

Rilevato in fatto

che l'Enel, titolare delle concessioni di grandi derivazioni di Val Schener e Moline, ha convenuto, con atto del 31 ottobre 2000, con la s.p.a. Primiero Energia, costituita dall'Azienda Consorziale Servizi Municipalizzati di Primiero, sorta in attuazione del d.p.r. n. 235 del 1977 che prevedeva la possibilità per gli enti locali di esercitare attività nel comparto energetico, di avviare l'iter della cessione degli impianti e delle relative concessioni;

che, con determinazione dirigenziale del 21 giugno 2001, la provincia di Trento, subentrata nell'esercizio delle funzioni statali in materia di grandi derivazioni d'acqua a scopi idroelettrici in Trentino, ha concesso il nulla osta al subingresso di Primiero Energia nella titolarità delle concessioni di cui si tratta, senza tuttavia avere previamente raggiunto, come previsto dal d. lgs. n. 112/1998, l'intesa con la regione Veneto, la quale, per tale ragione, ha sollevato conflitto d'attribuzione davanti alla corte costituzionale;

che, nell'atto pubblico del 19 ottobre 2001 di trasferimento degli impianti, nel cui possesso Primiero Energia peraltro già si era immessa, le parti, dato atto della pendenza del conflitto di attribuzioni, hanno convenuto che la cessionaria avrebbe tenuto indenne Enel Produzione s.p.a., frattanto succeduta a Enel, da ogni responsabilità o pregiudizio conseguente ad eventuali controversie aventi ad oggetto la legittimità del nulla osta al subingresso nelle concessioni rilasciato dalla provincia di Trento, la quale, in data 28 gennaio 2002, ha provveduto anche ad attribuire la titolarità delle concessioni stesse a Primiero Energia;

che, con sentenza del 24 marzo 2005 n. 133, la corte costituzionale ha annullato il nulla osta al subingresso nelle concessioni rilasciato dalla provincia di Trento per non essere stato preceduto dall'intesa con la regione Veneto e quindi la provincia, con provvedimento del 27 maggio 2005, ha annullato il provvedimento di volturazione del 28 gennaio 2002, facendo salvi in via provvisoria tutti gli effetti già prodotti e concedendo in via provvisoria un nuovo nulla osta, in attesa del perfezionamento dell'intesa con la regione Veneto;

che questo provvedimento, su ricorso di Enel Produzione, la quale ha lamentato che la salvezza degli effetti prodotti dal provvedimento del 28 gennaio 2002 avrebbe potuto precluderle l'esercizio dell'azione risarcitoria, è stato annullato dal tsap con sentenza n. 182 del 2007, passata in giudicato con la quale si è affermato che: " ..se può ammettersi il riconoscimento di situazioni di fatto prive di regolamentazione per l'annullamento dell'atto presupposto, non può, invece, sanarsi o convalidarsi un atto annullato, atteso che le figure giuridiche di convalidazione dell'atto tendono alla eliminazione degli eventuali vizi, ma se l'atto è già stato eliminato dal mondo giuridico per effetto di una decisione giurisdizionale di annullamento, potrà procedersi solo alla rinnovazione dell'atto stesso, ma non già alla sua convalida o alla sua sanatoria (cfr. anche art. 14 l.n. 15/05)";

che, con provvedimento del 29 febbraio 2008, la provincia di Trento, ritenuto che la legge regionale del Veneto 26 novembre 2006, n. 23 e la legge della provincia di Trento del 5 febbraio 2007, n. 1, di ratifica e recepimento dell'accordo intercorso tra i due enti il 25 e 29 novembre 2005, superavano con efficacia *ex tunc* gli originari vizi di legittimità evidenziati sia dalla corte costituzionale che dalla sentenza del tsap n. 182 del 2007, ha riconosciuto la Primiero Energia come titolare delle concessioni di grande derivazione di cui si tratta con decorrenza dal 19 ottobre 2001, data dell'atto pubblico di cessione degli impianti da parte di Enel Produzione;

che, con sentenza del 1° luglio 2009, il tsap ha rigettato il ricorso proposto da Enel Produzione nei confronti di tale provvedimento, affermando che: 1) Enel Produzione è legittimata e ha interesse ad agire perché, come già rilevato con la sentenza n. 182 del 2007, nel contratto di cessione degli impianti del 19 ottobre 2001, le parti, a garanzia della posizione di Enel, avevano espressamente convenuto di considerare il subentro di Primiero Energia nelle concessioni presupposto essenziale dell'efficacia dell'atto e di tenere indenne Enel da ogni responsabilità o pregiudizio conseguente all'esito delle controversie sulla legittimità del nulla osta, con la conseguenza che, in mancanza di un valido nulla osta la volturazione delle concessioni probabilmente sarebbe stata procrastinata; 2) il

provvedimento impugnato non viola il giudicato né l'art. 21 *nonies*, 2° comma della legge n. 241 del 1990, perché si fonda su una specifica autorizzazione legislativa volta a superare i vizi che inficiavano la determinazione amministrativa annullata; 3) non era necessaria la comunicazione dell'avvio del procedimento in quanto si trattava di concludere un procedimento di trasferimento di titolo concessorio non connotato da margini di discrezionalità e in relazione al quale Enel aveva già manifestato il suo assenso; 4) il provvedimento impugnato non viola l'art. 17 del r.d. n. 1775 del 1933, che escluderebbe l'efficacia retroattiva delle concessioni in sanatoria, perché la disposizione richiamata disciplina la fattispecie delle derivazioni abusive, diversa da quella di cui è causa; 5) il provvedimento ha potuto disporre il trasferimento delle concessioni a far data dall'atto pubblico di cessione degli impianti del 19 ottobre 2001 perché i vizi procedurali accertati dalla corte costituzionale e dalla precedente sentenza del tsap sono stati rimossi dalle leggi, regionale e provinciale, non potendosi condividere l'affermazione secondo la quale tali norme non potrebbero avere efficacia retroattiva perché inciderebbero su rapporti esauriti;

che avverso la sentenza del tsap Enel Produzione ha proposto ricorso per cassazione articolato in otto motivi ai quali resistono la provincia di Trento, che ha anche proposto ricorso incidentale affidato a un unico motivo, e Primiero Energia, e che la stessa controricorrente e la ricorrente principale hanno presentato memorie illustrative;

che il procuratore generale ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso principale e del ricorso incidentale;

ritenuto in diritto

che con la presente ordinanza viene sollevata questione di legittimità costituzionale della legge della regione Veneto 23 novembre 2006, n. 23 e della legge della provincia autonoma di Trento del 5 febbraio 2007 n. 1, di ratifica ed esecuzione dell'accordo sottoscritto il 25 e 29 novembre 2005, avente ad oggetto l'esercizio delle funzioni amministrative relative alle grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico interessanti il territorio dei predetti enti, in relazione agli artt. 3, 104 e 117 cost.;

che, allo scopo di motivare in ordine alla rilevanza della questione di costituzionalità è necessario esaminare altresì le questioni di ammissibilità del ricorso principale e del ricorso incidentale della provincia di Trento, che, essendo proposti nei confronti della stessa sentenza, debbono essere riuniti;

che, a tal fine, appare infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale sollevata dalla provincia di Trento sulla base del rilievo che il ricorso stesso sarebbe diretto apparentemente a far valere violazioni di legge e vizi di motivazione, ma sostanzialmente sarebbe volto ad ottenere una nuova pronuncia sulle censure proposte davanti al tsap e dallo stesso tribunale respinte, con motivazione che non sarebbe censurabile se non per inesistenza, contraddittorietà e mera apparenza, sia perché per effetto delle modificazioni introdotte all'art. 360 c.p.c. con l'art. 2 della legge n. 40 del 2006, con il ricorso ex art. 111 cost. possono essere fatti valere tutti i vizi di motivazione indicati nel primo comma n. 5 della stessa disposizione, sia perché la ricorrente ha formulato specifiche censure nei confronti della sentenza impugnata e non si è limitata a riproporre quelle dedotte davanti al tribunale;

che del pari infondata appare la stessa eccezione formulata dalla provincia in relazione alla pretesa violazione dell'art. 360 bis c.p.c. per l'assorbente ragione che la norma invocata è inapplicabile nella specie *ratione temporis* in quanto la sentenza impugnata è stata pubblicata il 1° luglio 2009 mentre la norma è entrata in vigore il 4 luglio successivo e si applica ai ricorsi proposti avverso provvedimenti pubblicati successivamente;

che non merita accoglimento neppure l'eccezione d'inammissibilità del ricorso principale formulata dalla Primiero Energia sul rilievo che il sindacato di questa corte nei confronti delle sentenze del tsap sarebbe limitato al controllo del rispetto dei limiti esterni e non anche a quello dei limiti interni, perché avverso le sentenze del tsap il ricorso per cassazione è ammesso per tutti i motivi indicati nell'art. 201 del r.d. n. 1775 del 1933 e ai sensi dell'art. 111 cost, così come applicabile alla stregua dell'art. 360, 4° comma c.p.c.;

che, in ordine logico, sia pure nei limiti imposti dalla natura del presente provvedimento, deve essere esaminato innanzi tutto il ricorso incidentale con il quale la provincia di Trento lamenta che il tsap abbia immotivatamente rigettato l'eccezione di difetto di interesse ad agire e di legittimazione attiva di Enel Produzione in relazione alle circostanze che l'acquisizione delle concessioni nel 1988 era avvenuta in via temporanea, che le concessioni erano comunque già scadute nel 1999 e che sarebbero state rinunciate se si fosse verificata la condizione (effettivamente realizzatasi) del recupero delle grandi derivazioni alle utilizzazioni locali; che rispetto alle impugnazioni in sede giurisdizionale dei provvedimenti di volturazioni del 2002 e del 2005 Enel Produzione aveva tenuto un comportamento acquiescente;

che il ricorso incidentale appare inammissibile perché ripropone un'eccezione già proposta davanti al tsap senza indicare specifiche censure alla decisione di rigetto fondata sul rilievo che dalle clausole del contratto di alienazione degli impianti del 19 ottobre 2001 emergeva che il valido trasferimento delle concessioni a Primiero Energia era stato considerato dalle parti naturale presupposto giuridico del contratto stesso e che, in relazione a detta circostanza e all'eventualità che insorgessero controversie sulla legittimità del trasferimento delle concessioni, erano state previste anche garanzie per l'Enel, che avrebbe avuto interesse a procrastinare la volturazione in caso di mancanza di valido nulla osta;

che, quanto al ricorso principale, con l'ottavo motivo, da esaminare prioritariamente, stante l'autonomia della questione sollevata rispetto a quelle oggetto dei restanti motivi, la ricorrente critica la sentenza impugnata per avere escluso, in violazione della legge n. 241 del 1990 e della legge provinciale n. 23 del 1992, la necessità della notifica dell'avvio del procedimento amministrativo concluso con il nulla osta al trasferimento delle concessioni, sulla base dei rilievi della partecipazione di Enel a tale procedimento, mediante espressione dell'assenso al trasferimento stesso, e del carattere vincolato dell'attività, rilievi che sarebbero errati sia perché l'assenso sarebbe stato espresso in relazione ai diversi procedimenti amministrativi conclusi con l'emissione dei provvedimenti del 2002 e del 2005, annullati in sede giurisdizionale e rispetto ai quali il procedimento di

secondo grado concluso con il provvedimento impugnato davanti al tsap sarebbe nuovo, sia perché la non necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento per essere l'attività amministrativa a contenuto vincolato deve essere oggetto di espressa eccezione di parte, mentre nella specie il tsap avrebbe pronunciato in mancanza di tale eccezione e della prova della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento di tale eccezione;

che il motivo non appare meritevole di accoglimento perché il tsap ha accertato che Enel ha partecipato al procedimento amministrativo concluso con il provvedimento di trasferimento delle concessioni a Primiero Energia, rispetto al quale la ricorrente aveva già prestato il suo assenso, il che è sufficiente ad escludere ogni effetto pregiudizievole in ipotesi derivante dalla violazione del diritto al contraddittorio, anche se detto procedimento, che non risulta attuato da organi diversi da quelli in precedenza interessati, è conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un precedente provvedimento traslativo e dovendo, anzi, da tale circostanza dedursi la natura vincolata del provvedimento da emanare (che esclude l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990), peraltro già legittimamente accertata dal tsap non essendo necessaria un'apposita eccezione in senso stretto dell'amministrazione (cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2008, n. 4414);

che, con il quarto e quinto motivo, si denuncia la violazione del principio generale dell'irretroattività degli atti amministrativi, specialmente se restrittivi e lesivi delle situazioni giuridiche soggettive dei privati e si lamenta che sia stata infondatamente e, comunque, immotivatamente respinta la tesi secondo la quale la concessione in sanatoria prevista dall'art. 17, 2° comma del r.d. n. 1775/1933, per l'ipotesi di esercizio di derivazione in mancanza di titolo concessorio, alla quale è equiparabile la fattispecie concreta di esercizio senza valido nulla osta, ha per legge efficacia *ex nunc*;

che, a parte il rilievo del principio generale di irretroattività degli atti amministrativi, che sarà oggetto di successiva disamina, i motivi non sembrano avere fondamento per il rilievo che la fattispecie di cui si tratta, come correttamente osservato dal tsap, non rientra nella previsione dell'art. 17 del r.d. n. 1775 del 1933, avente ad oggetto le derivazioni o

utilizzazioni abusive, ma in quella dell'art. 20 dello stesso t.u. che disciplina il procedimento per il trasferimento della titolarità delle concessioni, subordinandolo al nulla osta dell'amministrazione competente (nel testo della disposizione, come originariamente formulata, indicata nel ministero dei lavori pubblici) e peraltro, nel silenzio della legge, non potendosi da un lato ritenere esclusa dallo stesso art. 17 (trib. Sup. acque 30 ottobre 1995, n. 86) una sia pur limitata retroattività delle concessioni in sanatoria, e dall'altro essendosi già affermato (cass. n. 1457/1993) che, nell'ipotesi di cui all'art. 20 trova applicazione il principio della normale irretroattività del provvedimento amministrativo;

che con i primi tre motivi, nonché con il sesto e il settimo motivo, si solleva la questione della legittimità della decorrenza degli effetti del trasferimento delle concessioni dal 19 ottobre 2001 disposta con il provvedimento impugnato davanti al tsap;

che, in particolare: con il primo motivo, si sostiene che, rigettando l'impugnazione del provvedimento n. 37 del 2008, che, ha concesso il nulla osta al subingresso di Primiero Energia a decorrere dal 19 ottobre 2001, la sentenza impugnata ha eluso il giudicato formatosi sulla sentenza del tsap n. 182 del 2007 che aveva annullato il provvedimento n. 95 del 2005 il quale, invece di procedere alla rinnovazione della volturazione delle concessioni con effetto *ex nunc*, ne aveva fatto salvi gli effetti prodotti; con il secondo e il terzo motivo si deduce che erroneamente e comunque immotivatamente è stata rigettata la tesi secondo la quale un ulteriore profilo di elusione del precedente giudicato deriva dalla affermazione, contrastante con la diversa opinione espressa dalla sentenza del tsap del 2007, secondo la quale la retroattività degli effetti delle concessioni assentite a Primiero Energia sarebbe stata autorizzata dall'art. 10 dell'accordo tra la provincia di Trento e la regione Veneto del 29 novembre 2005; con il sesto motivo la ricorrente sostiene che erroneamente il tsap avrebbe ritenuto che con la legge regionale n. 23 del 2006 e la legge provinciale n. 1 del 2007, di ratifica ed esecuzione dell'accordo tra provincia e regione sarebbe stata attribuita alla provincia di Trento l'autorizzazione a concedere il nulla osta al trasferimento delle concessioni con effetti retroattivi, mentre la loro portata consisterebbe soltanto nella

rimozione del vizio derivante dalla mancata intesa tra gli enti; con il settimo motivo, si lamenta che le leggi, regionale e provinciale, e il relativo accordo tra regione e provincia non potrebbero che valere per il futuro e non potrebbero avere effetti retroattivi per il principio dell'intangibilità dei rapporti esauriti, quali quelli dedotti in giudizio, definiti con le sentenze della corte costituzionale e del tsap n. 182 del 2007;

che il tsap ha rigettato l'eccezione di giudicato in quanto la retroattività degli effetti del provvedimento impugnato si fonda su una specifica autorizzazione legislativa e ha superato i dubbi di legittimità della legge regionale e di quella provinciale, derivanti dalla violazione del limite dell'intangibilità dei rapporti esauriti negando (implicitamente) che, a seguito della sentenza della corte costituzionale e della precedente sentenza del tsap, siano stati esauriti gli effetti dei rapporti esistenti tra le parti;

che il giudicato che si sarebbe formato sulla sentenza del tsap del 2007 non può ritenersi inoperante per il solo fatto che il provvedimento amministrativo del 27 maggio 2005, annullato a causa della retroattività dei suoi effetti, avesse natura di nulla osta provvisorio e di salvezza sempre provvisoria degli effetti prodotti dal provvedimento del 28 gennaio 2002, annullato dalla corte costituzionale e che, pertanto, l'esame dei primi tre motivi e del sesto e settimo motivo del ricorso principale deve essere operato sulla base dell'accordo tra la provincia e la regione del 25/29 novembre 2005, ratificato con le leggi n. 26 del 2006 della regione Veneto e n. 1 del 2007 della provincia di Trento;

che la legge regionale e la legge provinciale, hanno ratificato il predetto accordo, allegato alle leggi stesse e che pertanto il testo dell'accordo ha valore normativo, ai sensi dell'art. 117, ottavo comma cost.;

che l'art. 10 dell'accordo, al comma 1, dopo aver dato atto dell'alienazione degli impianti effettuata da Enel Produzione a Primiero Energia il 19 ottobre 2001 contiene l'assenso della regione al subentro di Primiero Energia nella concessione di derivazione con la stessa decorrenza del 19 ottobre 2001 e nei commi da 3 a 7 disciplina il riparto tra gli enti

territoriali dei canoni riscossi e da riscuotere per il periodo dal 20 ottobre 2001 al 19 ottobre 2006;

che, pertanto, appare condivisibile la tesi del tsap secondo cui il dedotto giudicato impeditivo della retroattività degli effetti del provvedimento di trasferimento delle concessioni sarebbe superato dalla disciplina dettata con le leggi regionale e provinciale e dall'accordo al quale le stesse fanno rinvio recettizio;

che, tuttavia, può dubitarsi che la retroattività della disciplina risultante dagli atti normativi indicati sia conforme a Costituzione e deve ritenersi, oltre che rilevante per le ragioni già indicate, anche non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disciplina da tali atti dettata per le ragioni di seguito indicate;

che, a fronte della laconica disciplina contenuta nell'art. 20 del t.u. del 1933, è dubbio che possa riconoscersi natura di principio fondamentale della materia all'irretroattività dei provvedimenti di trasferimento delle concessioni di derivazione, adottati in conseguenza di annullamento di precedente provvedimento di identica natura, potendo solo delinearsi un possibile conflitto con il principio generale secondo cui gli atti amministrativi limitativi delle situazioni giuridiche dei privati hanno, almeno di regola, effetti solo per il futuro, salvo che il contrario non sia previsto dalla legge ovvero derivi dalla natura dell'atto e che pertanto non può sorgere un fondato dubbio di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, 3° comma, degli atti normativi indicati, aventi ad oggetto la produzione dell'energia elettrica, e cioè materia di legislazione regionale concorrente;

che, tuttavia, essendo pacifico che l'accordo e le leggi di ratifica della regione Veneto e della provincia di Trento sono entrati in vigore in pendenza del giudizio davanti al tsap, definito con sentenza 3 dicembre 2007, n. 182 di annullamento del nulla osta provvisorio del 2005, e prima che fosse iniziato l'attuale giudizio, che, come già rilevato, ha ad oggetto la valutazione dell'eccezione di elusione del giudicato formatosi sulla predetta sentenza, si pone il problema di accertare se la richiamata disciplina legislativa si ponga in contrasto con i limiti che, secondo la

giurisprudenza della corte costituzionale e della corte di Strasburgo, incontra il legislatore (al di fuori della materia penale) nell'attribuire effetti retroattivi alle nuove norme;

che, secondo la corte costituzionale, le norme di interpretazione autentica ovvero le norme innovative con efficacia retroattiva sono costituzionalmente legittime purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, quali il principio di eguaglianza; la tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla sicurezza giuridica e cioè sulla certezza dell'ordinamento giuridico, specialmente in materia processuale, quale essenziale elemento dello Stato di diritto; il rispetto della funzione giudiziaria (con il conseguente divieto di intervenire sugli effetti del giudicato e sulle fattispecie *sub judice*) (corte cost. n. 170/2008, 416/1999, 111/1998, 211/1997, 311/1995, 397/1994);

che non appare, dunque, manifestamente infondato il dubbio sulla legittimità costituzionale della disciplina risultante dagli atti normativi di cui si tratta per contrasto con gli articoli 3 e 104 cost., dai quali sono tutelate le esigenze di ragionevolezza, di eguaglianza, di tutela dell'affidamento e di rispetto della funzione giurisdizionale;

che, inoltre, la corte di Strasburgo (21 giugno 2007, Scanner de L'Ouest Lyonnais; 28 ottobre 1999, Zielinski e 9 dicembre 1994, Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis) ha affermato che, pur non essendo in linea di principio precluso al legislatore di intervenire in materia civile con nuove disposizioni retroattive, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'art. 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse general, e che la garanzia della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari;

che la disciplina di cui si tratta incide negativamente sulla sfera giuridica dell'Enel Produzione, che per effetto della stessa si vede privata della garanzia dell'esonero da ogni responsabilità o pregiudizio "conseguenti ad eventuali controversie in ordine alla legittimità e all'eshaustività del nulla osta al sub ingresso" (art. 7 del contratto 19 ottobre 2001) e non appare dettata da motivi imperativi di interesse generale;

che, il contrasto tra la norma interna e la norma CEDU si traduce in una violazione dell'art. 117, 1° comma cost. (corte cost. n. 348 e 349 del 2007, n. 311/2009) che autorizza a sollevare questione di costituzionalità, nel caso in cui, come nella specie, il tenore letterale delle disposizioni interne non consenta una interpretazione delle stesse conforme a quella delle norme convenzionali;

P.Q.M.

la corte dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della regione Veneto 23 novembre 2006 n. 25 e degli articoli 1 e 2 della legge della provincia di Trento del 5 febbraio 2007, n. 1, in relazione all'art. 10 dell'accordo sottoscritto dalla provincia il 25 novembre 2005 e dalla regione il 29 novembre 2005 per contrasto con gli articoli 3, 104 e 117 Cost., comma 1, e art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e la sospensione del presente giudizio.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa, al Presidente della Giunta Regionale del Veneto, al Presidente della Giunta Provinciale di Trento, al Presidente del Consiglio Regionale del Veneto e al Presidente del Consiglio Provinciale di Trento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 26 ottobre 2010

Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA

Il presidente
[firma]

Depositata in Cancelleria



oggi, **20 LUG. 2011** 14

Il Funzionario Giudiziario
Giovanni GIAMBATTISTA