

Produzione di energia e direttiva Bolkestein: il caso delle concessioni mini-idro

Angela Correra*

1. La delimitazione del perimetro applicativo della direttiva 2006/123/CE¹, comunemente nota come *direttiva Servizi* o *Bolkestein*, continua a costituire uno dei nodi interpretativi più complessi nel punto di intersezione tra il diritto dell'Unione europea e il riparto interno di competenze tra Stato e Regioni. Come è noto, il legislatore dell'Unione impone agli Stati membri di assoggettare a procedure di selezione ad evidenza pubblica, trasparenti e imparziali, il rilascio di autorizzazioni per l'esercizio di attività economiche qualora il loro numero sia limitato dalla scarsità delle risorse naturali, sancendo il contestuale divieto di rinnovi automatici o proroghe *ex lege*.

In Italia, la disciplina fondamentale in materia di utilizzo del demanio idrico affonda le proprie radici nello storico Testo Unico di cui al Regio Decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, che opera una distinzione di regime tra grandi e piccole derivazioni (fissando la soglia discriminante a 3.000 kW di potenza nominale media annua) e stabilisce, all'art. 21, una durata massima concessoria pari a trent'anni. Ma, se il comparto delle grandi derivazioni è stato progressivamente attratto in logiche di riassegnazione competitiva sulla spinta delle norme di liberalizzazione dell'energia (a partire dall'art. 12 del D.Lgs. n. 79/1999, c.d. decreto Bersani, e dalle connesse vicende eurounitarie), le piccole derivazioni sono rimaste, invece, incardinate nella disciplina degli articoli 28 e 30 del T.U. del 1933, che prevedono forme di rinnovo preferenziale in presenza della persistenza del pubblico interesse all'uso della risorsa.

* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università Pegaso.

¹ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Per una ricostruzione d'insieme della direttiva Servizi, v. C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *CMLR*, vol. 45, 2008, p. 323 ss.; V. HATZOPOULOS, *Regulating Services in the European Union*, Oxford, 2012.

La pronuncia resa dalla Seconda Sezione della Corte di giustizia il 3 settembre 2026 nella causa C-653/24² si inserisce in un annoso dibattito interno, giungendo a definire la natura giuridica dell'attività di generazione elettrica rispetto alle categorie fondamentali del mercato interno e al ruolo strategico del comparto idroelettrico per la transizione ecologica e gli obiettivi del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC).

In ogni caso, l'interesse della pronuncia va oltre la soluzione del caso concreto. Infatti, il punto da verificare è se essa consenta di ricostruire un criterio di metodo per le concessioni su beni pubblici nel quale la qualificazione dell'attività economica preceda, e non segua, l'accertamento della scarsità della risorsa. Su questa sequenza, e sui suoi limiti, si concentra la presente segnalazione, che sia pure brevemente, intende distinguere ciò che la Corte ha effettivamente deciso dalle questioni che restano aperte sul terreno dell'art. 49 TFUE e del diritto settoriale dell'energia.

2. La controversia, approdata dinanzi ai giudici dell'Unione, trae origine dal ricorso in via principale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri italiano dinanzi alla Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità dell'articolo 3 della Legge Regionale dell'Emilia-Romagna 28 dicembre 2023, n. 17. Tale norma consente ai titolari di concessioni di derivazione d'acqua ad uso idroelettrico relativi a impianti con potenza nominale media annua pari o inferiore a 3.000 kW (il c.d. *mini-idro*) di richiedere l'allineamento della durata della concessione al periodo di riconoscimento degli incentivi statali per la produzione da fonti rinnovabili, rimanendo comunque entro il tetto massimo trentennale previsto dalla legge statale.

Il Governo italiano ha censurato la disposizione regionale, adducendo la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 49 TFUE e all'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE. Nella prospettiva statale, la possibilità di disporre il prolungamento temporale della concessione, in assenza di una contestuale gara ad evidenza pubblica, si porrebbe in contrasto con il divieto unionale di rinnovo automatico delle autorizzazioni che insistono su risorse naturali scarse. Il ricorso statale lamentava altresì la lesione del riparto di competenze di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), e terzo comma, Cost., nelle materie «tutela della concorrenza» e «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia»: si tratta di parametri autonomi rispetto a quello eurounitario, sui quali la Corte

² Corte giust. 3 settembre 2026, C-653/24, *Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Emilia-Romagna*.

costituzionale potrà pronunciarsi a prescindere dall'esito del rinvio pregiudiziale.

A fronte della contrapposizione tra le ragioni della tutela della concorrenza avanzate dal Governo e le esigenze di programmazione energetica ed ecologica difese dalla Regione Emilia-Romagna, la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 161/2024, ha sospeso il giudizio e sottoposto alla Corte di giustizia tre quesiti pregiudiziali ai sensi dell'art. 267 TFUE. In primo luogo, la Consulta ha chiesto se l'art. 12, parr. 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE sia applicabile a impianti che svolgono attività di mera produzione di energia elettrica, quali quelli di piccola derivazione idroelettrica. In caso di risposta affermativa al primo quesito, la Consulta ha domandato poi se la scarsità della risorsa naturale potesse essere accertata sulla base di un criterio generale e astratto, quale quello fondato sulla soglia dei 3.000 kW che distingue, nell'ordinamento nazionale, le grandi dalle piccole derivazioni idroelettriche. Soltanto nell'ulteriore ipotesi di risposta affermativa anche al secondo quesito, la Corte costituzionale ha richiesto se l'art. 12, par. 2, ostasse a una disciplina che consente di prolungare la concessione per permettere al concessionario di fruire integralmente degli incentivi ottenuti, fermo il limite massimo trentennale previsto dalla legislazione statale.

Il rinvio non soltanto sollecita una delimitazione dell'ambito materiale della direttiva Servizi, ma soprattutto impone di stabilire l'ordine logico delle verifiche richieste dall'art. 12. Pertanto, prima di interrogarsi sulla scarsità della risorsa e sulle modalità di selezione, occorre accertare se l'attività cui il titolo consente l'accesso costituisca, in via principale, un servizio ai sensi della direttiva. È su questo antecedente qualificatorio che si concentra la risposta della Corte e, come si vedrà, proprio tale passaggio consente di distinguere il caso delle piccole derivazioni idroelettriche da quello delle concessioni demaniali marittime a finalità turistico-ricreativa.

3. Il cuore della *quaestio juris* esaminata dai giudici dell'Unione risiede, dunque, nell'esegesi degli artt. 2, par. 1, e 4, punto 1, della direttiva 2006/123/CE, finalizzata a stabilire se la produzione di energia elettrica possa o meno rientrare nella nozione di “servizio” rilevante ai fini della disciplina dell'Unione.

Nello sviluppare la propria argomentazione, la Corte di giustizia si è posta in continuità con il consolidato orientamento giurisprudenziale, maturato a

partire dalle note sentenze *Almelo*³ ed *ECO-WIND Construction*⁴. Difatti, i giudici dell'Unione hanno ribadito che l'energia elettrica possiede una natura intrinsecamente merceologica e deve essere qualificata come un "bene" o un "prodotto"⁵; di talché, l'attività che consiste nella fabbricazione o generazione di un bene non può, in quanto tale, essere qualificata come una prestazione di servizi⁶. Peraltro, tale lettura trova sistematico conforto in una pluralità di indici normativi di diritto derivato dell'Unione – dalla direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi⁷ alle disposizioni in materia di IVA⁸ fino alle regole di *unbundling* previste dalle direttive sul mercato interno dell'energia⁹ – che tengono nettamente distinta la produzione della merce-elettricità dalle prestazioni di rete e dai servizi di interesse economico generale.

Ai fini della ricostruzione del percorso argomentativo seguito dalla Corte, costituiscono comunque un riferimento importante le conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona. Invero, la Corte ha richiamato espressamente alcuni passaggi con riguardo agli obblighi di interesse generale gravanti sul produttore, ai servizi di stabilizzazione della rete e alla classificazione CPV della gestione di una centrale elettrica. Ciò non consente, però, di sovrapporre integralmente le conclusioni alla sentenza, in quanto la

³ Corte giust. 27 aprile 1994, C-393/92, *Almelo*, soprattutto al punto 28 si legge che «Orbene, è pacifico in diritto comunitario, come d' altronde nei diritti nazionali, che l'energia elettrica costituisce una merce ai sensi dell'art. 30 del Trattato. Infatti, essa è considerata merce nell'ambito della nomenclatura doganale comunitaria (codice NC 27.16). Del resto, la Corte ha riconosciuto, nella sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa/Enel (Racc. pag. 1127), che l'energia elettrica può rientrare nel campo di applicazione dell'art. 37 del Trattato».

⁴ Corte giust. 28 maggio 2020, C-727/17, *ECO-WIND Construction*, punti 56 e 57 e, quanto al carattere accessorio dei servizi connessi, punto 59.

⁵ Cfr. il punto 22 della sentenza in commento, ove si ribadisce la natura di merce, bene e prodotto dell'energia elettrica e l'impossibilità di qualificare come servizio, in quanto tale, l'attività di produzione di un prodotto.

⁶ V. anche le sentenze della Corte del 7 maggio 1985, 18/84, *Commissione/Francia*, punto 12, nonché dell'11 luglio 1985, 60/84 e 61/84, *Cinéthèque e a.*, punto 10.

⁷ Direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, soprattutto art. 2.

⁸ Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, soprattutto art. 15.

⁹ La netta separazione tra la merce-elettricità, le prestazioni di rete e le attività di vendita trova conferma nelle regole sul c.d. *unbundling* proprietario, funzionale e contabile stabilite dal diritto derivato dell'Unione europea in materia di mercato interno dell'energia: da ultimo, v. gli artt. 35, 43 e 56 della direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (che ha abrogato la precedente dir. 2009/72/CE). Sulla qualificazione dell'energia elettrica come merce ai fini della libera circolazione, v., nella manualistica, G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, a cura di P. DE PASQUALE e F. FERRARO, II ed., vol. II, Napoli, 2025, p. 6.

Corte ha arrestato il proprio esame all'inapplicabilità *ratione materiae* della direttiva 2006/123/CE e non ha affrontato le ulteriori questioni, esaminate dall'Avvocato generale, relative all'art. 49 TFUE e all'eventuale rilievo della disciplina settoriale del mercato elettrico¹⁰.

In primo luogo, richiamando i parr. 37 e 39 delle conclusioni dell'Avvocato generale, la Corte ha esaminato l'argomento del Governo italiano secondo cui la gestione di un impianto idroelettrico comporterebbe una serie di attività dirette, tra l'altro, alla salvaguardia dell'interesse pubblico connesso alle risorse idriche e alla conservazione dell'equilibrio idrogeologico. La Corte ha osservato che la sottoposizione dell'attività produttiva a obblighi di tutela della sanità pubblica o dell'interesse generale non è sufficiente a trasformare la produzione di energia in una prestazione di servizi. Pure qualora le attività complementari inerenti alla gestione della portata o alla preservazione dell'equilibrio idrogeologico potessero essere autonomamente qualificate come servizi, esse resterebbero accessorie rispetto all'attività principale, in quanto non possono essere esercitate in modo indipendente e in via principale come attività economiche normalmente fornite dietro retribuzione.

In secondo luogo, la Corte ha respinto l'argomento della Commissione relativo ai servizi di stabilizzazione e bilanciamento della rete elettrica, richiamando i parr. 51 e 52 delle conclusioni dell'Avvocato generale. L'eventuale prestazione di tali servizi non modifica la qualificazione dell'attività principale di derivazione d'acqua ad uso idroelettrico, indipendentemente dalle dimensioni dell'impianto, giacché essa resta diretta alla produzione di energia. D'altronde, per i piccoli impianti, la stessa Commissione aveva riconosciuto in udienza il carattere contingente di tale attività, ma la Corte ha precisato che la stabilizzazione può tradursi in un aumento temporaneo della produzione per rispondere a un fabbisogno eccezionale. Il criterio determinante non è, dunque, la presenza di prestazioni accessorie, ma la natura dell'attività unica o principale esercitata mediante il titolo concessorio.

In terzo luogo, la Corte ha preso in considerazione il richiamo al Regolamento 213/2008 relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici, nel quale la gestione di una centrale elettrica è classificata come servizio. E facendo espresso riferimento ai parr. 44 e 45 delle conclusioni dell'Avvocato generale, ha chiarito che la gestione della centrale e la produzione di energia elettrica costituiscono attività distinte, i cui regimi

¹⁰ *Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Emilia-Romagna*, cit., C-653/24, punti 26, 29 e 31, che richiamano rispettivamente i parr. 37 e 39, 51 e 52, 44 e 45 delle conclusioni dell'Avvocato generale; v. altresì il punto 34, nel quale la Corte dichiara non necessario rispondere alla seconda e alla terza questione.

giuridici non coincidono necessariamente. Vale a dire che il produttore può affidare a un terzo la gestione tecnica dell'impianto senza perdere, per ciò solo, la propria qualità di produttore e senza che tale affidamento implichi necessariamente una concessione di servizi o un appalto pubblico di servizi.

Accertata l'inapplicabilità della direttiva 2006/123/CE agli impianti che hanno come unica attività, o quanto meno come attività principale, la produzione di energia elettrica, la Corte ha ritenuto non necessario rispondere alla seconda e alla terza questione pregiudiziale. Pertanto, sono rimasti senza soluzione sia il problema della possibilità di utilizzare la soglia dei 3.000 kW quale criterio generale e astratto per valutare la scarsità della risorsa, sia quello della compatibilità del prolungamento della concessione connesso alla fruizione integrale degli incentivi¹¹.

Il dispositivo merita però di essere letto nella sua esatta latitudine, giacché la clausola «unica attività, o quanto meno attività principale» ne costituisce al tempo stesso la *ratio* e il limite. La Corte non afferma che ogni concessione di derivazione sia sottratta alla direttiva Servizi, ma soltanto che essa non si applica ove la generazione elettrica esaurisca o domini l'oggetto del titolo. Ne segue che, quando il titolo concessorio assista un impianto plurifunzionale – invasi multiuso, derivazioni promiscue a fini irrigui, idropotabili o di navigazione, impianti ai quali si accompagnino attività turistico-ricreative o museali – il giudizio di accessorietà non può essere dato per scontato e la direttiva può tornare applicabile alla componente di servizio, ove questa risulti autonomamente esercitabile e normalmente remunerata. Il criterio, del resto, ha natura funzionale e non dimensionale, di tal che nulla esclude che un impianto di piccola taglia inserito in un contesto plurifunzionale ricada nell'ambito della direttiva, mentre una grande derivazione destinata alla sola generazione ne resti fuori¹².

Va inoltre segnalata la peculiare struttura argomentativa della pronuncia, che al punto 24 poggia espressamente sul rilievo, compiuto dal giudice del rinvio, secondo cui l'unica attività dei piccoli impianti di derivazione è la produzione di elettricità. La qualificazione eurounitaria riposa dunque su una

¹¹ *Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Emilia-Romagna*, cit., punto 34.

¹² Sul rilievo dell'oggetto prevalente ai fini della disciplina applicabile a fattispecie a destinazione plurima, cfr., in tema di contratti misti, l'art. 3, parr. 2-4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici; nonché Corte giust. 6 maggio 2010, C-145/08 e C-149/08, *Club Hotel Loutraki e a.*, ove il criterio dell'elemento prevalente è impiegato per qualificare un contratto a oggetto misto. In dottrina, sul regime dei contratti misti nel diritto UE degli appalti e delle concessioni, v. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3rd ed., vol. I, London, 2014.

premessa di fatto fornita dalla Consulta, con la conseguenza che un diverso apprezzamento in fatto, in un successivo rinvio proveniente da altra giurisdizione nazionale, potrebbe condurre a esiti non perfettamente coincidenti. Nella medesima direzione milita il dato registrato al punto 21 e non ulteriormente sviluppato dal collegio, ossia che l'energia prodotta da questi impianti è talora immessa in rete e talora destinata, in via prevalente se non esclusiva, all'autoconsumo: in quest'ultima ipotesi, in difetto di cessione al mercato, viene meno il requisito della retribuzione richiesto dall'art. 4, punto 1, della direttiva, secondo un percorso argomentativo ulteriore e autonomo rispetto alla qualificazione merceologica dell'*output*, che la Corte non ha affrontato e che si riconnette al rilievo della disciplina settoriale di cui infra, § 6¹³.

4. La soluzione accolta dalla Corte di giustizia incide significativamente sul quadro interpretativo interno formatosi intorno alle piccole derivazioni idroelettriche, in quanto esclude il presupposto *ratione materiae* sul quale si fondava l'applicazione dell'art. 12 della direttiva Servizi. A ben vedere più che di un formale superamento dei precedenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, si tratta della necessità di reconsiderarne il fondamento alla luce dell'interpretazione ora fornita dal giudice dell'Unione.

In realtà, per misurare l'effettiva novità della decisione appare necessario un confronto con la letteratura precedente. Difatti, prima del rinvio, la dottrina aveva discusso criticamente l'applicazione della direttiva Servizi alle piccole derivazioni, il ricorso all'analogia con le concessioni demaniali e il rapporto tra scarsità della risorsa, autoproduzione e procedure di rinnovo. La novità della sentenza consiste proprio nell'aver risolto il presupposto qualificatorio, avendo escluso la riconducibilità della produzione di energia elettrica alla nozione di servizio quando essa costituisca l'attività unica o principale¹⁴.

A ciò si aggiunga che, negli anni antecedenti al rinvio, sia l'Antitrust sia la giurisprudenza specializzata del TSAP avevano sostenuto il principio dell'immediata ed esaustiva applicabilità dell'art. 12 della direttiva Servizi anche

¹³ Cfr. *Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Emilia-Romagna*, cit., punti 21 e 24.

¹⁴ Cfr. C. MAINARDIS, *Concessioni idroelettriche di piccola derivazione e procedure di rinnovo: tra precetti dell'UE, lacune normative ed interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *ambienteditto.it*, n. 4, 2021, pp. 140-156; G. BIASUTTI, *Le concessioni idroelettriche: il bene-acqua tra concorrenza e sostenibilità*, *ivi*, n. 1, 2023, pp. 343-364; G. CAPRA, *I rinnovi delle concessioni di piccola derivazione idroelettrica: tra autoproduzione, scarsità della risorsa idrica e strumentalità dell'uso dell'acqua*, in *federalismi.it*, n. 25, 2024, p. 44 ss.

alle piccole concessioni idroelettriche. In particolare, l'AGCM – attraverso diverse segnalazioni e pareri¹⁵ – aveva ripetutamente censurato le normative regionali che prevedevano proroghe o rinnovi preferenziali in favore dei concessionari uscenti, qualificando la gestione delle derivazioni idriche alla stregua di un servizio economico insistente su una risorsa naturale scarsa e sollecitando l'immediata indizione di procedure concorrenziali¹⁶. Tale posizione rigorista dell'AGCM risentiva largamente dell'impostazione impressa dalla Commissione europea, che proprio con la lettera di messa in mora del 2011¹⁷ e i successivi solleciti nel quadro del PNRR, aveva contestato all'Italia il mancato avvio delle gare per il riaffidamento delle concessioni idroelettriche, trattando indistintamente la risorsa idrica alla stregua di un bene scarso soggetto all'imperativo dell'evidenza pubblica.

Sulla medesima linea si era attestato il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, il quale, con diverse pronunce (tra cui le sentenze n. 201/2018 e n. 58/2024), aveva affermato la doverosa disapplicazione delle norme del Testo Unico del 1933 che consentivano forme di rinnovo o prosecuzione delle piccole derivazioni, ritenendole intrinsecamente incompatibili con i principi di concorrenza stabiliti dalla direttiva Bolkestein e richiamando espressamente le posizioni dell'Antitrust.

A fronte di tale quadro, proprio con riguardo alla portata della procedura d'infrazione n. 2011/2026 e al rilievo dei precedenti nazionali invocati dalla difesa erariale, già nelle sue conclusioni (paragrafi 67-72), l'Avvocato generale ha preliminarmente ricordato che né le soluzioni interpretative elaborate dai giudici o dalle autorità amministrative nazionali né le prese di posizione assunte dalla Commissione europea nel quadro di una procedura di infrazione posseggono un'efficacia vincolante per la Corte di giustizia, potendo esse al più offrire spunti di analisi ove sorrette da argomentazioni giuridiche convincenti. Circostanza, questa, ritenuta del tutto priva di riscontro nel caso di specie.

In altri termini, tali elementi conservano un rilievo ricostruttivo e possono concorrere all'argomentazione, ma non sostituiscono la verifica autonoma dell'ambito di applicazione della direttiva 2006/123/CE.

¹⁵ A titolo esemplificativo, v. le segnalazioni AS1722 del 3 marzo 2021 e la successiva del 25 giugno 2021, ribadite nei bollettini ufficiali del 2024, nonché il parere n. S4219 in merito alla legge della Provincia Autonoma di Trento n. 6/2021.

¹⁶ Cfr. AGCM, segnalazione AS1722, 3 marzo 2021, Rinnovi automatici di concessioni per piccole derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico. Per il successivo contenzioso e gli ulteriori interventi dell'Autorità, v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, C-653/24, par. 67 ss.

¹⁷ Procedura di infrazione n. 2011/2026.

Sotto un primo profilo, l'Avvocato generale ha contestato l'automatica assimilazione tra concessioni idriche e concessioni demaniali marittime, insistendo sulla finalità per la quale il bene pubblico è attribuito all'operatore. Sotto un secondo profilo, ha analizzato la procedura d'infrazione n. 2011/2026 e la posizione della Commissione sulla produzione idroelettrica, soffermandosi soprattutto sull'argomento dei servizi di regolazione e bilanciamento della rete. Invero, la procedura è stata archiviata il 23 settembre 2021 senza che la questione fosse sottoposta alla Corte di giustizia; tale circostanza non ha consentito, quindi, di ricavarne una soluzione interpretativa vincolante sulla qualificazione dell'attività ai fini della direttiva Servizi¹⁸.

5. L'equivoco dell'indirizzo interno preesistente derivava dall'indebita sovrapposizione tra la disciplina delle concessioni balneari e quella delle derivazioni idriche per uso energetico. In proposito, tra i profili di maggiore interesse della pronuncia emerge senza dubbio il chiaro distinguo rispetto ai principi enunciati nella celebre sentenza *Promoimpresa*¹⁹ e confermati nella successiva sentenza *Comune di Ginosa*²⁰, relative al regime delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative.

Nel dibattito giuridico e istituzionale italiano si è a lungo assistito alla diffusa tendenza ad assimilare ogni tipologia di concessione su beni demaniali, muovendo dal presupposto che l'utilizzo di una risorsa pubblica limitata fosse di per sé sufficiente ad attivare le garanzie procedurali di cui all'articolo 12 della direttiva Bolkestein. Proprio nella ricordata pronuncia *Comune di Ginosa*, la Corte di giustizia aveva ribadito l'effetto diretto e vincolante dell'art. 12 della direttiva per i servizi balneari, confermando l'obbligo di disapplicazione delle proroghe nazionali per difetto di gara.

La recente decisione si concentra, invece, sulla corretta gerarchia dei concetti, dimostrando che l'elemento dirimente non è dato dalla natura demaniale del bene concesso, bensì dalla qualificazione dell'attività economica esercitata dal concessionario. Infatti, la Corte ha precisato, sotto il profilo

¹⁸ La procedura d'infrazione n. 2011/2026, relativa alle concessioni idroelettriche, è stata archiviata dalla Commissione il 23 settembre 2021. Sul rilievo attribuito alla procedura nel presente contenzioso, v. conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, C-653/24, par. 67 ss.

¹⁹ Corte giust. 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*.

²⁰ Corte giust. 20 aprile 2023, C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Comune di Ginosa*, dispositivo, punti 2, 4 e 5. In dottrina, sulla vicenda delle concessioni demaniali marittime e sui suoi riflessi di diritto dell'Unione, v. A. COSSIRI, *Italian Beach Concessions: Towards a Sustainable Epilogue for the Natural Heritage and the Coastal Economy?*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. 14, 2022, p. 304 ss.

ratione materiae, che la mera utilizzazione di una risorsa naturale o di un bene demaniale non è, di per sé, sufficiente a determinare l'applicabilità dell'art. 12 della direttiva Servizi. La verifica deve, cioè, muovere da un passaggio logicamente preliminare, costituito dalla qualificazione dell'attività economica cui il titolo consente di accedere. Soltanto ove tale attività sia riconducibile alla nozione di servizio ai sensi della direttiva può procedersi all'ulteriore accertamento concernente la scarsità della risorsa e, conseguentemente, all'applicazione delle regole previste per le ipotesi in cui il numero delle autorizzazioni disponibili risulti limitato.

È in questi termini che deve essere letto il punto 32 della sentenza. Richiamando *Promoimpresa*, la Corte ha osservato che quella pronuncia non aveva esteso l'applicabilità della direttiva 2006/123/CE a tutte le concessioni relative all'esercizio di attività economiche su aree demaniali. Nelle cause al tempo esaminate il bene demaniale era destinato a finalità turistico-ricreative e l'attività risultava qualificabile come servizio. In sostanza, il dato demaniale non assorbe la qualificazione economica dell'attività, la quale resta un presupposto autonomo dell'applicazione della direttiva.

Di converso, nelle concessioni di derivazione idrica per uso idroelettrico considerate nella causa C-653/24, l'attività unica o principale consiste nella produzione di energia elettrica, vale a dire nella produzione di un bene. È questa qualificazione, e non una valutazione della maggiore o minore scarsità della risorsa idrica, a determinare l'inapplicabilità *ratione materiae* della direttiva Servizi nel caso deciso.

Ne consegue che il carattere pubblico o demaniale della risorsa non opera come fattore automatico di attrazione della disciplina *Bolkestein*. Il metodo suggerito dalla sentenza impone, piuttosto, di tenere distinti due piani che nel dibattito interno erano stati talvolta sovrapposti, vale a dire, da un lato, la qualificazione dell'attività come servizio e, dall'altro, solo ove tale presupposto sia soddisfatto, la verifica della scarsità della risorsa e delle conseguenze selettive previste dall'art. 12.

Il canone così ricostruito non è tuttavia privo di costi sistemici, e sarebbe riduttivo presentarlo come mera correzione di un equivoco. La distinzione tra bene e servizio, applicata alle concessioni su beni demaniali, produce un esito in qualche misura paradossale: l'assegnazione in esclusiva di una risorsa pubblica limitata resta assoggettata a procedura selettiva quando l'attività si risolve nella somministrazione di prestazioni al pubblico, ma vi si sottrae quando la medesima risorsa è impiegata per fabbricare un prodotto, benché in entrambi i casi il titolo attribuisca al concessionario una rendita di posizione su un bene collettivo scarso. Non sorprende, in questa prospettiva, che Commissione,

Autorità antitrust e giurisprudenza specializzata avessero convergentemente privilegiato la logica della scarsità: tale logica intercetta un problema reale di allocazione della rendita, che il criterio fondato sulla natura dell'attività lascia scoperto e che dovrà essere affrontato con strumenti diversi, dalla congruità dei canoni demaniali ai limiti posti dal diritto primario²¹.

6. L'esclusione dell'applicabilità della direttiva 2006/123/CE fa luce su un profilo decisivo, ma non esaurisce il problema della disciplina applicabile alle piccole derivazioni idroelettriche. Difatti, l'inapplicabilità della direttiva Servizi non implica, per la Corte, una generale libertà di proroga o rinnovo dei titoli.

La Corte non ha riconosciuto, neppure implicitamente, la legittimità della proroga prevista dalla legge dell'Emilia-Romagna in ragione degli incentivi alle fonti rinnovabili. Una volta esclusa l'applicabilità della direttiva Servizi, essa ha dichiarato espressamente di non dover rispondere né al quesito sulla scarsità né a quello sul prolungamento della concessione. La sentenza non può, quindi, essere letta come una convalida del meccanismo regionale, che dovrà essere esaminato dalla Corte costituzionale nell'ambito del giudizio principale alla luce dei parametri ancora rilevanti. Resta altresì distinta la disciplina delle grandi derivazioni, per le quali il diritto nazionale ha introdotto un regime speciale di riassegnazione mediante procedure competitive, senza che la pronuncia C-653/24 ne rimetta in discussione l'assetto²².

Ma soprattutto l'uscita dall'ambito materiale della direttiva Servizi non determina l'automatica applicazione dell'art. 49 TFUE. Come osserva l'Avvocato generale, la libertà di stabilimento può venire in considerazione qualora la concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, da accertare sulla base dell'insieme dei fattori pertinenti, tra i quali possono figurare l'importanza economica dell'attività, le caratteristiche tecniche e la localizzazione degli impianti. Di conseguenza, la soglia dei 3.000 kW non è

²¹ Sulla *ratio* concorrenziale sottesa al divieto di rinnovo automatico e sul rischio di rendite di posizione connesse all'allocazione amministrativa di risorse scarse, cfr., in dottrina, V. HATZOPOULOS, *The Allocation of Limited Authorisations under EU Internal Market Rules*, in P. ADRIAANSE, F. VAN OMMEREN, W. DEN OUDEN, J. WOLSWINKEL (eds.), *Scarcity and the State I: The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016, p. 163 ss., spec. pp. 166-167. Sul piano interno, e sia pure con riguardo alle concessioni turistico-ricreative, v. anche Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, nonché, per un commento delle due pronunce e dei loro riflessi eurounitari, A. CIRCOLO, *L'epilogo della proroga ex lege delle concessioni balneari*, in *SIE*, n. 3, 2021, p. 573 ss.; F. FERRARO, *Concessioni demaniali marittime e compatibilità con il diritto dell'Unione*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, 2023, p. 31 ss.

²² *Presidente del Consiglio dei Ministri/Regione Emilia-Romagna*, cit., punto 34.

stata validata dalla Corte come criterio di scarsità o di minore impatto ambientale, in quanto il quesito che specificamente investiva tale criterio è rimasto senza risposta.

Non si configura, pertanto, un'alternativa necessaria tra evidenza pubblica imposta dalla direttiva Servizi ed evidenza pubblica imposta dall'art. 49 TFUE. La prima disciplina non opera quando l'attività unica o principale è la produzione di energia elettrica; invece, la seconda può rilevare, nei limiti propri del diritto primario, qualora sussista un interesse transfrontaliero certo e fatte salve eventuali giustificazioni conformi ai principi di proporzionalità e non discriminazione. Il mutamento della fonte comporta, quindi, anche un mutamento dei presupposti del controllo e non consente di dare per presupposto, in ogni caso, un identico obbligo di gara²³.

Invero, la Corte di giustizia non si è pronunciata sull'art. 49 TFUE e tale silenzio non può essere qualificato né come adesione né come dissenso rispetto alle conclusioni dell'Avvocato generale che conservano interesse per individuare le questioni che restano aperte. L'Avvocato generale ha proposto di ritenere l'art. 49 TFUE, in presenza di un interesse transfrontaliero certo, in linea di principio ostativo a un rinnovo senza procedura competitiva disposto per consentire la fruizione integrale degli incentivi, salvo che la misura sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale. E, per le derivazioni destinate all'autoconsumo, ha prospettato la possibile rilevanza della Direttiva (UE) 2019/944 sugli *active customers*, la cui applicabilità e le cui conseguenze spetterebbero al giudice nazionale verificare²⁴.

Ne emerge una scansione in tre livelli che merita di essere mantenuta distinta. Il primo attiene alla direttiva 2006/123/CE e si arresta, nel caso del mini-idro, alla qualificazione dell'attività come produzione di un bene. Il secondo riguarda il diritto primario e, in particolare, l'art. 49 TFUE, la cui operatività richiede un interesse transfrontaliero certo. Il terzo è costituito dalla disciplina settoriale dell'energia, che può introdurre regole specifiche e obiettivi propri, soprattutto con riferimento all'autoconsumo e alla partecipazione attiva dei clienti al mercato elettrico. È su questo intreccio, e

²³ Sull'applicazione dell'art. 49 TFUE in presenza di un interesse transfrontaliero certo, cfr. sentenza *Promoimpresa* cit., punto 74 e dispositivo, punto 2; conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, C-653/24, parr. 96-104. In dottrina, sul rapporto tra il parametro dell'art. 49 TFUE e quello dell'art. 12 della direttiva Servizi nel ragionamento della Corte in *Promoimpresa*, v. M.E. BARTOLONI, *Concessions Relating to State-owned Maritime Property within the Context of Free Movement: Reflections on the Promoimpresa Judgment*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. 14, 2022, p. 290 ss.

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, C-653/24, parr. 96-109, in particolare parr. 101-109. L'Avvocato generale richiama altresì la direttiva (UE) 2019/944 con riguardo ai clienti attivi e all'autoconsumo.

non su una meccanica sostituzione della direttiva Servizi con l'art. 49 TFUE, che dovrebbe concentrarsi la successiva elaborazione giurisprudenziale.

A tale scansione va aggiunto, per completezza, che l'inapplicabilità della direttiva Servizi non sottrae la fattispecie ad altri contesti normativi. Sul versante dell'evidenza pubblica, la precisazione contenuta al punto 31 – secondo cui l'affidamento a terzi della conduzione tecnica dell'impianto non implica necessariamente una concessione di servizi né un appalto pubblico di servizi – conferma che il titolo di derivazione, in quanto atto di assegnazione dell'uso di un bene demaniale e non di acquisizione di prestazioni da parte dell'amministrazione, si collochi al di fuori del perimetro della direttiva 2014/23/UE. Sul versante ambientale, la proroga del titolo resta assoggettata agli obblighi derivanti dalla direttiva 2000/60/CE, e in specie al divieto di deterioramento dello stato dei corpi idrici e all'onere di riesame delle condizioni di prelievo e del deflusso ecologico, oltre che, ove ne ricorrano i presupposti, alla valutazione di impatto ambientale e alla valutazione di incidenza: un allineamento automatico della durata concessoria al periodo incentivante, non accompagnato da alcun riesame delle condizioni di esercizio, presta il fianco a censure su tale terreno indipendentemente dalla qualificazione dell'attività. Merita infine attenzione il profilo degli aiuti di Stato, poiché il prolungamento del godimento esclusivo di una risorsa pubblica, cumulato agli incentivi già riconosciuti e a fronte di canoni demaniali determinati in via amministrativa, solleva un interrogativo di vantaggio selettivo ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE che la pronuncia non era chiamata ad affrontare²⁵.

7. In definitiva, dalla decisione C-653/24 può ricavarsi un criterio metodologico più circoscritto, ma proprio per questo più solido, rispetto a quello che deriverebbe da una sua generalizzazione a qualsiasi concessione di beni pubblici. Qualora si invochi l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, il controllo deve muovere dalla qualificazione dell'attività unica o principale resa

²⁵ Sul divieto di deterioramento dello stato dei corpi idrici, cfr. Corte giust. 1° luglio 2015, C-461/13, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, punti 50-51; sulla valutazione di impatto ambientale e sulla valutazione di incidenza, cfr. rispettivamente la direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, e l'art. 6, par. 3, della direttiva 92/43/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1992 (cd. direttiva Habitat); sul perimetro della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, in relazione al punto 31 della sentenza C-653/24, v. *supra*, nt. 11. Sui criteri del vantaggio selettivo ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, cfr. Corte giust. 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark*, punti 74-75, nonché la comunicazione della Commissione relativa alla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, TFUE, 2016/C 262/01, punto 66 ss. In dottrina, sui criteri del vantaggio selettivo, v. per tutti L. HANCHER, T. OTTERVANGER, P.J. SLOT (eds.), *EU State Aids*, London, 2012.

possibile dal titolo. Se essa consiste nella produzione di un bene, la direttiva Servizi non trova applicazione; se, invece, integra una prestazione di servizi, potrà aprirsi la distinta verifica relativa alla limitazione delle autorizzazioni per scarsità della risorsa. La sentenza C-653/24 non ha stabilito, però, come debba essere accertata tale scarsità nel settore idroelettrico, giacché il relativo quesito è rimasto assorbito. Per il metodo generale di valutazione previsto dall'art. 12 continua ad essere rilevante la soluzione data nel caso *Comune di Ginosa*, che – occorre rammentare – ha riconosciuto agli Stati membri un margine nella scelta tra criteri generali e astratti, valutazioni caso per caso o una combinazione dei due approcci²⁶.

Nondimeno, la portata della pronuncia in esame può estendersi oltre il mini-idro soprattutto sul piano del metodo, ma non nel senso di predeterminare la disciplina di tutte le concessioni demaniali. Per porti turistici, aree fieristiche o mercatali, occupazioni di suolo pubblico e impianti di risalita occorrerà verificare, volta per volta, quale sia l'attività economica resa possibile dal titolo, se essa rientri nella nozione di servizio, quale disciplina settoriale sia eventualmente applicabile e soltanto a quel punto se ricorrano i presupposti dell'art. 12. L'utilità sistematica della sentenza consiste dunque nell'impedire che la natura pubblica del bene sostituisca l'analisi della concreta funzione economica del titolo. Il banco di prova più immediato è però costituito dalle concessioni che assistono attività di fabbricazione o estrazione di beni: dalle concessioni minerarie per l'imbottigliamento delle acque minerali alle autorizzazioni all'esercizio di cave, dalla coltivazione delle risorse geotermiche agli impianti eolici e fotovoltaici che occupano aree demaniali, anche marittime. È in queste ipotesi, più che in quelle appena richiamate, che la qualificazione in termini di servizio è tutt'altro che scontata e che il criterio dell'attività unica o principale è destinato a operare in modo davvero selettivo²⁷.

Sul piano dell'ordinamento interno, tale ricostruzione rende più evidente l'asimmetria tra grandi e piccole derivazioni. Per le prime il legislatore nazionale ha progressivamente previsto procedure di riassegnazione

²⁶ *Comune di Ginosa*, cit., punto 46 e dispositivo, punto 2.

²⁷ Sulla non riconducibilità delle concessioni funzionali allo sfruttamento di risorse minerarie (nella specie, acque minerali) alla disciplina degli appalti e delle concessioni di servizi, e sulla relativa qualificazione come bene scarso ai sensi dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2019, n. 1704. Sul piano del diritto UE, la specialità del regime delle attività estrattive rispetto alla disciplina generale delle concessioni è del resto riconosciuta dallo stesso legislatore europeo: v. l'art. 8, par. 2, lett. b), della direttiva 2014/23/UE, che esclude dall'ambito applicativo della direttiva le autorizzazioni per la prospezione e l'estrazione di idrocarburi già disciplinate dalla direttiva 94/22/CE.

competitive; per le seconde permane il quadro del Testo Unico delle acque, sul quale sono intervenute discipline regionali e orientamenti amministrativi e giurisprudenziali non sempre convergenti. L'inapplicabilità della direttiva *Bolkestein* non legittima, di per sé, proroghe *sine die*, ma impone di individuare con precisione il diverso parametro europeo eventualmente rilevante, a partire dall'art. 49 TFUE soltanto in presenza di un interesse transfrontaliero certo e dalla disciplina settoriale applicabile.

In tale quadro conserva interesse anche il dato comparato richiamato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 161/2024, che segnala durate massime molto differenziate tra gli Stati membri, dai trent'anni di Italia e Germania ai settantacinque anni di Francia, Spagna e Portogallo, sino ai novant'anni dell'Austria. Tali divergenze non dimostrano, da sole, un difetto di reciprocità giuridicamente rilevante, ma costituiscono un elemento del contesto economico e regolatorio nel quale deve essere valutata l'apertura del settore alla concorrenza²⁸.

Un'occasione di confronto applicativo è del resto già all'orizzonte, dato che risulta pendente dinanzi alla Corte costituzionale l'impugnazione governativa della legge della Regione Veneto n. 1 del 2025, che ha prorogato al 31 luglio 2029 le concessioni di piccole derivazioni scadute o in scadenza²⁹. La fattispecie non è sovrapponibile a quella emiliano-romagnola, giacché la proroga non è ancorata al completamento di un piano di ammortamento incentivato ma opera in modo indifferenziato e per un termine fisso: proprio per questo essa costituirà la verifica più severa del criterio, dovendo essere vagliata non più sul terreno dell'art. 12 della direttiva, bensì su quello della libertà di stabilimento e dei principi di parità di trattamento, trasparenza e non discriminazione.

In conclusione, la sentenza del 3 settembre 2026 non chiude il contenzioso sulle piccole derivazioni, ma ne modifica il punto di partenza. Alla Corte costituzionale spetterà definire il giudizio principale senza poter ricavare dalla direttiva 2006/123/CE un parametro direttamente applicabile alla proroga regionale, mentre resterà da verificare quali altri parametri del diritto dell'Unione e dell'ordinamento interno operino nella fattispecie. Proprio in questo spazio può collocarsi il contributo originale dell'interprete, chiamato a ricostruire il rapporto tra libertà di stabilimento, disciplina settoriale

²⁸ Corte cost. ord. 7 ottobre 2024, n. 161, punto 9.2.

²⁹ Ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri alla Corte costituzionale per la declaratoria di incostituzionalità della legge regionale 10 febbraio 2025, n. 1, pubblicata nel Bollettino ufficiale della Regione Veneto n. 23 del 14 febbraio 2025.

A. Corra – Produzione di energia e direttiva Bolkestein: il caso delle concessioni mini-idro

dell'energia, transizione ecologica e concorrenza senza riprodurre l'automatismo escluso dalla Corte nell'applicazione della direttiva Servizi.