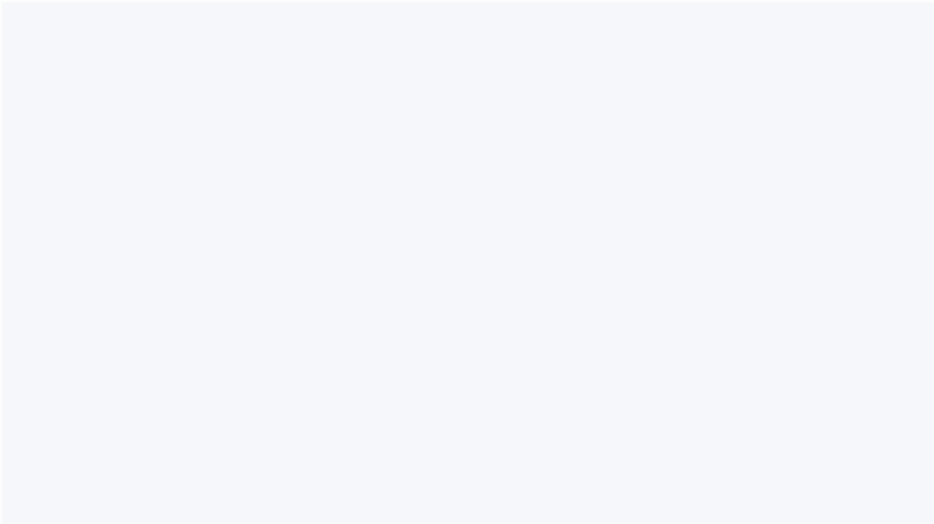




REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Superiore delle acque pubbliche nelle persone dei signori:



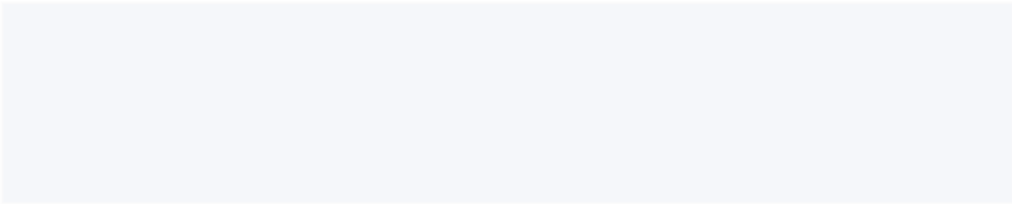
GIUDICI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

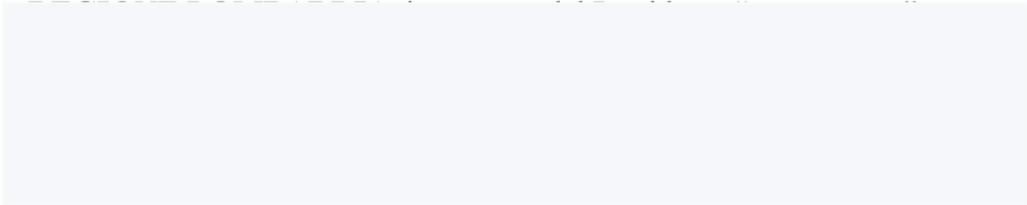
nella causa, in sede di legittimità, iscritta al n. R.G. 224 del 2022

TRA



RICORRENTE

CONTRO



RESISTENTE



Per l'ANNULLAMENTO

- del provvedimento del 19 maggio 2022 dell'Ufficio territoriale regionale di Brescia della Regione Lombardia di rigetto dell'istanza ai sensi dell'art. 13 del R.D. 1775 del 1933;

- del provvedimento del 21 luglio 2022 dell'Ufficio territoriale regionale di Brescia della Regione Lombardia di conferma di rigetto dell'istanza ai sensi dell'art. 13 del R.D. 1775 del 1933 (impugnato con i motivi aggiunti)

Visti il ricorso e motivi aggiunti i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio della Regione Lombardia;

Viste le memorie prodotte dalle parti, a sostegno delle rispettive difese;

Relatore il cons. Cecilia Altavista nella udienza pubblica del 27 novembre 2024;

Ritenuto in fatto ed in diritto:

Il Consorzio irrigazioni Cremonesi era titolare di concessioni di derivazione dal fiume Oglio, per forza motrice e prevalente uso irriguo, in base al R.D. 7331 del 17 maggio 1934, modificato con decreto ministeriale n. 6061 del 7 gennaio 1960, scadute il 31 gennaio 1987, di cui il Consorzio ha chiesto il rinnovo con istanze del 28 gennaio 1985 e 16 luglio 1986, che, in base a quanto affermato da entrambe le parti, sono tuttora in fase di istruttoria e di cui prosegue l'utilizzo in attesa della conclusione del procedimento di rinnovo.

Il 14 settembre 2010 il Consorzio presentava istanza di variante non sostanziale per riuso idroelettrico di acque già captate dal fiume Oglio per lo sfruttamento a fini idroelettrici del salto di 4,52 metri sullo Scaricatore Grumone Pallavicino.

Il 5 novembre 2020 il Consorzio ha presentato alla Regione Lombardia la



domanda per derivare acqua, in aggiunta alle precedenti derivazioni (irrigue e per forza motrice) oggetto di rinnovo, per un impianto idroelettrico in Comune di Corte de' Frati per una portata massima di 8000 l/s e media di 5320 l/s per una potenza nominale di 235 kw su un salto idraulico esistente sul canale scaricatore Pallavicino Grumone (centrale Grumone Pieve).

Il 18 novembre 2020 il Consorzio ha presentato istanza, ai sensi dell'art. 13 del r.d. 1775 del 1933, per l'autorizzazione all'inizio dei lavori per la realizzazione del nuovo impianto idroelettrico evidenziando l'urgenza nella possibilità di essere ammessi agli incentivi statali di cui al D.M. 23 giugno 2016 (che prevedeva il termine per l'esercizio dell'impianto al fine di usufruire degli incentivi alla data del 30 settembre 2021); richiama la natura di opere indifferibili ed urgenti e di pubblica utilità degli impianti per fonti rinnovabili di energia impressa dalla legge n. 10 del 1991 e il Programma energetico ambientale regionale approvato con DGR n. 3706 12 giugno 2015 e n. 3905 del 24 luglio 2015, che prevede un iter semplificato per i mini impianti idroelettrici su canali esistenti. Evidenziava, altresì, che per la domanda di variante non sostanziale presentata nel 2010 era stata già esperita la fase della concorrenza a seguito della pubblicazione sul BURL nel 2011. Venivano depositate in allegato le relazioni tecnica, idrologica, idraulica, geologica. L'Ufficio territoriale regionale di Brescia della Regione, con nota dell'11 gennaio 2021, comunicava al Consorzio che la domanda di variante non sostanziale, presentata il 5 novembre 2020, avrebbe potuto essere istruita solo a seguito della conclusione del procedimento di rinnovo delle concessioni di derivazione di cui alle domande presentate il 28 gennaio 1985 e il 16 luglio 1986 unitamente a quelle delle "antiche utenze" del fiume Oglio.

Con nota del 20 gennaio 2021 l'UTR comunicava l'avvio del procedimento



ai sensi dell'art. 13 del rd 1775 del 1933, indicando il responsabile del procedimento.

Nella relazione istruttoria dell'Unità idraulica e Ambiente dell'Ufficio territoriale regionale si dava atto che la istanza di variante non sostanziale presentata il 14 settembre 2010 non era stata avviata ad istruttoria dovendo definirsi prima il procedimento di rinnovo per l'uso irriguo e per l'uso forza motrice di cui il Consorzio aveva chiesto il mantenimento; si richiamava la nota dell'11 gennaio 2021 in ordine alla domanda presentata il 5 novembre 2021; si indicava che l'impianto oggetto della istanza di cui all'art. 13 del TU 1775/1933 non era sottoposto a procedura di assoggettabilità a VIA; venivano analizzate le opere esistenti e le opere in progetto, gli aspetti idrologici (nei quali veniva indicato, sulla base della relazione presentata in allegato alla domanda l'utilizzo a fini idroelettrici per 275 giorni, dal momento che nel periodo estivo non vi era sufficiente portata d'acqua non utilizzata a fini irrigui), idraulici, geologici e geotecnici e le verifiche di sicurezza, chiedendo il parere della Unità tecnica.

Tale Unità si riuniva nella seduta del 24 febbraio 2021, all'esito della quale richiedeva ulteriori approfondimenti *"sugli aspetti giuridici sollevati in questa sede"*, che erano relativi alla natura del Consorzio, al rapporto con la procedura di rinnovo, di cui si dava atto che avrebbe potuto durare ancora tre o quattro anni, alle ragioni di urgenza in relazione ad una derivazione in funzione solo nei mesi invernali.

Il 26 luglio 2021 il Comune rilasciava l'autorizzazione paesaggistica.

Il 27 gennaio 2022 il Direttore del Consorzio inviava una Pec in cui ribadiva che l'urgenza derivava dalla disciplina dei decreti ministeriali relativi agli incentivi alle fonti rinnovabili e alla disciplina della legge 10 del 1991 e del



d.lgs. 387 del 2003.

Con provvedimento del 19 maggio 2022, l'Ufficio territoriale regionale di Brescia della Regione Lombardia rigettava l'istanza in quanto "trattasi di un nuovo uso irriguo per forza motrice non ricompreso tra i dodici usi per forza motrice delle acque transitanti sulla rete irrigua consortile già ricompresi nell'originario provvedimento di concessione, per alcuni dei quali il CIC ha già ottenuto l'autorizzazione ex art. 13 TU alla riattivazione/ rifacimento (centralina Rezza, Campagnola, Mirabello – Ciria) in ragione delle portate circolanti secondo titolo e veicolate sui relativi cavi a scopo irriguo prevalente"; ... "trattasi di nuovo utilizzo idroelettrico di risorsa idrica prelevata a scopo irriguo prevalente e deviata sullo scaricatore Grumone Pallavicino per essere restituita al fiume Oglio, in quanto non più necessaria alle pratiche colturali per le mutate esigenze del territorio servito a valle del nodo idraulico di Brazzuoli". Ha quindi fatto presente di prendere "atto delle mutate esigenze irrigue, rispetto a quanto a suo tempo assentito nel 1934 e riadeguato nel 1960, di cui terrà conto in sede di procedimento di rinnovo degli antichi usi irrigui, che dovrà rideterminare le portate effettivamente derivabili in funzione delle attuali e mutate esigenze irrigue, quanto meno nel periodo jemale".

Avverso tale provvedimento il Consorzio ha proposto il presente ricorso lamentando con un primo motivo la violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, non essendo stato comunicato il preavviso di rigetto; con un secondo motivo la violazione dell'art. 13 del R.D. 1775 del 1933 in combinato disposto con l'art. 1 commi 3 e 4 della legge n. 10 del 1991, in quanto l'Amministrazione non avrebbe considerato l'urgenza in relazione alla natura degli impianti per fonti rinnovabili, qualificati dalla legge come opere di



pubblico interesse e di pubblica utilità e indifferibili ed urgenti; con la terza censura ha sostenuto la violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, l'eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, per erroneità e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto in quanto l'Amministrazione non avrebbe considerato che le concessioni del R.D. del 1934 e del D.M. del 1960 erano ad uso promiscuo e nel periodo invernale le acque non utilizzate per uso irriguo sono state sempre restituite dallo Scaricatore Grumone Pallavicino, in quanto non utilizzate per l'irrigazione a valle del nodo idraulico Brazzuoli. Ha sostenuto quindi che si tratta della medesima acqua prelevata dal Consorzio in base alle concessioni in rinnovo e l'irrilevanza della circostanza che la centrale da realizzare sia in differente posizione rispetto ai dodici opifici a suo tempo assentiti rispetto all'utilizzo della medesima risorsa idrica.

Con istanza del 16 luglio 2022 il Consorzio ha chiesto all'Unità territoriale regionale il riesame del precedente provvedimento a cui la UTR ha risposto con nota del 21 luglio 2022 confermando il diniego; con riguardo alla violazione dell'art. 10 bis ha evidenziato che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato e che comunque la partecipazione era stata assicurata nella riunione telematica del 27 gennaio 2022.

Tale atto è stato impugnato con i motivi aggiunti con cui sono state riproposte le censure del ricorso precisando con riguardo alla violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 che non poteva essere stata sanata dall'atto confermativo, che ha fatto riferimento solo alla riunione telematica del 27 gennaio 2022 senza indicazione dei contenuti di tale incontro; è stata poi contestata la circostanza relativa alla impossibilità di adottare una diversa determinazione.



Si è costituita in giudizio la Regione Lombardia, che ha ricostruito la vicenda delle originarie concessioni e della pendenza della procedura di rinnovo; ha richiamato le controdeduzioni formulate dal Consorzio il 27 gennaio 2022, sostenendo l'infondatezza del ricorso, in quanto il contraddittorio procedimentale sarebbe stato assicurato nella riunione in modalità telematica del 27 gennaio 2022; ha dedotto che l'art. 13 del T.U. 1775 del 1933 non è stato ritenuto applicabile mancando l'urgenza ed essendo emersi vari profili di criticità espressamente indicati nel provvedimento del 19 maggio 2022.

Nel corso del giudizio la parte ricorrente ha depositato note d'udienza insistendo per la fondatezza delle censure e contestando le argomentazioni avversarie, di cui ha dedotto che hanno costituito anche una inammissibile integrazione postuma della motivazione.

Davanti al giudice delegato le parti hanno precisato le conclusioni come in atti e hanno presentato memorie per l'udienza collegiale, insistendo per la fondatezza delle proprie ricostruzioni difensive.

All'udienza pubblica del 27 novembre 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso è fondato.

L'art. 13 del Testo unico n. 1175 del 1933 prevede: *“Nei casi di accertata urgenza, il ministro dei lavori pubblici, sentito il consiglio superiore, può permettere che siano iniziate subito le opere, purché il richiedente la concessione si obblighi, con congrua cauzione, da depositare alla cassa dei depositi e prestiti, ad eseguire le prescrizioni e condizioni che saranno stabilite nell'atto di concessione, oppure a demolire le opere in caso di negata concessione. La esecuzione è sempre fatta a rischio e pericolo del richiedente. Per le piccole derivazioni, quando non vi siano domande concorrenti né*



opposizioni, l'autorizzazione all'inizio delle opere può essere data, in casi di accertata urgenza, con le condizioni suddette, dall'ufficio del genio civile competente, che ne riferisce immediatamente al ministero dei lavori pubblici".

Tale norma connota chiaramente il potere amministrativo in termini di discrezionalità con la conseguenza che, sotto il profilo partecipativo, non è applicabile la norma del comma 2 primo periodo dell'art. 21 octies per cui *"non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*. Diversamente da quanto sostenuto dalla Regione, neppure può essere applicata la sanatoria processuale di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 21 octies, che prevede che: *"Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"*, in quanto il d.l. 76 del 2020 convertito dalla legge n. 120 del 2020 ha aggiunto la espressa previsione per cui tale disposizione non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis.

La sanatoria dei vizi della partecipazione non è dunque applicabile al preavviso di rigetto, a prescindere dalla circostanza che l'Amministrazione nel caso di specie non ha dato alcuna dimostrazione in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere in concreto diverso dato il difetto di motivazione dei provvedimenti per le ragioni che seguono con riguardo alle ulteriori censure proposte.



Ritiene il Collegio che la partecipazione sia stata sostanzialmente assicurata benché successivamente alla comunicazione del rigetto, ma non dalla riunione telematica del 27 gennaio 2022, a cui fa riferimento la Regione - senza però indicare specificamente quali ne siano stati i contenuti (mentre la PEC inviata dal Consorzio il 27 gennaio depositata in atti indica solo le ragioni di urgenza) - quanto dalla circostanza che, a seguito del provvedimento di rigetto del 19 maggio 2022, impugnato con il ricorso, è stata presentata una istanza di riesame nella quale il Consorzio ha preso chiaramente posizione sulle ragioni del diniego.

L'istanza è stata respinta con il provvedimento del 21 luglio 2022 impugnato con i motivi aggiunti, che è stato, dunque, emesso a seguito di una effettiva partecipazione dell'interessato, anche se non ha poi tenuto conto delle sue argomentazioni. Infatti, anche a prescindere dal rapporto tra i due provvedimenti in termini di conferma o mera conferma, il secondo provvedimento ha richiamato integralmente la motivazione del precedente diniego.

In ogni caso, il Collegio ritiene la fondatezza delle ulteriori censure, il cui accoglimento conduce ad un annullamento maggiormente satisfattivo per la parte ricorrente di quello relativo alla violazione procedimentale.

Sussiste, infatti, il difetto di istruttoria e di motivazione.

La *ratio* dell'art. 13, esplicitata dal dato testuale della norma, è di consentire l'avvio delle opere mentre è in corso l'esame della domanda di concessione "*a rischio e pericolo del richiedente*", il quale infatti è tenuto a rimuoverle in caso di diniego della concessione.

E', quindi, evidente che in sede di rilascio dell'autorizzazione provvisoria possono essere valutate solo circostanze relative alle opere da realizzare, all'eventuale loro impatto sul territorio o sul paesaggio, ma non possono



essere esaminati aspetti relativi alla concessione di derivazione, dal momento che la parte, che ha presentato l'istanza, è consapevole che la concessione potrà essere anche negata, essendosi offerta di realizzare le opere senza avere alcuna certezza sull'esito della domanda di concessione, essendo anzi espressamente previsto che la concessione possa essere successivamente negata e che debba demolire le opere già realizzate.

Infatti, l'autorizzazione provvisoria non attribuisce alcun diritto al rilascio della concessione e all'uso delle acque, in quanto la concessione potrebbe essere anche legittimamente negata (Cass. civ., Sez. Unite, 11 dicembre 2003, n. 18958).

L'Amministrazione regionale invece di valutare i presupposti indicati dall'art. 13, quali l'urgenza di provvedere o l'ammissibilità delle opere da realizzare (evidentemente in base alle norme urbanistiche e paesaggistiche), risulta avere considerato i possibili utilizzi delle acque, preannunciando, inoltre, la possibile futura riduzione dell'utilizzo irriguo, al momento del rinnovo delle concessioni, in quanto non più attuale secondo la ricostruzione regionale.

In sostanza, la Regione ha operato valutazioni inerenti alla stessa possibilità di rilascio della concessione e di conferma della quantità già derivata, che però non costituiscono un idoneo presupposto del diniego, in relazione alla previsione normativa, che riguarda solo l'urgenza, essendo addossato integralmente alla parte richiedente il rischio di dovere addirittura demolire le opere in caso di mancato rilascio della concessione.

Pertanto, anche a ritenere che la Regione potesse effettuare un giudizio prognostico sul rilascio della concessione (giudizio che non risulta indicato nella norma dell'art. 13 del R.D. 1775 del 1933), allora tale giudizio avrebbe



dovuto essere comunque compiuto con una istruttoria completa, tenendo conto di tutti gli elementi relativi alla nuova concessione nonché dell'intero quadro di riferimento delle concessioni per uso promiscuo in capo al Consorzio, il cui rinnovo è, peraltro, pendente da quasi quaranta anni; nonché della circostanza che per la domanda presentata nel 2010 non è stata avviata l'istruttoria proprio in pendenza delle procedure di rinnovo; inoltre avrebbe dovuto considerare la possibilità di rilasciare comunque la concessione, oggetto della domanda del 5 novembre 2020, in cui è chiaramente indicato il nuovo uso idroelettrico.

Nel caso di specie, l'istruttoria è stata compiuta con modalità parziali e carenti, essendo in sostanza basato il diniego - in base a quanto appare percepibile dalla non chiara motivazione - sul dato del mancato utilizzo dell'uso irriguo nel periodo invernale e quindi della impossibilità di consentire un alternativo utilizzo per uso idroelettrico dell'acqua non sfruttata per l'irrigazione in tale periodo, nella prospettiva della futura riduzione dell'uso irriguo. Poiché l'art. 13 può essere applicato in caso di domanda di nuova concessione, il riferimento al nuovo utilizzo idroelettrico di per sé non era idoneo alla reiezione di una tale istanza, senza considerare che il Consorzio aveva già un uso promiscuo come risulta oltre che dal R.d. del 1934 anche dalla nota del Provveditorato alle opere pubbliche della Regione Lombardia del 15 settembre 1997, depositata nel corso del giudizio dalla parte ricorrente, relativa alla rideterminazione del canone per gli usi promiscui.

In ogni caso, non si possono ritenere idonei ad integrare la motivazione, quale atti richiamati per relationem, gli atti istruttori indicati dalla difesa regionale, quali la riunione telematica del 27 gennaio 2022, di cui non è noto il contenuto né risulta depositato un eventuale verbale, né il verbale della riunione



dell'Unità tecnica 24 febbraio 2021 depositato in giudizio.

In primo luogo, tali atti non sono stati richiamati nei provvedimenti impugnati, mentre l'art. 3 comma 3 della legge n. 241 del 1990 prevede che “Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama”.

Tale norma è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso che non è necessario che l'atto sia unito imprescindibilmente al documento o che il suo contenuto sia riportato testualmente nel corpo motivazionale, essendo sufficiente che essi siano espressamente richiamati e resi disponibile tramite l'esercizio del diritto di accesso (Cons. Stato, Sez. II, 18 febbraio 2020, n. 1223; Sez. VI, 16 novembre 2022, n. 10044; Sez. VI, 12 marzo 2018, n. 1525; Sez. VI, 24 maggio 2024, n. 4645).

Nel caso di specie, tali atti non risultano richiamati nei provvedimenti impugnati. Solo il provvedimento del 21 luglio 2022 ha fatto riferimento all'incontro tecnico del 27 gennaio 2022, ai fini della partecipazione al procedimento, ma senza indicarne il contenuto.

La riunione dell'Unità tecnica del 24 febbraio 2021, inoltre, si è conclusa con la necessità di ulteriori approfondimenti; non era quindi idonea a costituire un valido presupposto istruttorio del provvedimento di diniego.

In ogni caso anche le circostanze indicate nel corso di tale riunione, quali la mancanza di urgenza, in relazione all'utilizzo della concessione solo nel periodo invernale, e alla insufficienza della cauzione per i tempi previsti per il rinnovo della concessione risultano inadeguate in relazione alle circostanze di fatto della vicenda. In primo luogo è proprio la lunghezza del



procedimento di rinnovo delle concessioni, che comporta l'urgenza di provvedere nelle more di una situazione di incertezza che si protrae da decenni; inoltre la insufficienza della cauzione poteva comportare eventualmente una integrazione della stessa, mentre l'utilizzo nel solo periodo invernale, oltre ad essere una circostanza di fatto errata trattandosi di un periodo di 275 giorni, quindi con esclusione del solo periodo estivo, non fa certo venire meno l'urgenza, essendo tale periodo quello sul quale è stato calibrato l'impianto sulla base del progetto presentato dal Consorzio, che evidentemente ha ravvisato una utilità della produzione idroelettrica, anche se limitata, nella misura in cui ha ritenuto sfruttabile l'acqua già concessa ad uso irriguo e promiscuo. Nessuna considerazione è stata data invece alle ragioni di urgenza indicate dal Consorzio quali la perdita degli incentivi statali per le fonti rinnovabili di energia.

In conclusione, il ricorso ed i motivi aggiunti sono fondati e devono essere accolti con annullamento dei provvedimenti impugnati, salva l'ulteriore attività amministrativa.

In considerazione della particolarità della controversia le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche accoglie il ricorso e i motivi aggiunti e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Così deciso in Roma dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche nella camera di consiglio del 27 novembre 2024.

IL RELATORE

Cecilia Altavista

IL PRESIDENTE

Antonio Pietro M. Lamorgese

