

## **“Le derivazioni per usi idroelettrici e il Deflusso Minimo Vitale (DMV): legislazione e normativa di attuazione”**

(Autore: avv. Dario Marchesi)

E' di immediata evidenza che l'argomento delle derivazioni d'acqua pubblica ad uso idroelettrico e quello del Deflusso Minimo Vitale (DMV) sono strettamente correlati poiché il secondo è lo strumento con cui il Legislatore nazionale, sollecitato anche dalle direttive comunitarie, ha inteso porre dei limiti inderogabili al prelievo idrico dai corsi d'acqua, per preminenti ragioni di tutela ambientale degli stessi e dei contesti territoriali circostanti.

Le considerazioni che seguono riguardano l'aspetto normativo di tali tematiche, mentre altri Relatori sapranno occuparsi degli aspetti più propriamente tecnico-idraulici, ambientali ed economici delle stesse.

\*\*\*

Le derivazioni d'acqua pubblica per usi idroelettrici hanno ancor oggi la loro “base normativa” nel R.D. n. 1775/1933 (*“Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici”*), emanato per rispondere alle esigenze di regolamentazione dell'utilizzazione delle acque ai fini della produzione di energia elettrica, iniziata nei primi decenni del secolo scorso in occasione dello sviluppo della produzione industriale.

Rimane il testo principale della materia, pur se le relative disposizioni sono state in seguito modificate ed integrate e, comunque, devono essere anche coordinate con la produzione legislativa intervenuta in tempi più recenti, rivolta al perseguimento di finalità fra loro apparentemente antitetico o, perlomeno, difficilmente conciliabili.

Da un lato l'acqua comincia ad essere considerata come una risorsa limitata e diviene oggetto di tutela sia sotto l'aspetto ambientale e sanitario (tutela delle acque dall'inquinamento) che sotto l'aspetto quantitativo (si vedano le disposizioni legislative attualmente recepite nel D. Lgs. n. 152/2006 - c.d. Codice dell'Ambiente, Parte terza - *“Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche”*).

Dall'altro lato, per rispondere al fabbisogno energetico nazionale e all'esigenza, anch'essa ambientale, di ridurre l'inquinamento atmosferico derivante dall'utilizzo dei combustibili fossili nella produzione di energia elettrica, sono intervenute, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, importanti novità legislative dirette a favorire il ricorso alle fonti energetiche c.d. “rinnovabili”, fra cui quella idroelettrica.

Questo *favor* legislativo si è espresso attraverso l'introduzione di regole sostanziali e procedurali finalizzate ad agevolare il rilascio dei provvedimenti autorizzativi alla realizzazione di tali impianti di produzione energetica e anche attraverso misure di incentivazione economica, diretta ed indiretta, all'insediamento e allo svolgimento di tali attività di produzione energetica (contributi in conto capitale per la realizzazione o il rinnovamento degli impianti, misure di incentivazione fiscale, c.d. certificati verdi come ulteriore strumento incentivante, priorità di dispacciamento per le produzioni da fonti energetiche rinnovabili ecc.).

Con specifico riferimento agli impianti idroelettrici con potenza fino a 3.000 kW (3 MW) vigono, inoltre, prezzi particolarmente favorevoli ed incoraggianti alla produzione e vendita di energia (determinati dalla delibera dell'AEEG n. 62/02).

Ciò ha determinato “effetti distorsivi” soprattutto per quanto riguarda le richieste di insediamento delle piccole centrali di produzione idroelettrica (c.d. “centraline”), il cui apporto in termini quantitativi di energia da fonte rinnovabile è ritenuto da molti risibile rispetto al nocummento arrecato alle condizioni ambientali dei corsi d'acqua sottoposti a prelievo ed al relativo contesto paesaggistico.

La materia complessiva delle derivazioni per usi idroelettrici, pur nella difficoltà di orientarsi nella intricata ripartizione delle competenze legislative derivante dalla riforma del Titolo V<sup>^</sup> della Costituzione intervenuta nel 2001, appartiene in modo preponderante alla competenza legislativa dello Stato.

Innanzitutto viene in rilievo la concessione di un utilizzo eccezionale ed esclusivo di un bene demaniale qual è l'acqua (cfr. art. 822 cod. civ.; art. 144 del D.Lgs. n. 152/2006), la cui titolarità è dello Stato. Sempre allo Stato compete, in via esclusiva, la potestà legislativa per la “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema ...” e, quindi, l'individuazione delle limitazioni al prelievo idrico ai fini della preservazione di quei valori. Appartiene, invece, alla potestà legislativa concorrente (potestà legislativa attribuita alle Regioni, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata allo Stato) la materia della “”produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia”.

Le funzioni amministrative relative alla gestione del demanio idrico, ivi comprese quelle relative alle derivazioni di acqua pubblica, alla determinazione dei canoni di concessione e all'introito dei relativi proventi sono state invece trasferite alle Regioni dal D. Lgs. n. 112/1998, alle quali spetta anche il potere di emanare norme attuative della legislazione statale.

Talune Regioni hanno, a loro volta, trasferito alle Province, in tutto od in parte, le competenze amministrative in materia (in Lombardia, per esempio, il rilascio delle concessioni per le grandi derivazioni compete alla Regione e per le piccole alle Province, alle quali ultime è affidata altresì l'istruttoria delle domande per le grandi derivazioni).

Per quanto riguarda la disciplina sostanziale e procedimentale delle derivazioni idroelettriche, il R.D. n. 1775/1933 prevede, innanzitutto, una bipartizione delle utenze di acqua pubblica per la produzione di forza motrice in piccole e

grandi derivazioni, a seconda della potenza nominale media annua dell'impianto produttivo: fino a kW 3.000 (3 MW) o superiore a tale valore.

Il procedimento inizia con la presentazione della domanda di derivazione, corredata dal progetto di massima delle opere da eseguire, all'Ufficio (regionale o provinciale) competente per l'istruttoria.

Devono, poi, intervenire gli adempimenti di pubblicazione della domanda (solitamente mediante avviso sul Bollettino Ufficiale della Regione, nel sito telematico della Provincia e nell'albo pretorio dei Comuni interessati) al fine di informare chiunque vi abbia interesse dei dati principali della derivazione, delle modalità per prendere visione della domanda e della relativa documentazione tecnica nonché del termine per la presentazione di osservazioni ed opposizioni.

Completata l'istruttoria, nel corso della quale devono essere acquisiti i pareri degli altri Enti e Autorità amministrative aventi competenze incidenti sul rilascio del provvedimento concessorio, e comunque in seguito alla definizione della procedura di valutazione di impatto ambientale – VIA (qualora prevista), viene emessa una relazione conclusiva dettagliata.

Segue poi la fase decisoria con l'eventuale rilascio del provvedimento finale di concessione da parte dell'Autorità concedente, previa positiva verifica:

- della disponibilità della risorsa idrica, sulla base di un bilancio idrico calcolato secondo i criteri e i metodi previsti dalla pianificazione vigente. Il bilancio idrico è dato dalla comparazione, nel periodo di tempo considerato, tra le risorse idriche (disponibili o reperibili) in un determinato bacino e sottobacino, superficiale o sotterraneo e le risorse necessarie alla conservazione degli ecosistemi acquatici e ai fabbisogni per i diversi usi (esistenti o previsti);
- della garanzia di raggiungimento o mantenimento degli obiettivi di qualità ambientale previsti dalla pianificazione di settore vigente per il corpo idrico superficiale oggetto della domanda di derivazione;
- della garanzia dei rilasci del deflusso minimo vitale (DMV) a valle della/e captazione/i.

La domanda viene rigettata dall'Autorità competente, oltre che in difetto dei requisiti anzidetti e in caso di giudizio negativo di compatibilità ambientale, anche quando risulti in contrasto con espliciti ed inderogabili divieti previsti dalla pianificazione territoriale, quando le opere risultino incompatibili con l'assetto idraulico del corso d'acqua o vi sia contrasto con il pubblico generale interesse.

Si tratta, come è facile comprendere, di valutazioni fondate su apprezzamenti di carattere tecnico, tali da lasciare ampi margini di discrezionalità amministrativa e che, quindi, richiedono rigore e autonomia di giudizio da parte dell'Autorità competente.

I reciproci obblighi e diritti scaturenti dal rilascio della concessione di derivazione sono regolati da un disciplinare che deve contenere, fra l'altro, la quantità d'acqua da derivare, di cui è indicata la portata massima e media, nonché il volume di prelievo, il salto in base al quale è determinata la potenza nominale media soggetta a canone, il modo e le condizioni di raccolta, regolazione, presa, estrazione, adduzione, restituzione o scarico dell'acqua, le portate da rilasciare a valle dell'opera di presa per garantire il DMV e le soluzioni tecniche adottate per attuare tale rilascio, l'obbligo di installazione e manutenzione di idonei misuratori delle portate e dei volumi d'acqua derivati ai sensi dell'art. 95, 3° comma, del D. Lgs. n. 152/2006, i termini entro cui il concessionario deve presentare il progetto esecutivo, iniziare ed ultimare i lavori nonché attuare l'utilizzazione dell'acqua.

Ottenuta la concessione, il titolare presenta all'Autorità concedente, entro i termini previsti dal disciplinare, il progetto esecutivo delle opere relative alla concessione conseguita. Per le derivazioni ad uso idroelettrico all'approvazione del progetto esecutivo oggetto di concessione provvede l'Autorità concedente secondo le procedure semplificate di cui all'art. 12 del D. Lgs. n. 387/2003.

Tutte le concessioni di derivazione sono temporanee e non possono eccedere, in via ordinaria, la durata massima di trent'anni; quelle di grande derivazione idroelettrica sono disciplinate in modo differenziato dall'art. 12 del D. Lgs. n. 79/1999 (decreto Bersani).

Il decreto Bersani ha fissato al 1° aprile 2029 la scadenza delle concessioni per le grandi derivazioni idroelettriche rilasciate a suo tempo a ENEL. Quelle rilasciate ad altri soggetti, scadute o in scadenza entro il 31 dicembre 2010 sono state prorogate di diritto a tale data. Per quelle in scadenza dopo il 31 dicembre 2010, i termini di scadenza sono quelli stabiliti dai relativi atti di concessione.

A seguito delle modifiche introdotte all'art. 12 del D. Lgs. n. 79/1999 da parte della legge finanziaria per il 2006 (L. n. 266/2005) ed all'intervento della Corte Costituzionale, che con sentenza n. 1/2008 ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale di tali modifiche, all'affidamento delle concessioni di grande derivazione in scadenza al 2010 si dovrà procedere mediante espletamento di una gara ad evidenza pubblica, per la quale devono essere definiti i requisiti organizzativi e finanziari minimi dei potenziali concorrenti e i parametri di previsto aumento dell'energia prodotta e della potenza installata.

Ferma la disciplina dettata dall'art. 12 del D. Lgs. n. 79/1999 per le grandi derivazioni ad uso idroelettrico, per il rinnovo delle altre derivazioni il concessionario è tenuto a presentare la relativa domanda anteriormente al suo scadere (con tempistica sovente specificata dalla normativa regionale), il cui accoglimento è subordinato alla sussistenza dei medesimi requisiti sostanziali previsti nel caso di nuova derivazione.

Tutti i soggetti richiedenti una nuova concessione di derivazione ovvero in sede di rinnovo, variante della concessione e di adeguamento della derivazione al rilascio del DMV, sono tenuti ad installare idonei strumenti per la misura delle portate e dei volumi d'acqua derivati, previa presentazione di idoneo progetto delle opere e degli strumenti necessari

ed approvazione dello stesso da parte dell'Autorità concedente. L'inadempienza del concessionario in ordine all'installazione degli strumenti di misurazione può comportare la decadenza della concessione.

Fra le ipotesi di decadenza, significativa è anche quella relativa al mancato rilascio del DMV. Più vaga ed indefinita e, quindi, di difficile applicazione, è l'ipotesi della abituale negligenza ed inosservanza delle disposizioni legislative e regolamentari in vigore.

Le funzioni di controllo e di accertamento delle violazioni nonché quelle sanzionatorie sono ripartite tra Regione e Province, in base alle diverse previsioni della legislazione regionali.

Conclusivamente, merita di dare conto delle possibili iniziative a tutela dei valori ambientali nel caso si ravvisasse la presenza di elementi impeditivi al rilascio della concessione di derivazione ovvero profili di illegittimità della concessione successivamente rilasciata.

In sede di procedimento amministrativo, come detto, possono essere presentate memorie contenenti osservazioni e contestazioni, in seguito agli adempimenti di pubblicazione della domanda di derivazione e ulteriormente, qualora la derivazione è assoggetta a VIA, in seguito alla pubblicazione prevista nell'ambito del procedimento di VIA.

Il provvedimento di concessione rilasciato può essere, poi, impugnato innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, con ricorso da notificare nel termine perentorio di 60 gg. dalla pubblicazione sul Bollettino Ufficiale della Regione e che dovrà essere proposto da soggetti aventi una posizione qualificata (per esempio associazioni aventi fra le finalità statutarie la tutela dell'ambiente, persone fisiche in situazione di "stabile collegamento" con i luoghi interessati dalla derivazione).

Infine, nel corso dell'operatività della derivazione, si potranno sollecitare le Autorità preposte affinché richiedano al concessionario di installare idonei misuratori delle portate e dei volumi d'acqua derivati e, qualora già installati, provvedano a verificare puntualmente l'osservanza dei valori di concessione nonché, nel caso di loro violazione, ad assumere i provvedimenti sanzionatori conseguenti.

\*\*\*

La problematica del temperamento fra contrapposte esigenze di produzione idroelettrica (e più in generale di prelievo idrico) e salvaguardia della qualità ambientale dei corsi d'acqua è stata oggetto di interventi legislativi che, a partire dalla L. n. 189/1989, in materia di difesa del suolo, hanno introdotto nel nostro ordinamento giuridico il concetto di "deflusso minimo vitale" (DMV), inteso (definizione dell'Autorità di Bacino del Fiume Po) come il deflusso che, in un corso d'acqua, deve essere presente a valle delle captazioni idriche al fine di mantenere vitali le condizioni di funzionalità e di qualità degli ecosistemi interessati.

Il DMV si sostanzia, in pratica, in una "minor sottrazione" d'acqua nel punto di prelievo autorizzato, in misura tale da consentire un'adequata preservazione degli ecosistemi su cui esplica effetti il corso d'acqua sottoposto a captazione.

Gli artt. 95 e 121 del D. Lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'Ambiente) hanno previsto che le specifiche misure necessarie alla tutela quantitativa della risorsa idrica, tra cui principalmente quelle attuative dei rilasci del DMV, trovino disciplina nel Piano di Tutela delle Acque, la cui approvazione è di competenza delle Regioni e deve intervenire nel rispetto degli obiettivi definiti dalle Autorità di bacino su scala di distretto idrografico.

Il Legislatore ha, quindi, demandato al predetto strumento di pianificazione settoriale l'individuazione delle regole di calcolo e dei criteri applicativi del DMV, la cui disciplina può dunque differire tra Regione e Regione, anche se il parere riservato alle Autorità di bacino sui contenuti del Piano di Tutela delle Acque, nell'ambito della necessaria interazione fra pianificazione di bacino e pianificazione regionale, e le verifiche di competenza del Ministero dell'Ambiente, dovrebbero garantire una disciplina omogenea - almeno nelle sue linee fondamentali - sul territorio nazionale, con possibilità di adeguamento alle specifiche realtà territoriali regionali.

Tale esigenza, per il bacino idrografico del fiume Po e, quindi, per gran parte dell'arco alpino, è stata in parte assicurata dall'Autorità di bacino del Fiume Po mediante approvazione (con delibera del Comitato Istituzionale n. 7 del 13 marzo 2002) di "criteri di regolazione delle portate in alveo", indicanti una regola di calcolo del DMV ed i criteri di applicazione delle stessa da parte delle Autorità preposte al rilascio delle concessioni di derivazione d'acqua.

Nel Piano di Tutela della Acque approvato dalla Regione Lombardia con deliberazione della Giunta regionale n. VIII/2244 del 29 marzo 2006 (denominato "Programma di Tutela ed Uso delle Acque" - PTUA), la disciplina specifica del DMV è contenuta negli artt. 31 ss. delle norme tecniche di attuazione.

L'art. 31 delle NTA del PTUA della Regione Lombardia ripete testualmente la definizione del DMV e la formula di calcolo indicati dalla citata delibera del Comitato Istituzionale dell'Autorità di bacino del fiume Po.

Il successivo art. 32 delle NTA del PTUA articola il DMV in due componenti: una componente base definita "idrologica", "calcolata sulla base della portata naturale media annua ( $Q_{media}$ ) alla sezione di derivazione", il cui valore è assunto per tutti i corsi d'acqua in misura pari al 10% della portata naturale stessa, ed una componente correttiva ("sitospecifica"), che tiene conto di vari fattori peculiari al corso d'acqua considerato, fra cui le caratteristiche morfologiche dell'alveo, le sue condizioni di naturalità e i pregi naturalistici del contesto territoriale su cui scorre nonché la destinazione funzionale e gli specifici obiettivi di qualità per il medesimo definiti dal Piano di Tutela delle Acque.

La portata naturale media alla sezione di derivazione, in mancanza di dati di misurazione diretti ovvero qualora questi non siano considerati attendibili, viene determinata indirettamente ed induttivamente, mediante applicazione delle

cc.dd. “formule di regionalizzazione”, le quali, attraverso peculiari sistemi di calcolo, consentono il “*trasferimento dell’informazione idrometrica disponibile in altre sezioni fluviali sullo stesso corso d’acqua*”:

Particolarmente significativa è, poi, la previsione, fra i criteri per l’applicazione del DMV, della “compensazione”.

Sull’argomento, le NTA del PTUA approvato dalla Regione Lombardia, posto il principio generale per cui i rilasci debbano avvenire in corrispondenza delle singole opere di presa, ammette, su proposta del concessionario ed anche allo scopo di minimizzare le perdite energetiche, “compensazioni” dei rilasci “*tra le varie opere di presa di uno stesso impianto*” e “concentrazioni” dei rilasci “*in uno o più punti*”, ossia prevede che in alcuni punti di prelievo possa essere rilasciato un quantitativo di DMV minore rispetto a quello ad essi pertinente o anche nessun rilascio di DMV, a condizione che il quantitativo di DMV non rilasciato venga aggiunto (compensato) al quantitativo da rilasciare in altra opera di presa.

La possibilità di introdurre compensazioni è espressamente condizionata dalle norme a che: 1) non pregiudichi la continuità dell’ecosistema fluviale e 2) l’ipotetico rilascio del DMV nel punto di prelievo “estromesso” per effetto della compensazione avrebbe determinato “*contributi insignificanti dal punto di vista ambientale*”.

Relativamente al requisito di “continuità dell’ecosistema” la normativa tecnica prevede testualmente che “*il DMV deve garantire la continuità dell’ecosistema fluviale interessato dalla derivazione, attuando i rilasci immediatamente a valle delle opere di presa o dell’invaso, ancorché sia tecnicamente possibile e compatibile con la sicurezza delle opere, e predisponendo sistemi di rilascio che ne garantiscano il deflusso in ogni condizione ...*”.

Pertanto, le disposizioni normative sopra riferite subordinano, in ogni caso, la possibilità di ricorso al criterio di compensazione alla circostanza che non si determinino interruzioni della continuità dell’ecosistema dei corsi d’acqua sottoposti a prelievo.

E’ ragionevole ritenere che la compensazione potrà avvenire in relazione alle opere di presa posizionale allo stesso “livello” del percorso idrografico del sistema di corsi d’acqua considerato (potremmo anche dire sullo stesso “piano orizzontale” dell’albero idrografico) e non invece fra punti successivi del percorso idrografico (ovvero sul “piano verticale” dell’albero idrografico), poiché in quest’ultima ipotesi verrebbe irrimediabilmente pregiudicato il principio di continuità che deve obbligatoriamente orientare l’applicazione del DMV.

A titolo esemplificativo, è di tutta evidenza che se si ammettesse la concentrazione dei rilasci del DMV sull’ultima opera di presa collocata lungo il percorso idrografico dei corsi d’acqua sottoposti a prelievo idrico verrebbe di fatto contraddetta ed elusa la finalità di tale strumento di salvaguardia ambientale.

Perciò, il criterio di compensazione non può essere applicato comunque ed in modo generalizzato di fronte all’esigenza imprenditoriale delle società idroelettriche di limitare al minimo la perdita di produzione idroelettrica. La normativa in tema di DMV, infatti, risolve essa stessa il potenziale conflitto tra l’interesse pubblico (senz’altro primario) a preservare le funzioni ecologiche dei corsi d’acqua e quello ad una maggior produzione idroelettrica, individuando il “punto di equilibrio” fra le due contrapposte esigenze. Nel fare ciò la normativa sul DMV limita la discrezionalità amministrativa delle Autorità pubbliche preposte a garantirne l’osservanza, nel senso che le esigenze di produzione idroelettrica non possono essere fatte prevalere sulla salvaguardia della quantità idrica minimale che la normativa anzidetta vuole comunque presente nei corsi d’acqua.

Mentre per le nuove concessioni di derivazione e quelle da rinnovare il rilascio della componente idrologica del DMV e degli eventuali fattori correttivi deve essere imposto al momento del rilascio o del rinnovo del titolo concessorio, per le utilizzazioni in atto l’art. 34 delle NTA del PTUA indica il limiti temporali del 31 dicembre 2008 entro i quali rendere operativo il rilascio della “componente idrologica” del DMV nonché il termine del 31 dicembre 2015 per applicare al DMV i fattori correttivi “sitospecifici”.

Entro il suddetto termine del 31 dicembre 2008 il concessionario deve avere presentato un progetto di adeguamento delle derivazioni agli obblighi di rilascio del DMV, da approvare con specifico provvedimento dell’Autorità concedente, al quale dovrà seguire una corrispondente modifica dei valori di concessione e del relativo disciplinare.

E’ importante porre in evidenza l’obbligo del concessionario di installare appositi sistemi per il controllo del valore del DMV in modo che ne sia possibile la lettura “*direttamente o mediante dispositivi di visualizzazione remota*”. Non v’è dubbio che tale ultima ipotesi è quella preferibile (e si auspica venga imposta in modo generalizzato dalle Autorità concedenti) perché impedisce o rende estremamente difficoltosi eventuali comportamenti elusivi di tale misura di salvaguardia ambientale.

Di particolare rilievo (e meritevole di attenzione per l’applicazione pratica che ne sarà fatta) è anche la possibilità di derogare ai valori del DMV previsti in via ordinaria, su richiesta del concessionario e previa autorizzazione dell’Autorità concedente, “*in seguito a specifiche indagini, sperimentazioni e modellazioni, effettuate di concerto tra le Autorità ed i concessionari sull’intero corso d’acqua o su tratti di interesse*”. (al riguardo la Regione Lombardia, con deliberazione di Giunta regionale n. 9001 dell’8 agosto 2008 ha approvato delle Linee guida per l’avvio di sperimentazioni sul DMV).

Per quanto concerne, infine, le possibili iniziative a tutela dei valori ambientali che si ritenessero violati dall’attività amministrativa in tema di DMV, sussiste la possibilità di rivolgere contestazioni ed osservazioni nell’ambito del procedimento amministrativo che porta all’adozione dei provvedimenti di rilascio di nuove concessioni e di rinnovo delle concessioni in scadenza (in tali casi sono previsti specifici adempimenti di pubblicazione delle domande presentate) nonché in quello rivolto all’adeguamento delle concessioni vigenti.

E' anche praticabile la soluzione (ben più onerosa per la necessità di avvalersi di rappresentanza ed assistenza legale) dell'impugnazione innanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche dei suddetti provvedimenti amministrativi, da effettuarsi nel termine di 60 gg. dalla pubblicazione degli stessi, e per la quale è necessario avere una posizione giuridica "qualificata" (per esempio associazione che ha fra i suoi scopi statutari la difesa dell'ambiente).  
Sussiste conclusivamente la possibilità di sollecitare verifiche e controlli da parte delle Autorità preposte circa l'effettiva osservanza del DMV, attività che dovrebbe risultare agevolata ed efficace a fronte dell'obbligo di installazione di sistemi di controllo dei relativi valori.