamente all'individuazione dei valori di riferimento piuttosto che vedersi imporre parametri non condivisi, era e resta quello di individuare DMV connessi con le differenti condizioni ambientali nonché, nello specifico interesse dell'Amministrazione, di formulare proposte di scenari differenziati, capaci di fornire la base conoscitiva per l'adeguamento del Piano di Gestione del bacino idrografico agli indirizzi della Direttiva Quadro 2000/60/CE.

Direttiva questa emanata allo scopo di creare un sistema elastico e flessibile in grado di rispondere alla variabilità delle richieste di acqua da parte dei differenti utilizzatori senza pregiudicare la rinnovabilità della risorsa e la buona qualità della stessa attraverso la formulazione di un vero e proprio bilancio idrico.

Ed è proprio in materia di contabilità idrica che si colloca il Piano per le risorse idriche europee del 2012 che ha definito il programma della politica europea in materia di acque, trattando in particolare di bilancio idrico e di deflusso ecologico (DE).

A detta della Commissione, per gestire le acque correttamente sarebbe necessario stabilire a priori di quanta risorsa si può disporre e il relativo

³⁶ Cfr. in proposito Ddg. n. 11133 del 9 ottobre 2008 e Ddg. n. 7210 del 20 luglio 2010. (Il Comitato è previsto dall'Art. 7 Linee Guida).

³⁷ Dati Regione Lombardia, Portale servizi di pubblica utilità, alla pagina <http://www.ors.regione.lombardia.it>.

fine, il che non deve e non può prescindere dallo stabilire quanta lasciarne in natura affinché il relativo ciclo relativo possa rinnovarsi senza problemi. In questo senso si colloca la collaborazione avviata dalla stessa Commissione con l'Agenzia Europa per l'Ambiente, per sviluppare un sistema di calcolo del bilancio idrico e di misurazione del FE nei bacini fluviali e nei sottobacini idrografici, con l'obiettivo di raccogliere più dati e di sviluppare una nozione condivisa di tale concetto, tutt'oggi mancante ³⁸.

Il piano, teso al raggiungimento dell'efficienza idrica, propone che le Autorità responsabili dei bacini idrografici, con la collaborazione delle imprese agricole, industriali e idroelettriche nonché con quella delle ONG, tenendo conto degli indicatori dello stress idrico sviluppati nell'ambito della strategia comune di attuazione della DQA, stabiliscano come raggiungere il buono stato delle acque, ovvero garantiscano tanto la qualità quanto la quantità delle stesse.

È in questo contesto che anche da noi ora si discute di FE, quale strumento di gestione delle risorse idriche alternativo al DMV, da adottare nel secondo ciclo dei Piani di gestione dei distretti idrografici al 2015 ³⁹.

Va detto che la questione non è del tutto nuova, se si tiene conto che con la Deliberazione del Comitato Istituzionale n. 7/2004, già nel bacino del fiume Po il concetto di flusso ecologico è stato in parte anticipato nella previsione che il DMV prendesse in considerazione anche gli aspetti biologici e non solo quelli idrologici della tutela della risorsa.

Il motivo per cui a livello comunitario si ritiene opportuno studiare alternative al DMV è riposto, come è evidente, nella complessità degli ecosistemi fluviali e della relativa funzionalità. Parte della comunità scientifica ritiene infatti che il DMV, calcolato su una mera base idrologica, non sia da solo in grado di salvaguardare tutti i processi legati al ciclo dell'acqua e che pertanto sia necessario trovare nuovi strumenti operativi capaci di individuare e prevenire gli effetti della variabilità anche di breve periodo dei regimi di portata sul DMV.

In questo senso la sperimentazione, a cui si è poc'anzi fatto cenno, rappresenta certo un passo decisivo che potrà dare un rilevante contributo nella direzione presa a livello comunitario di valorizzare un processo condiviso di formazione delle decisioni ⁴⁰.

³⁸ Commissione Europea, *Un piano per le risorse idriche europee*, Lussemburgo, 2014.

³⁹ Workshop, *Piano di gestione del distretto idrografico del fiume Po, riesame e aggiornamento al 2015. Dal DMV al flusso ecologico: stato dell'arte nel distretto padano ed esigenze future di rilevanza europea*, Parma, 27 giugno 2013, Dipartimento di BioScienze Università degli Studi di Parma, contributo di M. PIEROZZI, CNR, in <http://www.daa.cnr.it>.

⁴⁰ Workshop, *op. cit.*, contributo Antonio BODINI, Dipartimento di BioScienze Università degli Studi di Parma.