Papers di DIRITTO EUROPEO

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2026, n. 1

Papers di diritto europeo

www.papersdidirittoeuropeo.eu

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bergamo).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Giudice del Tribunale dell'Unione europea); **Andrea Biondi** (Avvocato generale alla Corte di giustizia; Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario f.r. di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).
Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, **"**Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Silvia Marino** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Ordinario di Diritto internazionale, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Straordinario di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

Responsabile di redazione: **Isolde Quadranti** (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).
Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

Papers di diritto europeo
ISSN 2038-0461
Registrazione al Tribunale di Verona n. 1875 del 22 luglio 2010

Papers di diritto europeo
www.papersdidirittoeuropeo.eu

Fascicolo 2026, n. 1

INDICE

Ruggiero Cafari Panico
In attesa che la Corte di giustizia si pronunci sulle concessioni di piccole derivazioni (riflessioni in merito alle conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona e alla loro possibile ricaduta sulle grandi derivazioni) 1

Donatella del Vescovo
La frontiera interna della cittadinanza: limiti dell'Unione europea alla naturalizzazione basata sull'investimento 21

Francesca Ferrari, Massimiliano Bina
Dalla bacheca al gatekeeper*: piattaforme digitali e moderazione* 49

Francesca Martines
Effettività del controllo giurisdizionale e resistenza istituzionale: la dinamica ripetitiva nel contenzioso sul Sahara occidentale 69

Matteo Ortino
Il Digital Services Act *e la produzione di conoscenza: le specificità rispetto ai tradizionali regimi di trasparenza* 91

Agostina Latino
Violenza algoritmica di genere, tecnologie predittive e diritto internazionale 123

Viviana Sachetti
La sostenibilità ambientale quale parametro di bilanciamento nella politica energetica dell'Unione europea 175

Francesco Spera
Alla ricerca dell'autonomia strategica attraverso atti atipici e informali: il soft law *nelle relazioni esterne dell'UE* 197

Giacomo Furlanetto
Il Digital Services Act *alla prova del caso «Mia Moglie»: note sociologico-giuridiche* 219

In attesa che la Corte di giustizia si pronunci sulle concessioni di piccole derivazioni (riflessioni in merito alle conclusioni dell'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona e alla loro possibile ricaduta sulle grandi derivazioni)

Ruggiero Cafari Panico*

SOMMARIO: 1. Premessa: le possibili ricadute delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale in tema di piccole derivazioni. – 2. L'attività delle derivazioni idroelettriche come produzione di un bene e non come prestazione di un servizio nelle conclusioni dell'Avvocato generale. – 3. Le condizioni di applicazione della direttiva servizi. – 4. La complessità giuridica delle concessioni di grandi derivazioni. – 5. La normativa applicabile al rinnovo delle concessioni di grandi derivazioni e le relative procedure. – 6. Una via nazionale alla regolamentazione del comparto idroelettrico. Prospettive *de iure condendo*. – 7. La riforma del settore idroelettrico in Francia. Riflessioni conclusive.

1. Premessa: le possibili ricadute delle conclusioni presentate dall'Avvocato generale in tema di piccole derivazioni.

Le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, l'11 dicembre 2025[1], seppur relative alle concessioni di piccole derivazioni d'acqua ad uso idroelettrico, contengono una serie di osservazioni che, se accolte dalla Corte di giustizia, potrebbero comportare un cambio di paradigma nella disciplina del rinnovo anche delle concessioni di grandi derivazioni, specie con riguardo alla applicazione della direttiva servizi (direttiva 2006/123/CE, nota come «direttiva Bolkestein») e della normativa interna di attuazione[2].

Alla luce anche degli impegni pro concorrenziali assunti nei confronti della Commissione europea nel contesto del PNRR[3], l'attuale quadro normativo viene comunemente letto come impositivo di un obbligo per le Regioni di procedere ad una «gara», nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica stabilite dal legislatore nazionale sulla base del diritto dell'Unione europea. Il relativo regime di autorizzazione

* Professore ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

[1] Avvocato generale M. Campos Sánchez-Bordona, conclusioni dell'11 dicembre 2025, causa C-653/24, *Regione Emilia-Romagna*, EU:C:2025:966.

[2] Decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno.

[3] In merito, vedi R. CAFARI PANICO, *L'assegnazione delle concessioni idroelettriche e i motivi imperativi d'interesse generale*, in *Eurojus*, 2024, fascicolo speciale, pp. 57-107, spec. p. 93 ss., reperibile *online*.

deve essere, infatti, conforme a quanto stabilito dall'art. 12 della direttiva servizi con riguardo all'ipotesi in cui il numero di autorizzazioni disponibili sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili.

Se, dunque, la Corte di giustizia accogliesse in via generale le considerazioni svolte dall'Avvocato generale in merito alla qualificazione della attività di produzione di energia elettrica come attività che integra la produzione di un «bene », e non quale prestazione di un «servizio», ai sensi della direttiva Bolkestein, l'attuale modello italiano di disciplina del settore idroelettrico[4], basato sul ricorso, per le concessioni di grandi derivazioni, a procedure rigidamente competitive, potrebbe essere oggetto di profonda revisione, nel senso di una maggiore discrezionalità dello Stato (ovvero, della Regione interessata) nella scelta della procedura anche di rinnovo, se propriamente giustificata.

È, infatti, vero che la Corte potrebbe discostarsi dalle conclusioni dell'Avvocato generale o limitarsi ad applicare i principi in esse enunciati al caso di specie, al fine di escludere le piccole derivazioni dall'ambito di applicazione della direttiva servizi, senza esprimersi in generale sulle grandi derivazioni che esulano dal quesito sottoposto alla stessa Corte, in via pregiudiziale, dalla Corte costituzionale, con ordinanza del 7 ottobre 2024, n. 161[5]; ciò nonostante, è lecito supporre che tale decisione possa assumere una rilevanza «di sistema», in quanto da essa potranno comunque trarsi, con ogni probabilità, indicazioni utili per un diverso inquadramento della questione della disciplina dell'intero settore della produzione di energia idroelettrica e, quindi, in particolare, anche del rinnovo delle concessioni di grandi derivazioni, materia ad oggi comunemente ricondotta sotto l'applicazione della direttiva servizi. In particolare, ove la Corte dovesse concludere che la produzione di energia ha natura di produzione di un bene e non di prestazione di un servizio, trattandosi di una nozione ontologica che prescinde dagli aspetti dimensionali e quindi dal fatto che si tratti di grandi o piccole derivazioni, si renderebbe inevitabile una

[4] Nonostante la qualifica di concessione secondo il diritto interno, il modello italiano si connota come autorizzazione all'esercizio di attività economica (di gestione dell'impianto) mediante sfruttamento della risorsa idrica (demaniale), qualificabile nel suo complesso come attività economica di prestazione di servizi ai sensi della direttiva servizi. In realtà, la tipologia di attività in oggetto potrebbe essere ricondotta, secondo la tassonomia europea, tra quelle situazioni che, presentando aspetti «ibridi», «possono essere coperte da entrambe le fattispecie, autorizzazione o concessione, a seconda della situazione diversa e della scelta, caso per caso, tra Stati membri o addirittura all'interno del medesimo Paese»; S. D'ACUNTO, *Tipologie di concessioni e autorizzazioni di servizi in Europa*, in G. GRECO (a cura di), *Concessioni di beni, servizi e lavori nel diritto dell'Unione europea e nel diritto nazionale*, 2024, pp. 47-56, p. 53, reperibile *online*). Ne è dimostrazione il fatto che «[i]l modello autorizzatorio (nonostante la qualifica di concessione ai sensi del diritto nazionale) si riscontra in Italia, Austria, Germania o Svezia, laddove quello concessorio (secondo il diritto europeo) sussiste in Portogallo. In Francia, per quanto prevalga il modello concessorio si riscontrano anche casi di autorizzazione per lo svolgimento di questa stessa attività» (*ibid.*). Va da sé che alla base di questa distinzione vi è comunque il conferimento di un titolo (concessione o autorizzazione) che abilita un operatore allo svolgimento di una attività economica che ha natura di servizio, con la conseguenza che, venendo meno tale presupposto, anche questa impostazione tradizionale del diritto euro-unitario andrebbe rivisitata.

[5] Per un commento, A. PERSICO, *Sull'(in)applicabilità della direttiva servizi alle (piccole) concessioni idroelettriche*, in *Federalismi.it*, 2025, n. 5, pp. 139-155, reperibile *online*.

rilettura dell'intera attuale disciplina. Si renderebbero infatti necessarie una reinterpretazione e una rimodulazione «dell'obbligo di gara», alla luce dei principi generali del TFUE e del nostro ordinamento, tenendo conto delle competenze regionali, una volta esclusa l'applicazione dell'art. 12 della direttiva servizi.

2. L'attività delle derivazioni idroelettriche come produzione di un bene e non come prestazione di un servizio nelle conclusioni dell'Avvocato generale.

Premessa indispensabile è che, in base alle definizioni contenute nell'art. 4 della direttiva servizi, per servizio si intende «qualsiasi attività economica non salariata di cui all'art. 57 del Trattato sul funzionamento fornita normalmente dietro retribuzione», vale a dire una prestazione fornita dietro corrispettivo, che non consista nella produzione di un bene, ma in un'attività immateriale rivolta a un destinatario. A questo punto si pone ovviamente il quesito di «che cosa sia» la produzione di energia elettrica, vale a dire di quale sia la sua corretta qualificazione in base al diritto dell'Unione. Ed è appunto a questo quesito che l'Avvocato generale ha inteso rispondere in via preliminare.

Ben diversa, anzi diametralmente opposta, è la posizione dinanzi alla Corte della Commissione europea che prende le mosse da premesse radicalmente opposte, non dissimili da quelle espresse nell'ambito della procedura d'infrazione n. 2011/2026 nei confronti dell'Italia, conclusasi con una archiviazione il 23 settembre 2021[6] in previsione del successivo mutamento del quadro normativo con la legge n. 118/2022[7]. Al fine di

[6] La complessità delle questioni poste dal rispetto della disciplina concorrenziale nel settore in esame è evidente anche alla luce delle difformità delle soluzioni accolte sul piano legislativo nei vari paesi dell'Unione europea in assenza di una normativa comunitaria armonizzata delle autorizzazioni all'uso di beni pubblici rilevanti sul piano del diritto dell'Unione europea. In tale contesto di diversificazione si inseriscono le diverse procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea. Nei confronti del nostro Paese era stata avviata una prima procedura di infrazione (n. 2002/2282) archiviata nel 2006 (con oggetto la prelazione riconosciuta al gestore uscente), ed una successiva (infrazione n. 2011/2026), con una prima lettera di costituzione in mora del 15 marzo 2011, cui hanno fatto seguito quelle complementari del 26 settembre 2013 e del 7 marzo 2019. Anche questa seconda procedura è stata archiviata nel settembre 2021 alla luce degli impegni assunti nel quadro del PNRR, che annoverava tra le tematiche necessarie della legge sulla concorrenza del 2021 anche la revisione, come di fatto avvenuto, del quadro normativo delle concessioni idroelettriche. Analoghe procedure di infrazione sono state avviate nel corso degli anni anche nei confronti di altri paesi.

[7] In base all'art. 12, comma 1-*bis*, lett. *a*, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica), così come modificato dall'articolo 11-*quater* della legge 11 febbraio 2019, n. 12 (c.d. decreto semplificazioni), l'assegnazione può avvenire, nel rispetto dell'ordinamento dell'Unione europea e degli accordi internazionali, nonché dei principi fondamentali dell'ordinamento statale a operatori economici individuati attraverso l'espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica; società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato viene scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica; mediante forme di partenariato pubblico privato; a ciò si aggiunge, in virtù del richiamo all'art. 183 del Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), ora art. 193 del nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36), il possibile ricorso alla finanza di Progetto (così art. 12, comma 1-*ter* del citato decreto legislative n. 79 del 1999, introdotto con la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, 5 agosto 2022, n. 118).

giustificare l'applicazione della direttiva, la Commissione ha assunto come determinante non già l'attività di produzione mediante lo sfruttamento della risorsa idrica, ma quella di gestione dell'impianto strumentale a tale sfruttamento. A quest'ultimo riguardo, la Commissione ha ritenuto che la «gestione di centrali idroelettriche per la generazione di energia idroelettrica costituisce un servizio fornito dietro retribuzione ai sensi della direttiva sui servizi» sulla base del fatto che «[t]ale servizio figura nel regolamento (CE) n. 213/2008 relativo al vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV) con il codice 65410000 "gestione di una centrale elettrica"»[8]. La visione dell'esecutivo europeo è quindi ispirata all'idea di non solo separare la produzione di energia da altre attività di per sé riconducibili alla prestazione di servizi, quali la trasmissione, lo stoccaggio, la distribuzione e gli altri servizi ausiliari, ma anche di ritenere queste ultime, unitamente al diritto d'uso della risorsa idrica[9], prevalenti ed assorbenti ai fini della qualificazione dell'intera attività di produzione di energia come servizio.

Il cambio di prospettiva nelle argomentazioni dell'Avvocato generale è del tutto evidente e implica, come rilevato, un rovesciamento del tradizionale approccio seguito dalla Commissione, la cui inadeguatezza sul piano logico era già stata rilevata (seppure implicitamente) dalla Corte costituzionale con la sentenza del 22 dicembre 2022, n. 265, sempre in tema di piccole derivazioni. In particolare, in quella sentenza, fra i motivi di inammissibilità del ricorso, viene menzionato il fatto che nessun argomento era stato addotto in merito alla «idoneità» della direttiva Bolkestein, in specie del suo art. 12, a disciplinare la specifica fattispecie in esame[10], assumendosi da parte del ricorrente l'applicazione in termini generali di quella disciplina, di modo che ad essere oggetto di valutazione era unicamente la possibilità di eccezioni al regime così introdotto anche nell'ipotesi di «autoconsumo», per quanto riguardava la parte di attività non destinata a tale finalità[11]. In sostanza, a mancare era una chiara indicazione di quale sia la condizione per cui una fattispecie complessa, come quella delle concessioni idroelettriche, dove concorrono diversi istituti giuridici, sia, in tutto o anche solo in parte, riconducibile sotto la disciplina della direttiva servizi.

[8] Commissione europea, lettera di costituzione in mora complementare – Infrazione n. 2011/2026, final, del 7 marzo 2019.

[9] Con riguardo al quadro giuridico italiano, basato su concessioni per l'uso delle risorse idriche al fine di generare energia idroelettrica, la Commissione riconduce tale disciplina sotto il regime delle autorizzazioni di cui all'art. 12 della direttiva servizi proprio sulla base della considerazione che il diritto di uso di una adeguata risorsa idrica è strumentale, anzi «indispensabile per l'accesso all'attività di generazione di energia elettrica o per il suo esercizio», vale a dire per la gestione delle centrali idroelettriche oggetto, in quanto servizio, della procedura di selezione.

[10] Corte costituzionale, sentenza 22 dicembre 2022, n. 265, punto 5.1 Motivi della decisione. In merito, vedi, per tutti, D. DIVERIO, *Appalti, concessioni, autorizzazioni…e altro ancora: una sfida per il diritto del mercato interno*, in G. GRECO (a cura di), *Concessioni di beni, servizi e lavori*, cit., pp. 1-46, p. 39 ss.

[11] Corte costituzionale, sentenza n. 265/2022, cit., punto 5.2 motivi della decisione.

Questa stessa linea di ragionamento compare nei quesiti formulati dalla Corte costituzionale, come giudice di rinvio nel caso di specie[12]. La Consulta, infatti, correttamente si è chiesta se l'attività di produzione di energia mediante impianti di piccole derivazioni idroelettriche si qualifichi come prestazione di servizi, come tale soggetta alla direttiva Bolkestein, «ovvero come produzione di un bene», rilevando come già la giurisprudenza della Corte avesse affermato nei casi *Comune di Almelo*[13] e *ECO-Wind*[14] che « l'elettricità» è un bene («prodotto»)[15] e la sua produzione non può essere assimilata, in quanto tale, alla prestazione di un servizio[16]. Depone, peraltro, in tal senso anche il fatto che «il diritto dell'Unione europea ha previsto una disciplina ispirata all'esigenza di separare la produzione di energia da attività sicuramente riconducibili a prestazioni di servizi, quali: la trasmissione, lo stoccaggio, la distribuzione e gli altri servizi ausiliari»[17]. A fronte di ciò viene rilevato che, sebbene diverse disposizioni del diritto dell'Unione confermino la qualificazione dell'energia elettrica come bene materiale (merce o prodotto), ciò nonostante altri elementi normativi potrebbero portare ad una interpretazione contraria[18]. In tale quadro «[r]isulta, allora, dirimente che sia sciolto il dubbio in merito alla qualificazione dell'attività di produzione dell'energia, in quanto tale, come produzione di un bene o prestazione di un servizio. Solo se la produzione di energia, benché separata dalle attività di trasmissione, di distribuzione e dagli altri servizi propri della fornitura di energia elettrica, venisse considerata quale prestazione di un servizio, dovrebbe, infatti, reputarsi soggetta alla disciplina dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Viceversa, dovrebbe ritenersi applicabile all'attività di produzione di energia esclusivamente la disciplina concernente il mercato interno dell'energia che, a tutela della libertà di stabilimento, prevede l'adozione di una procedura di autorizzazione informata a criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione per la costruzione di nuovi impianti di generazione, ma nulla dispone in merito a possibili proroghe o rinnovi (art. 8 della direttiva 2019/944/UE)»[19].

3. Le condizioni di applicazione della direttiva servizi.

L'Avvocato generale accoglie l'invito della Corte costituzionale e compie un passo ulteriore, ponendo la questione su un piano più generale di verifica delle condizioni per

[12] Corte costituzionale, ordinanza, 3 luglio 2024, n. 161.

[13] Corte di giustizia, sentenza del 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, EU:C:1994:171.

[14] Corte di giustizia, sentenza del 28 maggio 2020, causa C-727/1, *Syndyk Masy* c. *Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Kielcach*, EU:C:2020:393.

[15] *Ivi*, punto 56, con riferimento all'energia prodotta da una centrale eolica.

[16] *Ivi*, punto 57, e già sentenza *Comune di Almelo*, cit., punto 28.

[17] Corte costituzionale, ordinanza n. 161/2024, punto 7.3, ECLI:IT: COST:2024:161.

[18] *Ivi*, punto 7.4. In particolare, si fa riferimento all'allegato I, codice 65410000-0 del regolamento n. 213/2008, che considera la gestione di una centrale elettrica come un servizio.

[19] *Ivi*, punto 7.5.

l'applicazione della direttiva servizi, che va al di là del tema specifico delle piccole derivazioni. Al riguardo sono illuminanti le osservazioni in merito alla necessità di esaminare «se l'attività svolta dagli impianti di piccole derivazioni idroelettriche rientri nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2006/123»[20].

Le sue argomentazioni riguardano dunque la natura dell'attività di produzione dell'energia idroelettrica, cioè le condizioni generali di applicazione della direttiva, a prescindere che si tratti di grandi o piccole derivazioni, fermo restando che per queste ultime potranno valere ulteriori considerazioni particolari.

In estrema sintesi, l'Avvocato generale sostiene che dal combinato disposto degli art. 2, par. 1, e dell'art. 4, punto 1, della direttiva servizi si evince che la direttiva «si applica esclusivamente quando un'attività può essere qualificata come "servizio" fornito da operatori stabiliti in uno Stato membro»[21]. L'applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE non dipende dunque dalla natura pubblica del bene, ma dalla qualificazione come «servizio» dell'attività autorizzata o concessa. Ne consegue che non è decisivo che si tratti di acqua pubblica o di bene demaniale; è invece determinante se l'attività svolta dall'operatore costituisca un servizio ai sensi del diritto UE. A questa condizione generale si aggiungono poi le condizioni specifiche di cui all'art. 12, par. 1 e 2, che presuppongono però che la prima sia soddisfatta[22], che si tratti cioè di un servizio. Per risolvere quest'ultima questione, a tale conclusione, l'Avvocato generale ripercorre la giurisprudenza della Corte di giustizia, ricordando come in base ad essa, in via di principio, la mera produzione o generazione di energia, indipendentemente dalla fonte da cui proviene, «non è, di per sé, un servizio al quale si applica la direttiva 2006/123»[23].

Quanto poi al fatto, rilevato dalla Commissione e anche dal Governo italiano, che alla generazione di energia possano accompagnarsi anche altre, non meglio determinate, attività necessariamente connesse alla gestione dell'impianto qualificate come servizi, la circostanza è ritenuta comunque irrilevante, in quanto ogni «impianto di produzione richiede, naturalmente e in misura più o meno ampia, il rispetto di obblighi volti a tutelare la salute pubblica o l'interesse generale. Ciò non implica tuttavia che la produzione di un bene si converta automaticamente nella prestazione di un servizio»[24]. Alla stessa stregua, queste attività ulteriori non trasformerebbero automaticamente l'attività del concessionario in una concessione di servizi[25]. Lo stesso vale per i servizi di regolazione del sistema elettrico e di bilanciamento della rete che tipicamente sono prestati,

[20] Conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Regione Emilia-Romagna*, cit., punto 18.

[21] *Ivi*, punto 20.

[22] *Ivi*, punto 24.

[23] *Ivi*, punto 28.

[24] *Ivi*, punto 37.

[25] *Ivi*, punto 39. Tali attività, quali quelle volte alla gestione della portata e alla preservazione dell'equilibrio idrogeologico, avrebbero comunque un carattere intrinsecamente accessorio, *ivi*, punto 41.

soprattutto i secondi, dai grandi impianti, ma che potrebbero essere richiesti anche ai concessionari di piccole derivazioni.

La Commissione ha sostenuto al riguardo che la fornitura di tali servizi possa già di per sé determinare l'applicazione della direttiva servizi in base al criterio stabilito nella sentenza *X e Visser*[26], mentre l'Avvocato generale, ancora una volta, afferma che «la fornitura (eventuale) di «servizi» di bilanciamento della rete non modifica la natura dell'attività svolta da una derivazione idroelettrica. Sia essa grande o piccola: tale attività resta produzione di energia»[27], e solo essa, indipendentemente peraltro dal tipo di fonte dalla quale l'energia è generata[28].

Il riferimento ai servizi di bilanciamento viene utilizzato dall'Avvocato generale per trarne alcune conclusioni che egli stesso giudica estensibili anche alle grandi derivazioni, a dimostrazione, di nuovo, che anche per esse l'attività di produzione di energia elettrica non costituisce un servizio. Viene, infatti, ricordato come in occasione della procedura di infrazione n. 2011/2026, relativa alle grandi derivazioni idroelettriche, la Commissione avesse sostenuto che «[l]a gestione di centrali idroelettriche per la generazione di energia idroelettrica costituisce un servizio fornito dietro retribuzione»[29], ai sensi della direttiva e del TFUE. Tale affermazione è confutata dall'avvocato generale «nella misura in cui la Commissione sembra collegare l'applicabilità della direttiva 2006/123 alle grandi derivazioni idroelettriche alla prestazione quasi sistematica di servizi di bilanciamento rete», quando in realtà tali servizi accessori non sono tali da mutare la natura dell'attività da produzione di bene a servizio[30].

Questa affermazione, che di per sé vale ad escludere la riconducibilità delle piccole derivazioni sotto la disciplina della direttiva servizi, potrebbe avere, come già rilevato, delle ricadute anche sulle grandi derivazioni. Anche per queste può porsi la domanda se effettivamente nel caso delle risorse idriche la relativa autorizzazione possa essere

---

[26] Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 30 gennaio 2018, cause riunite C-360/15 e C-31/16, EU:C:2018:44: «l'applicabilità della direttiva 2006/123 non dipende da una previa analisi dell'importanza dell'aspetto relativo alla libera prestazione dei servizi, tenendo conto delle circostanze specifiche del caso» (punto 94), con la conseguenza, ad avviso della Commissione, che, «laddove il giudice del rinvio constatasse che almeno alcune delle piccole derivazioni idroelettriche forniscono effettivamente in modo non marginale questo tipo di servizi, la direttiva 2006/123 sarebbe applicabile all'insieme dei suddetti impianti» (conclusioni dell'11 dicembre 2025, cit., punto 50). Considerazione che varrebbe a maggior ragione per le grandi derivazioni.

[27] Conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Regione Emilia-Romagna*, cit., punto 52.

[28] In questo senso, espressamente, anche il Governo francese, *ivi*, nota 47.

[29] *Ivi*, punto 70.

[30] *Ivi*, punto 72. Il richiamo alle finalità per le quali la concessione è stata rilasciata e la verifica «*se e in quale misura* l'attività esercitata mediante l'uso del bene demaniale possa essere qualificata come "servizio"» (*ivi*, punto 62) serve infine all'Avvocato generale per escludere l'applicazione del principio enunciato nella sentenza *Promoimpresa*, dove le concessioni erano attribuite proprio allo scopo di prestare servizi a carattere turistico ricreativo, elemento questo ritenuto determinante per assoggettarle al regime della direttiva servizi e che, sempre ad avviso dello stesso Avvocato generale, «è assente in concessioni come quelle di cui trattasi nel caso di specie» (*ivi*, punto 65).

qualificata come riferita alla «prestazione di un servizio» o piuttosto «alla produzione di un bene». Così fosse, si tratterebbe poi di stabilire quale sia allora il contesto normativo applicabile.

Già si è rilevato come le argomentazioni dell'avvocato generale siano state formulate in termini che prescindono, per quanto interessa in questa sede, dalla distinzione tra piccole e grandi derivazioni. Si possono peraltro addurre ulteriori considerazioni che depongono nel senso della estensione del medesimo ragionamento rivolto alle piccole derivazioni anche alle grandi derivazioni.

Il primo argomento è di carattere testuale, vale a dire che la direttiva servizi non distingue tra produzione «piccola» e produzione «grande», impianti sotto o sopra una certa soglia, concessioni di minore o maggiore impatto. La distinzione, sul piano sostanziale, è infatti solo tra bene e servizio. A ciò si aggiunge che, sul piano qualitativo, non esiste una differenza (se non per l'autoconsumo, che però non rileva ai fini delle considerazioni ora svolte) tra le due tipologie di derivazioni. Anche, infatti, nelle piccole derivazioni come nelle grandi, l'energia è prodotta industrialmente; è immessa nella rete nazionale; infine, è ceduta a terzi come bene standardizzato. Non cambia dunque la natura giuridica dell'attività, ma solo la scala di grandezza della stessa, tanto da far ritenere che, sotto una certa soglia, tali concessioni non siano di rilevanza per il mercato interno, di modo che per esse possa ritenersi esclusa la necessità del ricorso a procedure competitive.

La distinzione tra grandi e piccole derivazioni assume, dunque, certamente rilevanza, ma unicamente ai fini della loro assoggettabilità o meno a procedure di evidenza pubblica, a seconda che rivestano o meno interesse transfrontaliero, fermo restando che per entrambe si tratterebbe comunque di procedure stabilite sulla base dei principi del TFUE e generali dell'ordinamento interno, e non della direttiva sui servizi e neppure di quella sulle concessioni (anche) di servizi (2014/23/UE) o sugli appalti di servizi (2014/24/UE), non ricadendo la fattispecie nell'ambito di applicazione di alcuna di queste direttive.

4. La complessità giuridica delle concessioni di grandi derivazioni.

Per poter stabilire quale sarebbe la disciplina applicabile alla assegnazione delle concessioni per grandi derivazioni idroelettriche nel caso la Corte di giustizia accedesse alla interpretazione suggerita dall'avvocato generale, occorre prendere le mosse dalla analisi della fattispecie oggetto della concessione. Nel caso delle grandi derivazioni idroelettriche si devono distinguere piani diversi, che nel diritto interno vengono fusi in un'unica «concessione», creando un disordine ordinamentale che ha impedito una corretta impostazione della questione della concessione stessa o del suo rinnovo. Si possono invece distinguere tre diverse tipologie di fattispecie: l'uso della risorsa idrica (bene demaniale), mediante derivazione e sfruttamento dell'acqua pubblica; la

produzione di energia elettrica, attività economica esercitata sul mercato; e, infine, la gestione dell'impianto idroelettrico, attività industriale, strumentale alla produzione di energia, come tale qualificabile come servizio accessorio alla produzione di energia elettrica, ai sensi della giurisprudenza *ECO-Wind*[31].

Nell'impostazione fino ad oggi seguita le tre fattispecie vengono accomunate, ponendo come centrale ai fini della qualificazione l'attività di sfruttamento della risorsa idrica mediante la gestione dell'impianto. Come infatti affermato dal Governo italiano nelle sue osservazioni scritte, l'oggetto delle concessioni consiste nel diritto di derivare l'acqua pubblica e di utilizzarla per la produzione di energia elettrica attraverso la realizzazione di un impianto e di una serie di opere secondo le prescrizioni della concessione[32]. In altre parole, la produzione dell'energia elettrica verrebbe attratta nell'ambito della concessione del bene demaniale, trovando così applicazione i principi di cui alla sentenza *Promoimpresa*[33], senza alcuna considerazione per la finalità dell'attività così svolta.

Secondo invece l'impostazione dell'Avvocato generale, il «servizio» non coinciderebbe con l'utilizzo della risorsa idrica in sé, né con la relativa concessione demaniale come tale, e neppure con la gestione della centrale idroelettrica; bensì a venire in considerazione è, nel suo complesso, l'attività economica di produzione e messa a disposizione di energia elettrica, mediante sfruttamento di tale risorsa attraverso l'impianto idroelettrico. A rilevare sono infatti le finalità per le quali la concessione è stata rilasciata e la natura del risultato dell'attività economica così svolta.

Riassumendo, la risorsa idrica resta un bene demaniale e il suo utilizzo per la produzione di energia non diventa un «servizio»; lo sfruttamento del bene è unicamente il presupposto materiale dell'attività di produzione con la conseguenza che l'uso dell'acqua, se considerato isolatamente, può continuare a essere regolato da una concessione amministrativa, di per sé non soggetta alla direttiva servizi.

Quanto all'impianto idroelettrico, la sua gestione è in via astratta giuridicamente separabile dalla mera produzione di energia elettrica, ma non muta comunque la natura della prima, tanto più che si tratta di un bene spesso di proprietà del concessionario (salvo devoluzione finale), utilizzato in forza di un titolo diverso dalla concessione dell'acqua, ovvero in ragione di un diritto di proprietà, di una concessione di beni, di un diritto di superficie, o di una combinazione di titoli, e la cui gestione potrebbe essere anche affidata dal titolare della concessione ad un terzo[34]. La gestione dell'impianto, come supporto a un servizio economico, riveste dunque un carattere accessorio, che peraltro rispecchia l'attuale costruzione nel nostro ordinamento dell'istituto della concessione idroelettrica

[31] Sentenza *Syndyk Masy c. Samorządowe Kolegium Odwoławcze w Kielcach*, cit., punto 59.

[32] Conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Regione Emilia-Romagna*, cit., nota 30.

[33] *Ivi*, nota 46.

[34] *Ivi*, punto 45.

che è «onnicomprensiva» (uso dell'acqua, gestione dell'impianto, attività di produzione dell'energia elettrica) e finalizzata, verso l'esterno, ovvero nei confronti della rete, alla produzione di un bene e non alla prestazione di un servizio.

La produzione di energia elettrica è, dunque, secondo questa ricostruzione, una attività industriale, che culmina nella immissione sul mercato di un bene fungibile (l'energia), non in una prestazione personalizzata o funzionale verso un utente determinato. D'altra parte, non esiste nel ragionamento finora seguito spazio per un «salto qualitativo» che possa trasformare la produzione industriale di energia in servizio solo perché l'impianto è grande, l'investimento è rilevante, oppure, la concessione è di lunga durata.

Quanto poi alla possibile obiezione che l'energia viene ceduta a terzi, ciò non vale, secondo il ragionamento dell'Avvocato generale, a mutare la natura dell'attività in un servizio. Vendere un bene a terzi non trasforma automaticamente l'attività in servizio; altrimenti ogni attività manifatturiera sarebbe un servizio: produrre acciaio o produrre cemento o produrre elettricità non sarebbero attività diverse, ma la direttiva servizi esclude proprio le attività industriali di produzione di beni, anche se quei beni sono poi venduti sul mercato. In definitiva, la cessione dell'energia è una fase di «commercializzazione del bene», non una «prestazione di servizi».

5. La normativa applicabile al rinnovo delle concessioni di grandi derivazioni e le relative procedure.

Volendo trarre delle conclusioni, a trovare applicazione, in tema di assegnazione/rinnovo di concessioni di grandi derivazioni, sarebbero direttamente le libertà fondamentali del TFUE, in particolare, art. 49 TFUE (libertà di stabilimento)[35], con i principi di non discriminazione, trasparenza, e proporzionalità, ed eventualmente altre norme secondarie applicabili *ratione materiae*[36], e il diritto interno.

Il che significa che non esiste un obbligo automatico di «gara» (in senso atecnico) secondo il modello «Bolkestein», ma ricorre un obbligo di procedure comparative per il rinnovo, secondo una logica diversa, più flessibile e più aderente alla realtà delle grandi derivazioni che impongono investimenti ad alta intensità di capitale e lunghi cicli di ammortamento. In particolare, con riguardo alla normativa secondaria dell'Unione,

[35] In tal senso vedi anche la Commissione europea, lettera di costituzione in mora complementare, cit., che ritiene applicabile l'art. 49 del TFUE nel caso la disciplina delle concessioni idroelettriche non ricadesse sotto l'art. 12 della direttiva servizi, con la possibilità che eventuali limitazioni all'esercizio del diritto di stabilimento possano essere giustificate da motivi imperative d'interesse generale, «quali considerazioni di protezione dell'ambiente, di sicurezza delle forniture e di certezza del diritto e legittimo affidamento».

[36] Conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Regione Emilia-Romagna*, cit., punto 99. In tal senso, vedi anche Corte costituzionale, ordinanza n. 161/2024, cit., punto 7.5.

verrebbe a questo punto in considerazione la direttiva sul mercato interno dell'energia[37], il cui art. 8 si limita ad imporre una procedura di autorizzazione informata a criteri di obiettività, trasparenza e non discriminazione, con esclusivo riguardo a nuovi impianti di generazione, senza nulla disporre in merito ai rinnovi o alla riassegnazione dei titoli di impianti già esistenti. Tale disposizione dispone peraltro che gli Stati membri nel definire i criteri tengono in considerazione tutta una serie di elementi, che includono, tra l'altro, la sicurezza della rete, la sicurezza pubblica, la protezione dell'ambiente, l'assetto del territorio, nonché le caratteristiche specifiche del richiedente, come la sua capacità tecnica, economica e finanziaria, e che potrebbero trovare applicazione, per scelta dello Stato, anche in sede di rinnovo.

In sostanza, muovendo dall'idea che la materia in gioco sia quella dell'energia[38] più che (solo) quella (trasversale) della tutela della concorrenza, il rinnovo non è escluso ma deve avvenire nel rispetto dei principi posti dai Trattati e tenendo conto, ove ne ricorrano le condizioni, di esigenze (imperative) dell'ordinamento[39], quali, ad esempio, l'indipendenza energetica, la sicurezza della fornitura e il rispetto dell'ambiente.

Queste conclusioni, coerenti con quelle cui è giunto l'avvocato generale, erano in larga misura già ipotizzabili anche nel diverso contesto della applicazione della direttiva servizi, che di per sé non impone la procedura di gara e inoltre consente di introdurre eccezioni al ricorso a procedure di evidenza pubblica. In base, infatti, all'art. 12, par. 1, il rilascio delle autorizzazioni deve avvenire previo esperimento di procedure competitive di selezione dell'assegnatario, con divieto, in base al par. 2, di proroga o rinnovo automatico delle concessioni scadute. Il successivo par. 3 prevede che i criteri per la selezione dell'assegnatario delle autorizzazioni relative a beni scarsi possano tenere conto di motivi imperativi d'interesse generale. Gli stessi motivi imperativi d'interesse generale, in base all'art. 52, par. 2 TFUE (richiamato dall'art. 62 TFUE), consentono di derogare all'art. 49 (libertà di stabilimento), e all'art. 56 (libera prestazione dei servizi) TFUE. Qualunque dunque sia la base giuridica, la direttiva o il diritto primario, quei motivi consentono comunque di introdurre dei correttivi alle procedure di evidenza pubblica, fermo restando che, una volta esclusa la natura di servizio della attività in oggetto e dunque l'applicazione della direttiva, i criteri da seguire per declinare le procedure competitive di selezione possono essere anche meno stringenti e più aderenti

[37] Vedi direttiva (UE) 2019/944 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 giugno 2019, sul mercato interno dell'energia elettrica (rifusione), attuata con decreto legislative 8 novembre 2021, n. 210. L'art. 8 della direttiva non è stato oggetto di modifica da parte della direttiva (UE) 2024/1711 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che modifica le direttive (UE) 2018/2001 e (UE) 2019/944 per quanto riguarda il miglioramento dell'assetto del mercato dell'energia elettrica dell'Unione, attuata con decreto legislativo 7 gennaio 2026, n. 3.

[38] In merito, vedi G. PROVVISIERO, *La Regione Abruzzo e l'energia: le vicende delle comunità energetiche rinnovabili e delle concessioni idroelettriche*, in *Federalismi.it*, 20 novembre 2024, n. 28, pp. 130-144, reperibile *online*.

[39] R. CAFARI PANICO, *L'assegnazione delle concessioni idroelettriche*, cit., p. 88 ss.

al contesto specifico della derivazione in oggetto. Restano invece esclusi, in via di principio, i rinnovi (o le proroghe) automatici e gli altrettanto ingiustificati diritti di preferenza per il concessionario uscente.

In altri termini, se già in base all'orientamento oggi seguito, l'obbligo della gara si traduce in un rispetto delle procedure di evidenza pubblica, l'adesione all'indirizzo interpretativo indicato dall'avvocato generale consentirebbe una maggiore flessibilità nella scelta della procedura di assegnazione e/o rinnovo, non escludendo, a certe condizioni, anche una possibile proroga o rinnovo, non vietati in sé, ma che devono essere giustificati e strutturati sotto il profilo della concorrenza e proporzionalità, in modo da non precludere arbitrariamente l'accesso al mercato italiano a operatori di altri Stati membri.

D'altra parte, riconoscere alle concessioni idroelettriche, qualunque sia la loro dimensione, la natura di situazioni giuridiche complesse finalizzate alla produzione di energia idroelettrica, come tali escluse dall'ambito di applicazione della direttiva servizi, significherebbe fornire finalmente agli Stati membri un criterio uniforme nella fase (legislativa) *ex ante* che gli stessi Stati membri possono declinare a valle, nella fase *ex post*, secondo le rispettive esigenze. Il tutto nel rispetto dei principi fondamentali del Trattato e della normativa secondaria dell'Unione, facendo eventualmente valere in tale contesto i propri interessi pubblici e strategici, senza che questo possa significare un «*reversal*» ai fini della valutazione degli impegni assunti dal nostro Paese in tema di PNRR[40].

6. Una via nazionale alla regolamentazione del comparto idroelettrico. Prospettive *de iure condendo*.

In definitiva, qualunque sia la decisione che sarà adottata dalla Corte di giustizia, la cui pronuncia è attesa nei prossimi mesi, il risultato è che le conclusioni dell'Avvocato generale, rafforzano, comunque, seppure per altra strada, quanto già si aveva avuto modo di sottolineare[41] in merito alla possibilità di tratteggiare «una via nazionale» (o anche «quarta via») alla regolamentazione del comparto idroelettrico e quindi alla sovranità ed indipendenza energetica. Ciò significa che le amministrazioni competenti (*in primis* le

[40] Al riguardo, la bozza del decreto-legge 9 dicembre 2023, n. 181, recante «Disposizioni urgenti per la sicurezza energetica del paese, la promozione del ricorso alle fonti rinnovabili, il sostegno alle imprese a forte consumo di energia, nonché il funzionamento del mercato al dettaglio dell'energia elettrica» prevedeva all'art. 3 (Misure urgenti in materia di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico) una serie di modifiche all'art. 12 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, che prevedevano, tra l'altro, per le Regioni e le province autonome la possibilità di «riassegnare direttamente al concessionario scaduto o uscente» le concessioni, al fine di soddisfare una serie di interessi ed esigenze specificamente indicati, senza peraltro far riferimento a motivi imperativi d'interesse generale. In particolare, quest'ultima proposta è stata ritenuta inaccettabile perché ogni «retromarcia» sulla messa a gara delle concessioni idroelettriche avrebbe potuto mettere a rischio il pagamento della quinta rata del PNRR.

[41] R. CAFARI PANICO, *L'assegnazione delle concessioni idroelettriche*, cit., p. 102.

Regioni) potrebbero, con adeguata motivazione, tenendo anche conto dei criteri di cui alla direttiva 2019/944, offrire al gestore uscente la possibilità di presentare un nuovo piano industriale basato sui necessari investimenti, oppure, anche richiamando motivi (imperativi) d'interesse generale, adottare soluzioni di selezione concorrenziale più modulate e di fatto attenuate.

Al riguardo giova osservare che l'art. 1, comma 1-*ter* del citato decreto legislativo n. 79 del 1999, non solo amplia il novero delle procedure cui è possibile far ricorso, fra le quali ora compare la finanza di progetto (art. 193 del Codice dei contratti pubblici), ma, nel richiamare le procedure del già vigente comma 1-*bis*, precisa anche che esse sono effettuate «in ogni caso secondo parametri competitivi, equi e trasparenti» tenendo conto, fra l'altro, «degli interventi di miglioramento della sicurezza delle infrastrutture esistenti e di recupero della capacità di invaso». Si tratta evidentemente di parametri di valutazione da porre alla base di una procedura competitiva per l'assegnazione di concessioni scadute o di prossima scadenza, ma che possono assumere una rilevanza del tutto particolare quando le esigenze sottese impongano una risposta anticipata in tema di interventi infrastrutturali e investimenti rispetto alla scadenza naturale.

L'ipotesi in considerazione è principalmente quella in cui la Regione, di propria iniziativa o sollecitata dal soggetto interessato, a seguito di una valutazione condotta con criteri trasparenti ed oggettivi della necessità immediata di procedere all'adozione di interventi in specie infrastrutturali, a tutela dell'ambiente e per promuovere lo sviluppo energetico, già prima della scadenza della concessione, avvii, secondo parametri equi e trasparenti cui sia data idonea pubblicità, una procedura indirizzata al concessionario uscente volta ad accertare la sua disponibilità ad avviare immediatamente un piano di investimenti convenuto che soddisfi le ragioni imperative già individuate, a fronte di una risoluzione anticipata della concessione in essere e del suo rinnovo per un periodo ritenuto adeguato sulla base dei criteri indicati fra l'altro dal menzionato art. 1, comma 1-*ter*. Nel caso di manifestazione di interesse del concessionario, si procederebbe con gli opportuni adattamenti secondo lo schema procedimentale della finanza di progetto[42]. Quella che la disciplina comunitaria vuole escludere è una proroga automatica che avvenga in assenza di una procedura di evidenza pubblica; nulla osta, invece, a che gli interessi generali e strategici del Paese vengano salvaguardati nel modo più opportuno, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della gestione amministrativa fissati dall'art. 97 della Costituzione e posti dal diritto dell'Unione alla base della libertà di stabilimento, dandone la più ampia pubblicità. Ove poi il concessionario non aderisse alla proposta formulata dalla Regione, la assegnazione della concessione, giunta a scadenza, verrebbe assoggettata alle ordinarie procedure di selezione.

[42] In merito alla contrarietà al diritto dell'Unione del diritto di prelazione riconosciuto al promotore nella finanza di progetto, vedi Corte di giustizia, sentenza del 5 febbraio 2025, causa C-810/24, *Urban Vision*, EU:2026:69.

Non può, infine, escludersi che, *de iure condendo*, si possa immaginare un'evoluzione normativa in senso diverso da quella attualmente indirizzata all' introduzione generalizzata di gare basate su procedure competitive, senza un adeguato riconoscimento degli interessi anche del concessionario uscente, coincidenti, a determinate condizioni, con quelli generali della collettività. In particolare, tale evoluzione dovrebbe avvenire tenendo conto della necessità di valorizzare aspetti di tutela dell'ambiente e, in generale, per fini di salvaguardia delle varie tipologie di risorse energetiche rinnovabili e di conseguimento di obiettivi strategici in ambito ambientale, inquadrati nel più ampio contesto degli obiettivi strategici dell'Unione europea nel campo energetico ed ambientale e della loro declinazione anche in specifici interventi previsti dal PNRR. Il tutto per giungere a una diversa regolamentazione, in sede di definizione dei criteri di selezione, delle autorizzazioni per l'uso dell'acqua a scopo di produzione di energia idroelettrica. Ciò consentirebbe di valorizzare la precedente prassi di rinnovi e di proroghe delle concessioni in essere, nel senso di consentire a determinate condizioni, soprattutto legate ad uno specifico programma di investimenti concordato con l'amministrazione aggiudicante, che venga rinnovata (piuttosto che prorogata) la concessione per un periodo proporzionale alla significatività degli investimenti stessi e al periodo di loro ammortamento.

7. La riforma del settore idroelettrico in Francia. Riflessioni conclusive.

Pare dunque sia giunto il momento per un ripensamento dell'attuale quadro normativo non solo italiano, ma anche, più in generale, europeo, anche se le soluzioni potranno comunque essere ancora diversificate secondo gli istituti specifici con cui ciascun Paese membro intende tutelare i propri interessi «pubblici» nel settore della produzione di energia idroelettrica. Indicazioni in tal senso provengono dalla nuova regolamentazione in corso di approvazione in Francia, dove il settore delle concessioni idroelettriche è in rapida evoluzione, seppure seguendo un percorso apparentemente inverso a quella ipotizzato nel nostro Paese. Se, infatti, in sintesi, l'aspirazione degli operatori italiani del settore sarebbe quella di sottrarre la disciplina in oggetto dall'ambito di applicazione della direttiva servizi, il disegno di legge francese n. 2334[43], del 13 gennaio 2026, si muove nel senso opposto, ossia di abbandonare il regime delle concessioni, ai sensi della direttiva 2014/23[44], per ricondurre il tutto sotto un regime di autorizzazioni, ai sensi della direttiva Bolkestein. Quella che parrebbe una paradossale

[43] Proposition de loi visant a relancer les investissements dans le secteur de l'ydroélectricité pour contribuer à la transition énergétique, n. 2334 rettificato, depositato martedì 13 gennaio 2026. Dopo le modifiche apportate il nuovo testo della proposta, depositato il 28 gennaio 2026, reca ora il numero 2405-AO.

[44] In merito alla distinzione tra i due regimi di concessione e di autorizzazione di servizi, vedi, per tutti, S. D'ACUNTO, *Tipologie di concessioni*, cit., p. 49 ss.

contraddizione trova in realtà una giustificazione nella particolarità del sistema francese, che vede da sempre *Électricité de France* («EDF») in posizione dominante sul mercato, e nel ruolo tradizionalmente svolto dalla «proprietà pubblica» nella produzione di energia, cui è attribuita la natura di risorsa strategica da mantenere sotto il controllo nazionale.

Nell'agosto del 2025[45], il Governo francese ha annunciato di aver raggiunto con la Commissione europea un «accord de principe» («Accordo») sulle modalità con cui consentire «*une relance massive des investissements*» nel settore delle derivazioni idroelettriche, con ricadute positive su tutto il territorio montano interessato, al fine di favorire la «*transition énergétique*» e la «*gestion de l'eau*». Per dare attuazione a tale Accordo è stata presentata la menzionata proposta di legge di riforma.

Le concessioni idroelettriche hanno storicamente in Francia la natura di concessioni di servizi pubblici, in cui le opere appartengono allo Stato e il loro sfruttamento da parte dei concessionari, che godono anche di un diritto esclusivo di sfruttamento della risorsa idrica, si qualifica come servizio pubblico. Come tali, le concessioni sono soggette alla disciplina della direttiva 2014/23, che prevede che il rinnovo ed eventualmente la proroga avvengano secondo procedure di selezione («*d'appel d'offres*») che la Francia, nel tempo, non ha mai avviato, come rilevato dalla Commissione europea nella lettera di costituzione in mora («*mise en demeure*») del 7 marzo 2019[46]. Al fine di evitare la prosecuzione della procedura d'infrazione, la Francia ha concluso 2025, il già ricordato Accordo con la Commissione, che prevede principalmente il passaggio dal regime delle concessioni a quello delle autorizzazioni, di cui alla direttiva servizi, secondo uno schema articolato in tre punti («*trois volets*»).

Il primo punto riguarda il cambiamento di regime che, come previsto dalla proposta di legge n. 2334 consentirebbe, nelle intenzioni del Governo francese, di sottrarre le concessioni idroelettriche al regime di selezione competitiva[47]. Le concessioni di cui alla direttiva 2014/23 sono, infatti, soggette a procedure di evidenza pubblica, non rigidamente formalizzate ma comunque basate sul rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, mentre le autorizzazioni hanno logiche diverse, venendo rilasciate su istanza dell'operatore e con condizioni fissate dall'autorità competente, mentre gli impianti non sono di proprietà pubblica (come invece accade oggi in Francia).

---

[45] Sul sito ufficiale del Governo è comparsa la seguente comunicazione: «*[l]e Premier ministre salue le franchissement d'une étape importante pour la relance des investissements dans le sectuer de l'hydroélectricité*», in cui vengono riassunti i punti dell'accordo.

[46] Commissione europea, Communiqué de presse, Concessions en matiére d'énergie hydroélectrique: La Commission demande à 8 Etats membres de se conformer au droit de l'Union, 7 marzo 2019.. Vedi anche, per una ricostruzione del quadro normativo vigente, Rapports de Commission d'enquéte, *Écalirer l'avenir: l'élecrticité aux horizons 2035 et 2050*, Rapport n. 714 (2023-2024), vol. I, del 2 luglio 2024.

[47] Nell'accordo, al secondo punto, si prevede infatti espressamente «[*l]a possibilité de maintenir les exploitations en place, indispensable pour garantir la continuité de l'exploitation des ouvrages au ragard des enjeux de sécurité de ces derniers, de gestion de l'eau, de mantien des compétences et des emplois locaux, et de retour de valeursur les territoires, au bénéfice de l'intérêt général*».

Le autorizzazioni non sono perciò soggette necessariamente a procedure di selezione competitiva («messe a gara»), ma a criteri oggettivi e non discriminatori e, soprattutto, possono essere rinnovate, o mantenute, se l'operatore soddisfa i requisiti prefissati.

Al fine di superare la possibile obiezione relativa alla proprietà degli impianti, dal momento che l'autorizzazione implica che «le opere » siano del soggetto autorizzato (salvo devoluzione finale), la proposta prevede, all'art. 2, la risoluzione degli attuali contratti di concessione e l'attribuzione ai concessionari di un diritto reale della durata di settanta anni (secondo un istituto tipico dell'ordinamento amministrativo francese che consente, in tal modo, di evitare che i titolari dell'autorizzazione, in specie EDF e pochi altri, debbano acquistare gli impianti dallo Stato), abbinato ad un diritto di occupazione demaniale.

L'Accordo con la Commissione contiene, peraltro, al primo e al terzo punto, due significative eccezioni al meccanismo in esame: la prima riguarda la Compagnie Nationale du Rhône («CNR »), che, in base all'art. 14 del disegno di legge, sarebbe esclusa dal campo di applicazione dello stesso disegno di legge, in ragione del fatto che i suoi impianti «*rèlevent d'un statut legislatif specifique*»[48]; la seconda concerne la cessione, da parte di EDF, a terzi (concorrenti), secondo una procedura di vendita all'asta («*via des enchéres concurrentielles*»), di 6GW di capacità idroelettrica a prezzi regolamentati, come misura compensativa per la mancata apertura del mercato dell'idroelettrico alla concorrenza.

Il meccanismo autorizzatorio (già in parte presente in Francia per le produzioni inferiori a 4.500 KW e attualmente sottratto alle procedure competitive) salvaguarderebbe, in sostanza, la continuità della gestione in capo agli attuali concessionari, consentendo così gli investimenti necessari per realizzare gli interessi strategici francesi nel settore energetico, a condizioni «*réspondant à des raisons impérieuses d'intérêt général*».

A parte le considerazioni in merito al ruolo dominante sul mercato che EDF continuerebbe a rivestire, già oggetto di rilievi critici della Commissione europea, va rilevato che il nuovo approccio (già utilizzato per il nucleare) non terrebbe apparentemente conto del fatto che, come già ricordato, quando il numero di autorizzazioni disponibili sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche, trova applicazione l'art. 12 della direttiva servizi che impone il ricorso a procedure di selezione competitiva. È così evidente che, se si dovesse ritenere che anche nel caso in oggetto debba trovare applicazione detto art. 12, si riproporrebbe nell'ordinamento francese, anche dopo la riforma, lo stesso problema già sorto in merito all'applicazione della direttiva sulle concessioni, ovvero l'obbligo di avviare procedure competitive. In realtà, il ragionamento seguito dal legislatore francese assume come

[48] CNR copre all'incirca un quarto della capacità totale di produzione idroelettrica ed è di proprietà di soggetti pubblici.

presupposto che il perseguimento dell'interesse pubblico, ossia l'affermarsi delle «*raisons impérieuses d'intérêt général*», richiamate e precisate nel loro contenuto all'art. 2 del disegno di legge, giustifichi, come consentito dal par. 3 dello stesso art. 12 della direttiva servizi, una deroga alle procedure rigidamente competitive, a favore di procedure più flessibili da svolgere tenendo conto, come già in precedenza osservato, dei motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto comunitario, vale a dire facendo riferimento ai principi generali dell'ordinamento dell'Unione (quali, non discriminazione, trasparenza, obiettività).

In definitiva, il vero quesito è se in effetti questo cambio di regime, in apparenza più formale che sostanziale, possa evitare di ricadere nell'obbligo «di gara», o comunque lo attenui significativamente, se non addirittura lo escluda.

La risposta è la stessa che si può dare con riguardo al regime di autorizzazione (anche se denominato «di concessione» secondo la nostra tassonomia amministrativistica) attualmente vigente nel nostro Paese e verso il quale la Francia vorrebbe, pur con differenze, specie sul piano del regime giuridico della «proprietà» degli impianti, approdare. Vale a dire che, come precedentemente rilevato, già ora il ricorso a ragioni imperative di interesse generale potrebbe consentire che il rinnovo delle attuali concessioni (autorizzazioni, dunque, nel linguaggio europeo) avvenga secondo procedure sottoposte unicamente ai principi generali dell'ordinamento comunitario e riguardo alle quali lo Stato gode di una rilevante discrezionalità, potendo prendere in considerazione nella loro declinazione le esigenze e interessi di carattere pubblico. Del resto, come già accennato, l'obiezione principale è che l'introduzione di deroghe al ricorso alla «gara» significherebbe un «passo indietro» rispetto agli obblighi assunti con il PNRR; obiezione che in realtà è superabile anche solo sulla base del dato letterale degli impegni relativi all'attuazione del PNRR, non avendo peraltro il nostro Governo mai espressamente rinunciato ad avvalersi della deroga consentita per motivi imperativi di interesse generale[49].

L'interesse per la posizione francese risiede, quindi, soprattutto nella rilevanza riconosciuta, ai fini delle procedure di autorizzazione, agli interessi pubblici/strategici dello Stato interessato che consentirebbero di derogare al regime pro competitivo di cui all'art. 12 della direttiva Bolkestein, in caso di scarsità della risorsa naturale, per ricondurre invece il rilascio della autorizzazione stessa sotto il regime generale che non prevede di per sé il ricorso a procedure competitive, ma solo il soddisfacimento da parte dell'stante dei requisiti previamente stabiliti.

Ovviamente, tutto il contesto cambierebbe se venisse accolto dalla Corte di giustizia, in via generale, il principio affermato dall'Avvocato generale nel caso *Regione Emilia-Romagna*, secondo cui l'attività di produzione dell'energia elettrica non si

[49] Per ampie considerazioni al riguardo, vedi R. CAFARI PANICO, *L'assegnazione delle concessioni idroelettriche*, cit., p. 93 ss.

qualifica come prestazione di servizi, ai sensi della direttiva Bolkestein, ma piuttosto come produzione di un «bene» (l'energia). In questo caso l'intero scenario regolamentare andrebbe riscritto. Ma questa è tutta un'altra storia.

Al momento, in attesa della decisione della Corte di giustizia che, nel caso accogliesse le conclusioni dell'avvocato generale, riaprirebbe i giochi, la strada da seguire, per la tutela degli interessi imperativi del nostro Paese, è quella di affiancare la Francia nella affermazione della natura strategica e di interesse generale (anche ambientale) dell'attività di produzione dell'energia elettrica che giustificherebbe una deroga alle procedure di selezione competitiva. In altri termini, la proposta francese potrebbe fornire lo «scudo» per rinegoziare con Bruxelles l'intero assetto del settore dell'idroelettrico italiano, facendo valere, come si propone di fare la Francia, le esigenze strategiche del nostro Paese, in nome della sovranità ed indipendenza energetica, e ricercando, auspicabilmente, un accordo con la Commissione europea anche sotto il profilo degli aiuti di Stato eventualmente necessari per lo sviluppo degli investimenti nel settore.

ABSTRACT: Il contributo sostiene che le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona l'11 dicembre 2025 in tema di piccole derivazioni possono segnare un punto di svolta nella disciplina giuridica dell'intero settore delle concessioni idroelettriche. Qualificando l'attività di produzione di energia elettrica come produzione di un bene e non come prestazione di un servizio, il ragionamento dell'Avvocato generale mette in discussione l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE alle concessioni idroelettriche, a prescindere dalla loro dimensione. L'analisi dimostra che, qualora tale impostazione fosse accolta dalla Corte di giustizia, il quadro normativo applicabile al rinnovo delle concessioni di grandi derivazioni dovrebbe essere ricondotto principalmente al diritto primario dell'Unione, in particolare all'art. 49 TFUE, e alla normativa settoriale in materia di energia, piuttosto che alla direttiva servizi. Questo mutamento non elimina le esigenze concorrenziali, ma ne modifica profondamente la portata, consentendo l'adozione di meccanismi selettivi più flessibili e proporzionati, adeguati alla natura strategica e ad alta intensità di capitale delle infrastrutture idroelettriche. Tale rilettura aprirebbe la strada a una coerente "via nazionale" alla regolamentazione del comparto idroelettrico, capace di conciliare apertura del mercato, stabilità degli investimenti e tutela di interessi pubblici prevalenti, senza pregiudicare gli impegni assunti nell'ambito del PNRR. La necessità di tenere conto nella disciplina dell'attività di produzione di energia idroelettrica dei motivi imperativi di interesse generale è alla base anche della proposta di riforma dell'intero settore attualmente in corso di approvazione in Francia.

PAROLE CHIAVE: concessioni idroelettriche; piccole derivazioni e grandi derivazioni; produzione di beni e prestazione di servizi; produzione di energia elettrica; direttiva servizi (2006/123/CE); motivi imperativi di interesse generale; procedure selettive e concorrenza; rinnovo delle concessioni; proposta francese di riforma.

Awaiting the Court of Justice's ruling on small-scale water concessions (reflections on the Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona and their possible implications for large-scale concessions)

ABSTRACT: *The article argues that the Opinion delivered by Advocate General Campos Sánchez-Bordona on 11 December 2025 concerning small-scale hydropower derivations may represent a turning point in the legal regulation of the hydropower concessions sector as a whole. By characterising electricity generation as the production of a good rather than the provision of a service, the Advocate General's reasoning calls into question the applicability of Article 12 of Directive 2006/123/EC to hydropower*

concessions, irrespective of their size. The analysis shows that, should this approach be endorsed by the Court of Justice, the legal framework governing the renewal of large-scale hydropower concessions would primarily have to be derived from EU primary law, in particular Article 49 TFEU, and from sector-specific energy legislation, rather than from the Services Directive. While this shift does not remove competitive requirements, it significantly reshapes their scope, allowing for more flexible and proportionate selection mechanisms that better reflect the strategic nature and capital-intensive character of hydropower infrastructure. Such a reinterpretation would open the way to a coherent "national pathway" for regulating the hydropower sector, capable of balancing market openness, investment stability, and the protection of overriding public interests, without jeopardising the commitments undertaken under the National Recovery and Resilience Plan (NRRP). The need to take into account, in the regulation of hydroelectric energy production activities, overriding reasons of general interest also underlies the proposal for reform of the entire sector currently undergoing approval in France.

KEYWORDS: *hydropower concessions; small-scale and large-scale derivations; production of goods and provision of services; electricity generation; services directive (2006/123/EC); overriding reasons relating to the public interest; selective procedures and competition; renewal of concessions; French proposal for reform.*