

Civile Sent. Sez. U Num. 10018 Anno 2019

Presidente: PETITTI STEFANO

Relatore: VINCENTI ENZO

Data pubblicazione: 10/04/2019

SENTENZA

sul ricorso 15490-2017 proposto da:

AUTORITA' DI BACINO DISTRETTUALE DELL'APPENNINO
SETTENTRIONALE - BACINO DEL FIUME SERCHIO (già Autorità di
Bacino Pilota del Fiume Serchio), in persona del legale rappresentante
pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI
PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

110
19

- ricorrente -

contro

VIS VIVA S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI GRACCHI 191, presso lo studio dell'avvocato ROBERTO VOLPI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati VITTORIO GLAUCO EBNER e MARTINO EBNER, per procura speciale depositata in udienza;

- resistente -

PROVINCIA DI LUCCA, in persona del Presidente *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA COSSERIA 2, presso la dott.ssa FRANCESCA BUCCELLATO - STUDIO ASSOCIATO AIELLO, AMERICO, PASTORE, rappresentata e difesa dall'avvocato LORENZO CORSI;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

VIS VIVA S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI GRACCHI 191, presso lo studio dell'avvocato ROBERTO VOLPI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati VITTORIO GLAUCO EBNER e MARTINO EBNER;

- controricorrente all'incidentale -

nonchè contro

COMUNE DI BAGNI DI LUCCA;

- intimato -

avverso la sentenza n. 34/2017 del TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, depositata il 22/02/2017.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/02/2019 dal Consigliere ENZO VINCENTI;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale LUIGI SALVATO, che ha concluso, riuniti i ricorsi, per il rigetto del primo motivo di entrambi i ricorsi e l'accoglimento dei restanti i motivi; uditi gli avvocati Marinella Di Cave per l'Avvocatura Generale dello Stato, Martino Ebner e Lorenzo Corsi.

FATTI DI CAUSA

1. - L'Autorità di Bacino Pilota del Fiume Serchio, nelle more del procedimento di autorizzazione, richiesta dalla società Viva Vis s.r.l., alla realizzazione di un impianto idroelettrico sul torrente Lima, affluente del Serchio, nel territorio del Comune di Bagni di Lucca, adottò il 20 febbraio 2007 la deliberazione n. 152, con la quale, in ragione del gran numero (superiore a 100) degli impianti di derivazione esistenti ed in progetto, furono dettati dei criteri integrativi (a quelli assunti con la delibera n. 121 del 1° agosto 2002) per la determinazione del deflusso minimo vitale del fiume (DMV), nel senso che, per l'ubicazione di nuovi impianti per la produzione di energia elettrica, fatta esclusione di quelli del tipo ad acqua fluente, dovesse essere mantenuto esente da derivazioni un tratto di alveo posto a monte dell'opera di presa e un tratto di alveo posto a valle dell'opera di restituzione degli impianti esistenti, di lunghezza pari almeno al doppio del tratto di alveo compreso tra l'opera di presa e l'opera di restituzione degli impianti predetti (c.d. "2L").

Con la successiva deliberazione n. 156 del 19 giugno 2007, la medesima Autorità di Bacino individuò gli impianti ad acqua fluente in quelli che utilizzano la portata naturale del corso d'acqua senza condotta o canale derivatore e comprendenti solo l'opera di sbarramento e la centrale incorporata o affiancata alla traversa di sbarramento.

Alla stessa Autorità venne chiesto dalla Provincia di Lucca, competente per il rilascio dell'anzidetta autorizzazione, il parere sulla compatibilità dell'impianto in progetto con le delibere n. 152 e n. 156

del 2007; tale parere, reso con provvedimento del 7 gennaio 2008, fu sfavorevole, poiché si ritenne che l'impianto in progetto non fosse definibile ad acqua fluente secondo i criteri della delibera n. 156, né fosse rispettoso della "regola del 2L", già essendovi a valle una derivazione d'acqua a distanza inferiore di quella prevista dalla delibera n. 152.

La Provincia, quindi, con determinazione n. 146 dell'8 aprile 2008, n. 146, sulla base delle motivazioni di detto parere, concluse negativamente la procedura di valutazione d'impatto ambientale (VIA) e con successiva determinazione n. 477 del 17 ottobre 2008 respinse la domanda di concessione.

2. - La Vis Viva s.r.l. impugnò tutti i predetti provvedimenti dinanzi al Tribunale superiore delle acque pubbliche (TSAP), che, con sentenza n. 95 del 2012, respinse il ricorso.

3. - Avverso tale pronuncia la medesima società propose ricorso per cassazione, che venne accolto (quanto ai primi tre motivi, con assorbimento degli altri sei) con sentenza n. 25798 del 2013 di queste Sezioni Unite, che annullò l'impugnata sentenza del TSAP e rinviò al medesimo Tribunale affinché si pronunciasse, anzitutto, sulle questioni relative all'identificazione delle caratteristiche tecniche dell'impianto progettato e della sua conseguente assoggettabilità — in punto di rispetto del DMV — alla disciplina degli impianti a bacino o a quelli ad acqua fluente, nonché sulla legittimità della definizione degli impianti ad acqua fluente accolta dall'Autorità di Bacino con le deliberazioni (costituenti atti generali) n. 152 e n. 156 del 2007, dovendosi verificare se detta definizione rientrasse nei limiti della discrezionalità tecnica dell'Autorità di Bacino ovvero fosse vincolata dalle previsioni della normativa di settore "richiamata dalla società con il nono motivo di ricorso (art. 2 del d.lgs. n. 387 del 2003; decreto del Ministero attività produttive in data 24 ottobre 2005, attuativo del d.lgs. n. 79 del 1999)".

064



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Inoltre, ove necessario "all'esito di tali accertamenti", il TSAP si sarebbe dovuto pronunciare sull'ulteriore questione della legittimità delle citate deliberazioni dell'autorità di bacino nn. 152 e 156 del 2007 sotto il profilo della compatibilità con il diritto comunitario, sollevata con l'ottavo motivo di ricorso".

4. - La Vis Viva s.r.l. riassumeva, quindi, il giudizio dinanzi al TSAP e, nel contraddittorio con l'Autorità di Bacino del Fiume Serchio, la Provincia di Lucca, il Comune di Bagni di Lucca e il Comitato Istituzionale dell'Autorità di Bacino-Bacino Pilota del Fiume Serchio, il ricorso in riassunzione veniva accolto con sentenza n. 34 del 22 febbraio 2017, che annullava gli atti originariamente impugnati dalla società ricorrente.

4.1. - Il Tribunale Superiore, per quanto ancora rileva in questa sede, osservava che: 1) la delibera n. 152 del 2007 era stata "adottata al fine di tutelare il corso d'acqua già oggetto di circa 100 progetti di derivazione d'acqua ad uso idroelettrico in attesa dell'approvazione del Piano stralcio" e, pertanto, il "criterio del 2L" (art. 1 della citata delibera) era stato "inserito al fine di conservare alcuni tratti naturali del fiume, evitando l'intubamento massiccio del corso d'acqua", ciò venendo a spiegare "perché solo nel caso di impianti ad acqua fluente (nel senso poi precisato nella successiva delibera n. 156/07) non fossero previste limitazioni per la localizzazione degli impianti"; 2) posto che in base alla normativa di settore la nozione di "impianto ad acqua fluente" si estendeva anche a quelli prevedenti "un canale di derivazione o di restituzione", come tali incompatibili "con le finalità che avevano comportato l'adozione della delibera" n. 152, era stata, quindi, emanata la delibera n. 156 del 2007, con cui si precisava quali fossero, "nell'ambito della categoria degli impianti ad acqua fluente, (...) quelli non soggetti a limiti di localizzazione" (altrimenti da rispettarsi in base alla regola del 2L), individuati, dunque, negli impianti "che non prevedevano opere

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

incidenti sulla portata naturale del corso d'acqua"; 3) l'Autorità di Bacino "disponeva del potere tecnico discrezionale di delineare in modo preciso quale specifica tipologia di impianti – all'interno della categoria di quelli ad acqua fluente – fosse compatibile con le esigenze di tutela ambientale", non avendo, anzitutto, "stravolto la nozione di "impianto ad acqua fluente"", ma, "per esigenze di tutela ambientale", avendone solo ristretto la categoria al "sottoinsieme degli "impianti ad acqua fluente senza condotta e/o canale derivatore"; 4) la scelta adottata non era illogica, né irragionevole, avendo "l'Autorità preposta alla tutela ambientale" precisato in che termini fosse derogabile la regola del "2L", coerentemente alle "finalità che avevano portato alla sua introduzione", così da non porre limiti alla localizzazione dei soli impianti ad acqua fluente senza condotta e/o canale di derivazione, "essendo scongiurato il rischio di "intubamento" del corso d'acqua"; 5) la stessa scelta non contrastava con la normativa interna e con quella "comunitaria", dovendo le derivazioni di acque pubbliche rispettare il DMV e l'assenza di preclusioni circa la localizzazione territoriale degli impianti idroelettrici era condizionata dal fatto che la loro collocazione "non provochi un impatto nocivo sul territorio, in quanto l'interesse alla difesa ambientale è prevalente rispetto all'interesse economico allo sfruttamento della risorsa idrica a fini di produzione dell'energia rinnovabile (art. 12 del D.Lgs. 387/2003)"; 6) erano, invece, fondate le reiterate censure avverso le delibere n. 152 e n. 156 del 2007 quanto alla "scelta dell'Autorità di Bacino di introdurre la regola del 2L come criterio integrativo per la definizione del deflusso minimo vitale" nel caso di impianti con canali derivatori (come quello rilevante nel caso di specie)"; 7) sebbene fosse possibile introdurre criteri integrativi per la definizione del DMV, tuttavia la "regola del 2L" era "formula matematica" che, "nella sua absolutezza ed astrattezza, non risulta(va) compatibile con la definizione normativa di deflusso

minimo vitale di cui all'art. 7 del D.M. 28 Luglio 2004, contenente le Linee Guida del Ministero dell'Ambiente", che fornisce un parametro "complesso" e variabile in relazione a ciascun corso d'acqua e, nell'ambito dello stesso corso d'acqua, a "seconda dei suoi diversi tratti"; 8) non era provata la asserita "concretizzazione" del criterio matematico del 2L, il quale, "nella sua assolutezza", era tale, peraltro, "da escludere in via preventiva, senza lo svolgimento di alcuna istruttoria, la valutazione del progetto di impianto idroelettrico presentato, escludendo *a priori* la sua compatibilità con la preservazione dell'ambiente".

5. - Avverso tale sentenza ha proposto ricorso l'Autorità di Bacino distrettuale dell'Appennino Settentrionale - Bacino del Fiume Serchio (già Autorità di bacino Pilota del Fiume Serchio), affidando le sorti dell'impugnazione a quattro motivi.

Ha, altresì, proposto successivo ricorso, qualificato come incidentale, la Provincia di Lucca, svolgendo quattro motivi di impugnazione sostanzialmente coincidenti con quelli del ricorso principale.

La Vis Viva s.r.l. ha resistito con controricorso al solo ricorso incidentale.

Hanno depositato memoria l'Autorità di Bacino e la Provincia di Lucca; anche il procuratore generale ha depositato, nel termine di cui all'art. 378 c.p.c., requisitoria scritta con cui ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. - Preliminarmente, occorre ribadire la persistente sussistenza della legittimazione attiva della Provincia di Lucca nell'ambito del presente giudizio, anche a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, recata dalla sentenza n. 110 del 2018 della Corte costituzionale, dell'art. 11-*bis*, comma 5, della legge della Regione Toscana 3 marzo 2015, n. 22, in materia di riordino delle funzioni

provinciali in attuazione della legge 7 aprile 2014, n. 56, in quanto – come già affermato da questa Corte, a Sezioni Unite, con la sentenza n. 27754 del 31 ottobre 2018 (alle cui più ampie argomentazioni si rinvia) – il determinatosi trasferimento di funzioni (in capo alla Regione Toscana) non ha comportato l'estinzione dell'ente che ne era in precedenza attributario (la Provincia), essendosi, dunque, in presenza di un fenomeno successorio regolato dall'art. 111 c.p.c.

2. – Sempre in via preliminare, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale sollevata dalla società controricorrente per asserita violazione dell'art. 366, primo comma, n. 3, c.p.c., giacché, agevolmente depurata (Cass., 18 settembre 2015, n. 18363, Cass., 4 aprile 2018, n. 8245) delle circa 40 pagine in cui sono riprodotte le delibere dell'Autorità di Bacino (n. 121 del 2002, n. 152 e n. 156 del 2007), l'esposizione dei fatti di causa, negli aspetti sostanziali e processuali rilevanti, si snoda in modo affatto intelligibile e coerente con il canone della sinteticità, da parametrarsi in ragione del grado di complessità della vicenda dedotta in giudizio.

3. – Con il primo mezzo di entrambi i ricorsi è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., la nullità della sentenza o del procedimento per violazione degli artt. 383, 384 c.p.c., nonché degli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.

Il TSAP, dopo aver deliberato - quale giudice di rinvio in base alle indicazioni della sentenza rescindente n. 25798/2013 delle Sezioni Unite - la legittimità della definizione degli impianti ad acqua fluente accolta dall'Autorità di Bacino nelle delibere n. 152 e n. 156 del 2007 e verificato che tale qualificazione rientrava nei limiti della discrezionalità tecnica della stessa Autorità, esercitata in conformità con la normativa interna e comunitaria, avrebbe esorbitato dal perimetro segnato dalla predetta sentenza andando a valutare la legittimità in astratto e l'opportunità in concreto del criterio "soglia",

dimensionale morfologico ("2L"), posto dalle citate delibere per verificare la compatibilità ambientale delle derivazioni idroelettriche.

3.1. – Il motivo è infondato.

La sentenza n. 25798 del 2013 di questa Corte (cfr. anche sintesi al § 3 dei "Fatti di causa") annullò l'impugnata sentenza del TSAP per vizi di motivazione (dedotti con i primi tre motivi di ricorso sui nove proposti) in ordine all'identificazione delle caratteristiche tecniche dell'impianto progettato e della sua conseguente assoggettabilità — in punto di rispetto del DMV — alla disciplina degli impianti a bacino o a quelli ad acqua fluente, nonché sulla legittimità della definizione degli impianti ad acqua fluente accolta dall'Autorità di Bacino con le deliberazioni (costituenti atti generali) n. 152 e n. 156 del 2007, demandando al giudice del rinvio di verificare se detta definizione rientrasse nei limiti della discrezionalità tecnica dell'Autorità di Bacino ovvero fosse vincolata dalle previsioni della normativa di settore "richiamata dalla società con il nono motivo di ricorso (art. 2 del d.lgs. n. 387 del 2003; decreto del Ministero attività produttive in data 24 ottobre 2005, attuativo del d.lgs. n. 79 del 1999)".

Soltanto "all'esito di tali accertamenti", il TSAP si sarebbe dovuto pronunciare sull'"ulteriore questione della legittimità delle citate deliberazioni dell'autorità di bacino nn. 152 e 156 del 2007 sotto il profilo della compatibilità con il diritto comunitario, sollevata con l'ottavo motivo di ricorso".

Dalla sentenza impugnata in questa sede risulta (cfr. p. 12) che già con il ricorso introduttivo (e poi con il ricorso in riassunzione) la Vis Viva s.r.l. aveva contestato la legittimità della regola del "2L" come criterio integrativo per la definizione del DMV posto dalle delibere n. 152 e n. 156 del 2007 e tale questione – come si evince dagli stessi attuali ricorsi dell'Autorità di Bacino (cfr. p. 7) e della Provincia di Lucca (cfr. p. 50) e come trova conferma nel ricorso per

cassazione (segnatamente, nel quarto e nell'ottavo motivo) a suo tempo proposto dalla Vis Viva s.r.l. (e al quale atto questa Corte ha accesso in ragione della natura del vizio processuale oggetto di scrutinio) – era stata veicolata anche nell'ambito del giudizio di cassazione, che, tuttavia, come detto, è stato definito con una cassazione per vizi di motivazione, riservando al giudice di rinvio la (eventuale) deliberazione sulle questioni consequenziali.

Pertanto, il TSAP, con la sentenza impugnata in questa sede, si è mantenuto nel perimetro proprio del giudizio di rinvio segnato dall'anzidetta pronuncia rescindente, in armonia con il principio, consolidato, per cui, diversamente dall'ipotesi di annullamento per vizi di violazione o falsa applicazione di legge, nel caso di cassazione per vizi di motivazione il giudice di rinvio ha il potere di valutare liberamente i fatti già accertati ed anche d'indagare su altri fatti, ai fini di un apprezzamento complessivo, in relazione alla pronuncia da emettere in sostituzione di quella cassata (tra le tante, Cass., 6 luglio 2017, n. 16660).

4. – Con il secondo mezzo di entrambi i ricorsi è prospettato, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n.1, c.p.c., "eccesso di potere giurisdizionale" e "violazione degli artt. 111, comma 8, 24 Cost., dell'art. 143, comma 1, lett. a) r.d. 1775/1933 ..., dell'art. 362 c.p.c., in combinato disposto con l'art. 30 della l. 183/1989 e con il d.m. Ministro L.P. del 1° luglio 1989 (che autorizzava *ratione temporis* la A.B. Serchio, in quanto bacino Pilota, a recepire anticipatamente le direttive rilevanti in materia di acque), dell'art. 4 d.lgs. n. 219/2010 (ora sostituito dalla l. n. 221 del 28.12.2015), che attribuisce poteri e competenze alle Autorità di bacino".

Il TSAP, reputando astratto il criterio "2L" e come tale incompatibile con le indicazioni di cui all'art. 7 del d.m. 28 luglio 2004, avrebbe erroneamente esercitato un sindacato sulle scelte tecniche dell'Autorità di bacino precluso al giudice di legittimità, le

quali scelte erano indirizzate "a garantire la tutela ambientale nel più ampio quadro delineato dalla direttiva europea" 2000/60/CE, poi recepita dal d.lgs. n. 152 del 2006, i cui contenuti la stessa Autorità di Bacino, in quanto "Pilota" ex art. 30 della legge n. 183 del 1989, era "autorizzata ad anticipare" in base al d.m. 1° luglio 1989 del Ministro dei lavori pubblici.

Il Tribunale, quindi, avrebbe illegittimamente sindacato la scelta tecnico-discrezionale del criterio "2L" (peraltro, adottato anche in altri contesti del territorio italiano), che era "metodologicamente coerente con il fenomeno da regolare", ossia la "garanzia del DMV", confondendo il d.m. del 28 luglio 2004, volto alla definizione del DMV, "con una normativa atta a regolare atti amministrativi come le determinazioni dell'Autorità di Bacino in questione", mentre tra detto d.m. (atto non normativo) e le delibere (atti generali) non vi era coincidenza di finalità, essendo queste ultime volte "a stabilire una cosa diversa, cioè i criteri per autorizzare gli impianti non ad acqua fluente".

5. - Con il terzo, articolato, mezzo di entrambi i ricorsi è dedotta, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, c.p.c., violazione o falsa applicazione: "1) dell'art. 4 della direttiva 2000/60/CE (direttiva quadro acque-principio del non deterioramento), come interpretata dalla CGUE Grande sezione, 1° luglio 2015, in causa C-461/13, dell'art. 12 *bis* del r.d. n. 177571933 come sostituito dagli artt. 96, comma 3, e 76, comma 4, d.lgs. n. 152/2006 (con i quali è stato trasposto il principio posto dalla direttiva); 2) dell'art. 174, comma 2, del TUE, degli artt. 11 e da 191 a 193 del TFUE (principio di precauzione in materia ambientale), nonché dell'art. 3 *ter*, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006 (principio dell'azione ambientale), in combinato disposto con l'art. 30 della l. 183/1989 e con il d.m. Ministro L.P. del 1° luglio 1989 (che autorizzava *ratione temporis* la A.B. Serchio, in quanto bacino Pilota, a recepire acriticamente le

direttive rilevanti in materia di acque), dell'art. 4 d.lgs. n. 219/2010 (ora sostituita dalla l. n. 221 del 28.12.2015), che attribuisce poteri e competenze alle autorità di bacino; 3) dell'art. 7 r.d. n. 1775/1933 (avendo le prescrizioni di cui alle delibere annullate valenza di piano di tutela)".

Il TSAP, nell'annullare le delibere n. 152 e n. 156 del 2007, avrebbe violato la normativa indicata in rubrica, in quanto "l'utilizzo di criteri morfologici del corso d'acqua per la valutazione dell'ammissibilità delle derivazioni idriche" è "preciso obbligo che discende dalla direttiva 2000/60/CE" (art. 4, par. 1), secondo l'interpretazione della CGUE, che imporrebbe di negare l'autorizzazione ad un progetto che determini un deterioramento dello stato del corpo idrico, con ciò venendo in rilievo pure il principio di precauzione ambientale, di cui al TFUE, anche rispetto al quale (in forza della proporzionalità delle misure assunte e del livello di protezione ricercato) si paleserebbe coerente il criterio del "2L" (confermato anche successivamente dal Piano di Gestione delle Acque approvato con d.P.C. del 2010 ed aggiornato nel 2016), che, peraltro, non vieterebbe «in assoluto qualsiasi derivazione d'acqua, limitandosi a "contenerne" il numero massimo da autorizzare sul medesimo corso d'acqua in ragione delle lunghezze dello stesso complessivamente impegnate».

Il Tribunale Superiore, quindi, avrebbe fatto erroneamente riferimento al d.m. 28 luglio 2004, in quanto la regola del "2L" sarebbe "estranea alla disciplina del DMV" e con essa collegata solo occasionalmente, trovando quindi base legale nella "normativa comunitaria e nazionale sulla tutela delle acque", essendo detto criterio "funzionale alla preservazione della naturalità di tratti di fiume indisturbati, intervallati ai tratti con derivazioni in successione, allo scopo di garantire l'esistenza di segmenti fluviali, in grado di garantire l'ambiente originario ottimale agli ecosistemi tipici".

6. - Con il quarto mezzo di entrambi i ricorsi è denunciata, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., la nullità della sentenza o del procedimento per "motivazione apparente o perplessa", in violazione degli artt. 132, secondo comma, n. 4, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.

Il TSAP avrebbe adottato una motivazione affetta da "un contrasto logico insanabile", avendo affermato che, per un verso, l'Autorità di Bacino "può introdurre un criterio dimensionale morfologico, un vincolo di localizzazione", mentre, per altro verso, "non può imporre una distanza minima tra un centrale e l'altra", là dove, poi, l'annullamento della delibera in punto di "criterio 2L" per essere "generale ed astratta" sarebbe incompatibile con la ritenuta sussistenza di "una discrezionalità tecnica in materia", essendo la definizione del "fluente" e quella del "2L" espressione della "medesima discrezionalità, funzionale alla tutela dell'integrità del corso d'acqua e del DMV", né, infine, risultando comprensibile come una formula matematica possa necessitare di prova, invece rispondendo (secondo quanto dedotto segnatamente dal ricorso incidentale) proprio la previsione di una "variabile" alle diverse esigenze concrete di tutela del corpo idrico.

7. - I tre motivi innanzi illustrati - da scrutinarsi congiuntamente e alla luce, essenzialmente, dell'assetto normativo *ratione temporis* vigente al momento dell'adozione delle deliberazioni e dei provvedimenti oggetto di impugnazione - sono fondati per quanto di ragione e nei termini di seguito precisati.

7.1. - Come evidenziato in precedenza [§ 4.1., *sub* 7), dei "Fatti di causa"], la sentenza impugnata ha fondato l'illegittimità degli atti impugnati sul rilievo che l'introdotta "regola del 2L" - ad opera, segnatamente, della delibera n. 152 del 2007 - costituiva una "formula matematica" che, "nella sua assolutezza ed astrattezza, non risulta(va) compatibile con la definizione normativa di deflusso

minimo vitale di cui all'art. 7 del D.M. 28 Luglio 2004, contenente le Linee Guida del Ministero dell'Ambiente", che fornisce, invece, un parametro "complesso" e variabile in relazione a ciascun corso d'acqua e, nell'ambito dello stesso corso d'acqua, a "seconda dei suoi diversi tratti".

La vincolatività del referente normativo anzidetto – richiamato anche nelle premesse dalle impugnate delibere dell'Autorità di Bacino – risiede (come condivisibilmente ritenuto dal procuratore generale nella sua requisitoria scritta) nella valenza regolamentare delle "linee guida" dettate con il d.m. 28 luglio 2004, in ragione anzitutto della relativa base legale, fornita dall'art. 22, comma 4, del d.lgs. n. 152 del 1999.

Tale ultima disposizione ha abilitato il Ministro dei lavori pubblici (di concerto con gli altri Ministri competenti e previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano) a definire "le linee guida per la predisposizione del bilancio idrico di bacino, comprensive dei criteri per il censimento delle utilizzazioni in atto e per la definizione del minimo deflusso vitale".

Sicché, è la stessa legge ordinaria ad aver individuato in un decreto ministeriale la fonte secondaria, seppur atipica (rispetto al modello delineato dalla legge n. 400 del 1998), autorizzata ad integrarne e attuarne il precetto primario, così da assumere carattere regolamentare e, quindi, vincolante per le pubbliche amministrazioni tenute a darvi concreto svolgimento, senza, però, esaurirne la discrezionalità in fase esecutiva.

In definitiva, le linee guida vengono a rappresentare un atto di normazione secondaria che costituisce, "in un ambito esclusivamente tecnico, il completamento del principio contenuto nella disposizione legislativa", diretto "strettamente ad integrare, in settori squisitamente tecnici, la normativa primaria che ad essi rinvia. In

detti campi applicativi essi vengono ad essere un corpo unico con la disposizione legislativa che li prevede e che ad essi affida il compito di individuare le specifiche caratteristiche della fattispecie tecnica che, proprio perché frutto di conoscenze periferiche o addirittura estranee a quelle di carattere giuridico le quali necessitano di applicazione uniforme in tutto il territorio nazionale, mal si conciliano con il diretto contenuto di un atto legislativo” (Corte cost., sentenza n. 11 del 2014).

7.2. – Secondo quanto previsto dall’art. 7 delle Linee-guida, il DMV costituisce “la portata istantanea da determinare in ogni tratto omogeneo del corso d’acqua, che deve garantire la salvaguardia delle caratteristiche fisiche del corpo idrico, chimico-fisiche delle acque nonché il mantenimento delle biocenosi tipiche delle condizioni naturali locali” (art. 7.1.).

Il DMV “rappresenta una portata di stretta attinenza al piano di tutela”, in quanto, al tempo stesso, “indicatore utile” per “le esigenze di tutela”, nonché “strumento fondamentale per la disciplina delle concessioni di derivazione e di scarico delle acque” (art. 7.2).

Ai fini della determinazione del DMV concorrono aspetti di tipo “naturalistico” e di tipo “antropico” e, a tal riguardo, rilevano plurimi criteri, tra cui quello, definito “opportuno”, di “individuare valori del DMV differenti per ciascun mese o stagione dell’anno, anche allo scopo di impedire che i prelievi e le restituzioni siano effettuati in modo da lasciare in alveo una portata residua costante che elimini la variabilità del regime naturale dei deflussi in base alla quale si è formato l’equilibrio, sia fisico che biologico, del corso d’acqua” (art. 7.2).

Con l’ulteriore precisazione che il “DMV è da considerarsi in modo dinamico”, con la conseguenza che “le successive elaborazioni e revisioni del Piano di tutela condurranno all’individuazione ed

aggiornamento del DMV per ogni tratto dei corsi d'acqua oggetto di interesse" (art. 7.2).

7.3. – Emerge, dunque, una chiara funzionalizzazione del concetto, pur "dinamico", di DMV rispetto, anzitutto, alle esigenze di tutela della qualità del corpo idrico, cui è da rapportarsi anche la parcellizzazione del suo rilevamento, là dove, poi, è l'utilizzo stesso dell'aggettivo "opportuno", nel prescrivere l'individuazione di valori temporalmente differenziati, a svelare come l'indicazione non sia di per sé cogente ed esaustiva, ma consenta di definire anche valori diversi, se funzionali all'obiettivo della più elevata tutela dello stesso corpo idrico.


In altri termini, le Linee-guida prescrivono accertamenti puntuali e individualizzati rispetto ai differenti tratti del corpo idrico, ma, proprio al fine di garantirne la più elevata tutela della qualità, non impediscono l'enucleazione e l'utilizzo di criteri più rigorosi, in tal modo non venendo ad esaurire la discrezionalità esecutiva delle amministrazioni competenti.

7.3.1. – La delineata prospettiva trova conforto nel fatto che le Linee-guida di cui al d.m. del 28 luglio 2004 costituiscono attuazione anche della direttiva 2000/60/CE (espressamente richiamata nelle premesse del d.m.), da cui la necessità di una interpretazione ed applicazione delle stesse coerente con la disciplina di matrice sovranazionale.

In particolare, l'art. 4, comma 1, lettera i), della citata direttiva stabilisce che «gli Stati membri attuano le misure necessarie per impedire il deterioramento dello stato di tutti i corpi idrici superficiali») e tale principio – cd. "*no deterioration*" [recepito dall'art. 76, comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 152 del 2006, nonché fatto proprio anche dall'art. 12-bis del r.d. 1775 del 1933, come sostituito dall'art. 96, comma 3, del citato d.lgs. n. 152, ai fini del rilascio del provvedimento di concessione ad uso idroelettrico, che non deve

“pregiudica(re) il mantenimento o il raggiungimento degli obiettivi di qualità definiti per il corso d’acqua interessato”], è precipitato del più generale “principio di precauzione”, di cui (attualmente) all’art. 191 TFUE, che rappresenta, nell’ordinamento eurounitario, il “cardine della politica ambientale” e, come tale, è sovraordinato rispetto al diritto interno (Cass., S.U., 28 dicembre 2018, n. 33663).

In tal senso, dunque, anche il richiamo, operato nei ricorsi (e nella requisitoria del p.g.), alla nota della Commissione UE all’Italia EU PILOT 6011/14/ENVI, che, in modo significativo, puntualizza “l’esigenza di tener conto anche degli effetti cumulati di più derivazioni in sequenza sul medesimo corso d’acqua”, risulta affatto pertinente (sebbene la nota sia successiva alle delibere impugnate), giacché espressione del sovraordinato “principio di precauzione”, funzionale alla garanzia dei livelli di tutela ambientale appropriati.

Sicché, la disciplina complessiva (nazionale, di derivazione eurounitaria) che subordina l’utilizzo delle acque pubbliche da parte dei privati al rilascio di un provvedimento concessorio, nel cui contesto rileva anche il rispetto del DMV, impone, nell’equo contemperamento degli interessi ad ^{esca} / sottesi, una considerazione  pregnante degli aspetti inerenti alla tutela e alla conservazione dell’ambiente e, in particolare, della qualità dei corpi idrici (cfr. in tale ottica Cass., S.U., 10 settembre 2013, n. 20699).

7.4. – Questo, dunque, il contesto nel quale il TSAP doveva calare la verifica sul corretto esercizio della discrezionalità tecnica esercitata dall’Autorità di Bacino del Fiume Serchio con (in particolar modo) la delibera n. 152 del 2007, in forza di un sindacato che una tale verifica consente nei casi di manifesta erroneità, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, illogicità manifesta, ma senza che si travalichi nel merito dell’attività della P.A., ciò che avverrebbe ove il giudice sostituisca la propria valutazione a quella dell’amministrazione, che abbia optato comunque

per una scelta tecnica ragionevole e congruente rispetto al fine (tra le altre, Cons. Stato, sez. III, n. 613 del 2018, Cons. Stato, sez. V, n. 1541 del 2018).

Nella specie, quindi, lo scrutinio del TSAP doveva involgere la ragionevolezza, o meno, dell'esercizio della discrezionalità tecnica rimessa alla predetta Autorità ed espressasi nelle delibere del 2007 (segnatamente, in quella n. 152) nella parte in cui veniva stabilito il criterio "2L".

7.5. – Nell'impugnata delibera n. 152 del 2007 (riprodotta integralmente nel ricorso incidentale) si evidenzia che, "rispetto alla data della sopra citata delibera 121/2002, all'interno del bacino del fiume Serchio si è registrato un notevole incremento dello sfruttamento idroelettrico dei corsi d'acqua affluenti, con un numero di derivazioni ormai superiori a 100 tra quelle in attività e quelle in progetto".

In essa viene, poi, precisato che, stante l'anzidetta situazione, si rendeva "opportuno valutare attentamente le relazioni intercorrenti tra conservazione dell'ambiente naturale e suo utilizzo antropico ai fini della produzione di energia elettrica". Di qui, la "opportunità di intervenire tempestivamente ... provvedendo ad integrare i criteri per la definizione del Deflusso Minimo Vitale" attraverso (quella che è stata definita) la regola e/o criterio "2L" (art. 1 della delibera n. 152/2007).

7.6. – Ne deriva che le censure delle parti ricorrenti colgono nel segno, giacché, alla luce di quanto innanzi posto in rilievo, l'impugnata sentenza del TSAP erroneamente ha assunto che le Linee-guida sul DMV, di cui al d.m. 28 luglio 2004, imponessero un accertamento da svolgere sempre e comunque, imprescindibilmente, in relazione a singoli tratti del fiume e tale da escludere ogni discrezionalità esecutiva delle amministrazioni, escludendo, altresì (in modo del pari erroneo), la possibilità di fissare criteri più rigorosi, ove

resi necessari dall'esigenza di più elevata tutela della qualità del corpo idrico, siccome imposti dal "principio di precauzione" e dalla disciplina, di relativa derivazione, sovranazionale e nazionale.

Esigenza che, nella specie, trovava riscontro in forza di specifiche circostanze di fatto, puntualmente esplicitate (nonostante il carattere di atto generale della delibera non lo imponesse: Cass., S.U., 24 febbraio 2011, n. 4448) - ossia il numero elevato di derivazioni già in essere sul torrente Lima, affluente del fiume Serchio - che costituivano il presupposto per il ragionevole esercizio della discrezionalità tecnica che ha portato alla previsione del criterio del "2L", coerente rispetto al fine perseguito.

Su tale scelta di merito, esprime una ragionevole congruenza rispetto al fine perseguito, si è, pertanto, illegittimamente ingerito il TSAP con la sentenza impugnata in questa sede.

8. - Dunque, va rigettato il primo motivo ed accolti, per quanto di ragione, i restanti tre motivi di entrambi i ricorsi.

La sentenza impugnata deve, pertanto, essere cassata in relazione ai motivi accolti e la causa rinviata al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, in diversa composizione, che, nel delibare il ricorso in riassunzione della Vis Viva s.r.l. (la quale, in questa sede, ne ha peraltro reiterato, con il controricorso, i motivi dal quarto al nono, che sollevano questioni non esaminate e che, quindi, potranno essere riproposte dinanzi al giudice di rinvio) si atterrà ai principi sopra enunciati e provvederà anche alla regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

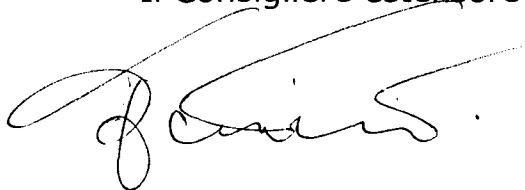
PER QUESTI MOTIVI

rigetta il primo motivo e accoglie, per quanto di ragione, i restanti tre motivi di entrambi i ricorsi, principale e incidentale;

cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia la causa al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, in diversa composizione, anche per le spese di legittimità.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezioni
Unite Civili della Corte suprema di Cassazione, il 26 febbraio 2019.

Il Consigliere estensore



Il Presidente

