

Civile Ord. Sez. U Num. 25665 Anno 2023

Presidente: RAIMONDI GUIDO

Relatore: NAPOLITANO LUCIO

Data pubblicazione: 04/09/2023



Corte di Cassazione - copia non ufficiale

ORDINANZA

sul ricorso 23687-2022 proposto da:

OFFICINA ELETTRICA S. VIGILIO DI MAREBBE S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE XXI APRILE 11, presso lo studio dell'avvocato prof. SALVATORE ALBERTO ROMANO, rappresentata e difesa dall'avvocato MEINHARD DURNWALDER;

- ricorrente -

contro

PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PO 22, presso lo studio dell'avvocato LUCA GRAZIANI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati ALEXANDRA ROILO, LUKAS PLANCKER, JUTTA SEGNA e FABRIZIO CAVALLAR;

- controricorrente -

nonché contro

COMUNE DI MAREBBE;

- intimato -

avverso la sentenza n. 82/2022 del TRIBUNALE SUPERIORE DELLE ACQUE PUBBLICHE, depositata il 27/04/2022.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 11/07/2023 dal Consigliere Dott. LUCIO NAPOLITANO;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale ROBERTO MUCCI, il quale chiede alle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione di rigettare il ricorso.

Rilevato che:

Con sentenza n. 82/2022, depositata il 27 aprile 2022, non notificata, il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche (di seguito TSAP), respinse il ricorso proposto dalla Officina Elettrica S. Vigilio di Marebbe S.p.A. (di seguito società o ricorrente), in persona del legale rappresentante pro-tempore, nei confronti della Provincia autonoma di Bolzano, anche in contraddittorio con il Comune di Marebbe, controinteressato, rimasto contumace, ricorso con il quale la società ricorrente aveva chiesto l'annullamento dei seguenti atti: 1) decreto n. 7147 del 13 maggio 2020 dell'Assessore per l'Ambiente e l'Energia della Provincia autonoma di Bolzano, che aveva dichiarato la decadenza in capo alla società della concessione D/1308 -

Derivazione d'acqua del Rio di S. Vigilio, Valli di Tamores e Rudo (elenco acque pubbliche n. E/80) a scopo idroelettrico in Comune di Marebbe; 2) comunicazione in data 6 settembre 2019 dell'Ufficio Gestione risorse idriche della Provincia autonoma di Bolzano, con la quale era rigettata la domanda della società di rinnovo della concessione presentata il 17 marzo 2017 ed era avviato il procedimento per la decadenza della medesima ai sensi dell'art. 30, comma 5, lett. a), della l.p. n. 2 del 2015; 3) provvedimento del 15 giugno 2020 dell'Ufficio Gestione risorse idriche della Provincia autonoma di Bolzano, con il quale era rigettata l'istanza della società di revisione in autotutela del decreto indicato *sub* 1) nella parte in cui aveva fatto carico alla società di sospendere l'esercizio dell'impianto nel termine di dieci giorni dalla notifica del decreto medesimo; 4) provvedimento in data 8 luglio 2020 dell'Ufficio Gestione risorse idriche della Provincia autonoma di Bolzano, con il quale, per quanto qui d'interesse, si denegava la richiesta di autorizzazione al proseguimento dell'attività dell'impianto idroelettrico D/1308, essendo stata la concessione D/138 "revocata"; 5) ogni altro atto connesso, presupposto e/o essenziale.

Avverso detta sentenza la società ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad otto motivi, cui resiste con controricorso la Provincia autonoma di Bolzano, mentre il Comune di Marebbe, anch'esso destinatario della notifica del ricorso ai fini del litisconsorzio processuale, è rimasto intimato.

In prossimità dell'adunanza per la trattazione camerale fissata ai sensi dell'art. 380 *bis* 1., cod. proc. civ., il Procuratore Generale ha depositato le conclusioni scritte di cui in epigrafe, chiedendo il rigetto del ricorso, mentre la ricorrente ha depositato memoria.

Considerato che:

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia, in relazione agli artt. 201, r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, 374 cod. proc. civ. e 360, n. 1), cod. proc. civ., eccesso di potere giurisdizionale, per sconfinamento nella sfera del potere legislativo, nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto infondato il motivo di ricorso della società, con la quale essa aveva lamentato che la Provincia non avrebbe potuto imporre il divieto di derivazione d'uso della derivazione a partire dal decimo giorno dalla comunicazione della decadenza.

2. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta violazione e/o falsa applicazione degli artt. 11 *bis* e 4, comma 1, ultimo periodo, della l. p. n. 17 del 1993 e dell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990, laddove la pronuncia impugnata, ritenendo nella fattispecie ricorrenti i presupposti per l'applicabilità dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, della l. p. n. 17/1993, ha escluso la violazione delle norme citate, in assenza della prescritta previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di rinnovo della concessione.

3. Con il terzo motivo la società denuncia «violazione e/o falsa applicazione, ex art. 360, comma 1, n. 3, del divieto di integrazione postuma dei provvedimenti amministrativi», rilevando che, la sentenza impugnata, in relazione al passaggio motivazionale già censurato con il motivo precedente, avrebbe violato il divieto d'integrazione postuma della motivazione dei provvedimenti amministrativi.

4. Con il quarto motivo la ricorrente censura la sentenza impugnata per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, comma 6 [*rectius* art. 30, comma 5, lett. a)] della l. p. n. 2 del 2015, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., nella parte in cui la sentenza impugnata ha escluso l'illegittimità tanto della comunicazione del 6 settembre 2019, quanto del decreto assessorile del 14 maggio 2020, che avevano giustificato la decadenza della

concessione in ragione della ricorrenza di una variante sostanziale (l'aumento del salto da m 23 a m 30,90) alla concessione mai richiesta, né quindi approvata.

5. Con il quinto motivo la società denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, comma 6, della l.p. n. 2 del 2015, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., nella parte in cui la sentenza impugnata ha escluso l'illegittimità della decadenza dalla concessione comminata in assenza della diffida all'eliminazione dei difetti ed inadempimenti rilevati, con assegnazione di termine adeguato al caso di specie, contestualmente alla previa contestazione scritta al concessionario dei difetti riscontrati e degli inadempimenti rilevati, sulla base della ritenuta applicabilità dell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990.

6. Con il sesto motivo la ricorrente denuncia la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 30, comma 6, della l.p. n. 2 del 2015, dell'art. 18 del r.d. n. 1775 del 1933 e degli artt. 24 e 113 Cost, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto legittimo il divieto d'uso dell'impianto nel termine di dieci giorni dalla notifica del decreto di decadenza, affermando che «il divieto d'uso è la conseguenza immediata ed automatica del venir meno della concessione» e che «la possibilità di continuare il predetto uso per ulteriori dieci giorni ha costituito una misura discendente dall'adeguata valutazione degli interessi del privato da parte della Provincia, in ossequio al principio di leale collaborazione che informa in sé il rapporto verticale tra la P.A. e i cittadini».

7. Con il settimo motivo la ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 della l. p. n. 2 del 2015, in relazione all'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., nella parte in cui la sentenza impugnata ha ritenuto che l'aumento del salto avrebbe rappresentato una variante sostanziale della concessione, mai

richiesta e quindi mai approvata dall'Amministrazione, con la conseguenza della ritenuta applicabilità delle disposizioni riguardanti le nuove concessioni, dovendo piuttosto, nella fattispecie, trovare applicazione la disciplina della modifica d'ufficio della concessione, ai sensi dell'art. 27, commi 1 e 3 della l. n. 2 del 2015, per errore nella fase di rilascio della concessione, essendo rimasto immutato lo stato dei luoghi dal 1989, anno di rinnovo della concessione, essendo intervenuto lo spostamento dell'opera di presa negli anni 1976 - 1977.

8. Con l'ottavo ed ultimo motivo, infine, la ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione dell'art. 17 del r.d. n. 1775/1933, quanto alla ritenuta legittimità, da parte della sentenza impugnata, del provvedimento di rigetto dell'istanza di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impianto, che, diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, sarebbe stato basato su una mera presunzione di non ricorrenza, nella fattispecie in esame, di un interesse generale alla prosecuzione dell'esercizio dell'impianto in oggetto.

9. Il primo motivo è inammissibile.

9.1. La sentenza in questa sede impugnata è stata emessa dal TSAP nell'ambito della giurisdizione speciale in unico grado nelle materie di cui all'art. 143 del r.d. n. 1775/1933.

Orbene, è noto che, per giurisprudenza costante di queste Sezioni Unite, in tema di sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni giurisdizionali rese dal giudice speciale amministrativo, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. L'ipotesi non ricorre nemmeno quando detto giudice, nello svolgimento della sua attività di interpretazione della disciplina, abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo

ovvero abbia determinato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, tutt'al più, un "error in iudicando", ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale (cfr., tra le altre, Cass. SU, ord. 26 novembre 2021, n. 36889).

9.2. Nella fattispecie in esame la ricorrente ha dedotto che il TSAP avrebbe operato, con la decisione impugnata, uno sconfinamento nella sfera di attribuzioni riservate al potere legislativo, creando una sanzione inesistente, la decadenza dalla concessione di derivazione, al di fuori dei casi in cui la normativa provinciale di riferimento tassativamente commina la decadenza.

Ora, di là dalla impropria qualificazione, da parte della ricorrente, della decadenza quale sanzione, è evidente – come pur agevolmente si rileva dall'esame dei successivi motivi, in particolare il quarto ed il quinto di ricorso, che di seguito verranno esaminati - che la ricorrente ha inteso piuttosto denunciare un tipico *error in iudicando* del TSAP, laddove ha ritenuto legittimi i provvedimenti impugnati sebbene, secondo parte ricorrente, nei fatti ascritti, pacifici, non fossero ravvisabili i presupposti perché venisse comminata la decadenza, sussunta erroneamente dall'Amministrazione provinciale autonoma di Bolzano nell'ipotesi di cui all'art. 30, comma 5, lett. a) della l. p. n. 2/2015.

Ne consegue, pertanto, l'inammissibilità, come sopra già rilevato del primo motivo di ricorso.

10. Il secondo ed il terzo motivo, tra loro strettamente connessi, possono essere trattati congiuntamente.

Essi sono fondati.

10.1. La l.p. Bolzano 22 ottobre 1993, n. 17, recante "Disciplina del procedimento amministrativo", al comma 1, inserito dalla l.p. 10 giugno 2008, n. 4", prevede che nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della

formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostino all'accoglimento della domanda, da ciò originandosi il successivo contraddittorio previsto dalla norma.

10.2. Queste Sezioni Unite (cfr. Cass. SU, ord. 30 settembre 2022, n. 28469) hanno quindi chiarito, specificamente con riferimento alla materia in esame, che «[i]n tema di derivazioni d'acqua per la produzione di energia elettrica secondo la disciplina della l.p. Bolzano n. 2 del 2015, il preavviso di rigetto, contenente la comunicazione dei motivi ostativi al rilascio della concessione, è prescritto, a pena di annullabilità del provvedimento finale, per tutti i procedimenti ad iniziativa di parte, salvo che - nel testo dell'art. 10 bis della l. n. 241 del 1990 vigente fino al 16 luglio del 2020 - per le procedure concorsuali ad evidenza pubblica».

10.3. Nel caso di specie il TSAP ha disatteso le censure con le quali la ricorrente si era doluta dell'omissione del preavviso di rigetto sul presupposto che nella fattispecie in esame il citato art. 11 *bis* non trovasse applicazione ai sensi dell'ultimo periodo della stessa norma, vertendosi di provvedimento in forma semplificata, per la manifesta irricevibilità, inammissibilità o infondatezza dell'istanza.

In realtà, in sede di una più puntuale verifica del contenuto del primo provvedimento impugnato, la comunicazione dell'Autorità del 6 settembre 2019, se ne sarebbe dovuta rilevare la duplicità di contenuto - l'uno relativo al rigetto (pacificamente non preceduto dal relativo preavviso) dell'istanza di rinnovo della concessione di derivazione sul presupposto che si era accertata una variante sostanziale dell'originaria concessione, mai richiesta né quindi assentita (aumento del salto dall'originaria quota di m 23 a m 30,90 con aumento della potenza nominale media dell'impianto originariamente di 212 KW - l'altro di avvio, con espressa avvertenza ai sensi del succitato art. 17 *bis* della l. p. n. 17/1993, del

procedimento per la decadenza della concessione in virtù della quale l'impianto era stato sino allora esercitato.

In sostanza, in difetto di previo contraddittorio, si è adottato un provvedimento negativo per la ricorrente (diniego dell'istanza di rinnovo della concessione), sulla base di un presupposto di fatto ritenuto integrante una causa di decadenza dell'originaria concessione, senza che fosse prima accertata la causa di decadenza medesima (notificata poi con il successivo decreto assessorile) per il cui procedimento si è invece seguito il corretto modello procedimentale.

È chiaro, tuttavia, alla stregua di quanto sopra osservato, che la sentenza impugnata, che ha ritenuto nella fattispecie non necessario il preavviso di rigetto sull'istanza di rinnovo della concessione, per un verso non ha fatto corretta applicazione del principio di diritto di cui al citato arresto di queste Sezioni Unite, e, per l'altro, in modo non congruente con lo stesso tenore della summenzionata comunicazione dell'Autorità del 6 settembre 2019, è incorsa nel enunciato vizio concernente l'integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato. Costituisce, infatti, nella giurisprudenza amministrativa, espressione d'indirizzo consolidato il principio secondo il quale «[n]el processo amministrativo l'integrazione in sede giudiziale della motivazione è ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento - nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta - oppure attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida», restando, invece, inammissibile, un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi» (cfr., tra le molte, più di recente, Cons. Stato sez. 4, 30 gennaio 2023, n. 1096; Cons. Stato sez. 3, 28 novembre 2022, n. 10448).

11. Anche il quarto ed il quinto motivo, anch'essi suscettibili di trattazione congiunta in quanto intimamente connessi, sono fondati nei termini di seguito chiariti.

Le cause di decadenza dalla concessione di derivazione, quali previste dall'art. 30 della l. n. 2/2015, devono ritenersi tassative.

L'Autorità ha ritenuto che nella fattispecie in esame i fatti – come innanzi detto, pacifici – comportassero la decadenza dalla concessione ai sensi dell'art. 30, comma 5, lett. a) della citata l. n. Bolzano n. 2/2015, per cui il concessionario decade dal diritto di derivare e di utilizzare l'acqua concessa «per il cattivo uso della risorsa in relazione ai fini dell'utilizzazione, ovvero per uno diverso da quello oggetto di concessione».

11.1. Premesso che l'oggetto della contestazione – riferito alla modifica nel corso degli anni delle originarie caratteristiche tecniche riguardanti l'aumento del salto e della potenza nominale media dell'impianto - non sembra oggettivamente riconducibile alle ipotesi previste dalla citata norma, è dirimente osservare che – quand'anche si dovesse ritenere che l'oggetto della contestazione fosse sussumibile nelle ipotesi di decadenza sopra citate, come ritenuto dall'Autorità nel provvedimento di decadenza (decreto assessorile n. 7417/20, ritenuto legittimo dalla sentenza impugnata- ne consegue che risulterebbe comunque violata la disposizione di cui al comma 6 dell'art. 30 medesimo, che stabilisce che «[l]a decadenza della concessione può essere dichiarata solo previa contestazione scritta al concessionario dei difetti riscontrati e degli inadempimenti rilevati, con contestuale diffida alla loro eliminazione entro un termine ragionevole adeguato nel caso di specie».

11.2. La sentenza impugnata ha ritenuto legittimo il decreto assessorile sul presupposto dell'applicabilità dell'art. 21 *octies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 in ragione della natura vincolata del

provvedimento, ritenendo che i fatti fossero riconducibili alla previsione dell'art. 19, comma 4 della l.p. n. 2/15.

In disparte ogni valutazione circa la mancata considerazione, da parte della sentenza impugnata, dell'applicabilità o meno, nel giudizio svoltosi dinanzi al TSAP, della modifica introdotta all'art. 21 *octies* della l. n.241/1990, dall'art. 12, comma 1, lett. i), del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, che ha aggiunto al comma 2 il seguente periodo: «La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'art. 10 *bis*», appare in proposito sufficiente osservare quanto segue.

Il giudizio di legittimità espresso dal TSAP sul decreto assessorile di decadenza dalla concessione opera un'indebita commistione di piani tra la questione del previo contraddittorio nel procedimento di decadenza, che vi è stato, e l'obbligo per l'Amministrazione, sancito dall'art. 30, comma 6, della l.p. n. 2/2015, laddove contesti un'ipotesi di decadenza, ritenendola sussistente ai sensi del precedente comma 5 dell'art. 30, di dichiararla solo previa contestazione scritta al concessionario dei difetti riscontrati e degli inadempimenti rilevati, «con contestuale diffida alla loro eliminazione entro un termine adeguato al caso di specie».

Viceversa il decreto assessorile n. 7417/2020 ha dichiarato la decadenza dalla concessione ai sensi, come detto, dell'art. 30, comma 5, lett. a) della l.p. Bolzano n. 2/2015, omettendo detta diffida ed anzi statuendo il pressoché immediato "divieto d'uso" dell'impianto, limitandosi a concedere un termine di dieci giorni al fine di sospendere l'esercizio dell'impianto medesimo, assolutamente incompatibile con le finalità connesse all'obbligo di previa diffida all'eliminazione dei riscontrati inadempimenti.

11.3. Alla stregua di quanto osservato, i motivi in esame vanno accolti, ciò comportando l'assorbimento dei restanti motivi.

12. In conclusione il ricorso va accolto nei termini sopra indicati, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio al TSAP in diversa composizione per nuovo esame.

13. Resta demandata al giudice di rinvio la disciplina delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche in diversa composizione, cui demanda anche di provvedere in ordine alle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma l'11 luglio 2023