



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Superiore delle acque pubbliche nelle persone dei signori:



GIUDICI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel ricorso in sede di legittimità, iscritto al n. R.G. 163 dell'anno 2023,
vertito

TRA



RICORRENTE

CONTRO



RESISTENTE

NON COSTITUITA IN GIUDIZIO

OGGETTO: ANNULLAMENTO

- della DGR 12 giugno 2023 - n. XII/447 della Regione Lombardia, pubblicata sul BUR n. 24 del 15 giugno 2023, recante “*Disposizioni in merito alla monetizzazione integrale dell’energia gratuita, determinata a consuntivo per l’anno 2022, fornita dalle grandi derivazioni idroelettriche ai sensi della l.r. 30 dicembre 2019, n. 23 e della d.g.r. n. XI/3347 del 6 luglio 2020*” e dei relativi Allegati A e B;
 - della presupposta ed ivi richiamata DGR 6 luglio 2020 n. 3347 recante “Prime determinazioni in materia di obbligo di fornitura alla Regione di energia gratuita dalle grandi derivazioni idroelettriche in attuazione della legge regionale 30 dicembre 2019 n. 23, art. 31”;
 - della richiesta di pagamento trasmessa dalla Regione alla ricorrente a mezzo pec il 15 giugno 2023 a titolo di monetizzazione dell’energia gratuita determinata a consuntivo e relativa all’anno 2022;
 - di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e conseguente quand’anche sconosciuto;
- con richiesta di rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale:



a) della legge Regione Lombardia 30/12/2019 n. 23, con particolare riferimento ai commi da 7 a 12 dell'art. 31 recante: "Obbligo di fornitura alla Regione di energia gratuita dalle grandi derivazioni idroelettriche in attuazione dell'articolo 12, commi 1 *quinquies* e 1 *septies*, del d.lgs. 79/1999, come modificato dall'articolo 11 *quater* del decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135 (Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione) convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12", per violazione degli artt. 3, 11, 41, 42, 43 e 117, co. 1 e 3, Cost;

(b) della legge Regione Lombardia 08/04/2020, n. 5 (recante "Disciplina delle modalità e delle procedure di assegnazione delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche in Lombardia e determinazione del canone in attuazione dell'articolo 12 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (Attuazione della Direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica), come modificato dall'articolo 11 *quater* del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 (Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la Pubblica Amministrazione) convertito, con modificazioni, dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12"), con particolare riferimento al suo art. 20 (recante "*Canone di concessione per grandi derivazioni idroelettriche*"), per violazione degli articoli 3, 11, 41, 42, 43, e 117, co. 1 e 3, Cost.

FATTO

1. Italgen S.p.A. nel territorio della Regione Lombardia attualmente gestisce, in regime di prosecuzione temporanea ex art. 53-bis, l.r. Lombardia n. 26/2003, tre grandi derivazioni idroelettriche ed è inoltre titolare di altra



concessione di grande derivazione.

1.1. Dette grandi concessioni sono utilizzate da impianti idroelettrici della società i quali fanno parte, da lungo tempo, di una configurazione elettrica di autoapprovvigionamento elettrico, riconosciuta dall'ARERA e denominata SEESU-D, nell'ambito della quale l'energia elettrica prodotta non viene interamente immessa nella rete elettrica nazionale (RTN) ma viene messa a disposizione di unità di consumo facenti parte della configurazione, per mezzo di linee elettriche private e le relative eccedenze vengono immesse in rete.

1.2. La società è soggetta all'obbligo di cessione gratuita di energia elettrica di cui all'art. 12 comma 1 *quinquies* d.lgs. 79/99 e dell'art. 31 della l.r. 23/2019.

1.3. Peraltro, per l'anno 2022, la Regione, in tesi attorea, non avrebbe calcolato l'importo secondo i criteri di legge, procedendo diversamente e discostandosi dalla normativa di riferimento.

1.4. Infatti, in tesi di parte ricorrente, contrariamente a quanto riportato nelle premesse della DGR 447/2023 e della successiva richiesta di pagamento del 15 giugno 2023, l'importo ingiunto non era stato calcolato dalla Regione sulla base della quantità di energia immessa in rete, ma sulla base della produzione oraria e ciò in violazione della normativa di riferimento ed in contrasto con i precedenti atti della stessa Regione, riferiti agli anni precedenti.

2. La società ha pertanto impugnato gli atti in epigrafe indicati, relativi alla monetizzazione dell'energia da cedere gratuitamente alla Regione per l'anno 2022, articolando avverso gli stessi le seguenti censure:



Motivo primo: violazione e falsa applicazione dell'art. 12 d.lgs. 79/1999, dell'art. 31 della l.r. 23/2019 e della D.G.R. 3347/2020; violazione e falsa applicazione del TISSPC dell'ARERA, della direttiva UE 2019/944; del d.lgs. 115/2008 e del d.lgs. 210/2021; eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; irragionevolezza ed illogicità; arbitrarietà, contraddittorietà e perplessità della motivazione; disparità di trattamento;

Motivo secondo: violazione artt. 3, 11, 41, 42, 43, 117 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 20 della legge Regione Lombardia n. 5/2020; difetto assoluto di attribuzione; illegittimità derivata; eccesso di potere per sviamento di potere; eccesso di potere per contraddittorietà; violazione del principio di proporzionalità e di ragionevolezza. Illogicità ed irragionevolezza; difetto di istruttoria e di motivazione; disparità di trattamento;

Motivo terzo: violazione e falsa applicazione dell'art. 12, d.lgs. 79/1999; violazione e falsa applicazione dell'art. 117 cost in relazione agli artt. 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'unione europea (TFUE); violazione e falsa applicazione del d.m. 31/5/2017, n. 115; violazione e falsa applicazione dell'art. 11-bis della legge Regione Lombardia 21/11/2011, n. 17; violazione e falsa applicazione dell'art. 52 della legge 24/12/2012, n. 234; eccesso di potere per carenza di istruttoria, ingiustizia e sviamento di potere.

Motivo quarto: violazione degli artt. 3, 41, 53 e 117 della Costituzione; violazione e falsa applicazione dell'art. 11, d.lgs. 79/1999; violazione e falsa applicazione dell'artt. 1, 3 dm 4/7/2019; violazione e falsa applicazione della direttiva UE 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio



dell'11/12/2018; violazione dell'art. 17 della carta di Nizza e degli artt. 101 e 102 T.F.U.E.; violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge 959/1993 e della legge 228/2012; eccesso di potere per sviamento di potere; eccesso di potere per contraddittorietà; violazione del principio di proporzionalità e di ragionevolezza. Illogicità ed irragionevolezza; difetto di istruttoria e di motivazione; violazione del legittimo affidamento e del principio di ragionevolezza e di certezza del diritto e dei rapporti giuridici.

3. Si è costituita la Regione, instando per il rigetto del ricorso con riferimento a tutte le censure (avuto riguardo anche all'orientamento giurisprudenziale di questo TSAP, confermato dalla Cassazione) e assumendo che sarebbe difficile ipotizzare un'illegittimità costituzionale della sola norma regionale, a prescindere da un giudizio di incostituzionalità sulla norma dello Stato (art.12, comma 1-*quinquies*, d.lgs. 79/99, come modificato dal d.l. 135/2018 convertito in legge 12/2019).

Quanto al primo motivo di ricorso ha dedotto che l'onere di fornitura sarebbe in tesi indipendente dal fatto che l'energia sia poi immessa in rete o meno, essendo essa un'imposizione che grava su una percentuale fissa dell'energia producibile (non su quella prodotta) dalla concessione (o dall'ex concessione). Pertanto il fatto che l'energia sia immessa in rete o meno sarebbe irrilevante.

4. Conclusa la fase istruttoria, le parti hanno precisato le rispettive conclusioni, insistendo con le memorie conclusionali finali nei rispettivi assunti.

5. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 29 gennaio 2025.



DIRITTO

6. Oggetto del presente ricorso sono gli atti della Regione Lombardia afferenti alla monetizzazione dell'energia elettrica da cedere alla medesima Regione per l'anno 2022.

6.1. La disciplina applicabile risale, come noto, per quanto concerne la legge statale, all'art. 12, d.lgs. n. 79/99 che consente alle Regioni: (i) di disciplinare l'obbligo per i concessionari di grandi derivazioni idroelettriche di fornire annualmente e gratuitamente 220 kWh per ogni kW di potenza nominale media di concessione (da destinare per almeno il 50% a servizi pubblici e categorie di utenti dei territori provinciali), contestualmente disponendo che, in tal caso, la componente variabile del canone sia applicata "al netto dell'energia fornita alla Regione" (co. 1-*quinques*); (ii) di estendere il già menzionato obbligo fino all'assegnazione della concessione (co. 1-*septies*) e, per quanto riguardo la disciplina regionale, alla l.r. 23/2019 che ha disciplinato l'obbligo di fornire energia elettrica "*con le modalità previste allo stesso comma 1-quinques dell'articolo 12 del d.lgs. 79/1999*", anche da parte degli operatori autorizzati alla prosecuzione temporanea dell'esercizio di concessioni scadute.

6.2. Segnatamente l'art. 31 cit., comma 3, l.r. 23/2019, ha disposto che la giunta regionale, con una o più deliberazioni, da adottare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore di detta legge e da pubblicare sul Bollettino ufficiale della Regione, definisca (tra l'altro), per quanto qui rileva:

a) l'ammontare di energia elettrica, espressa in kWh per anno, che i soggetti di cui al comma 1 sono annualmente obbligati a fornire gratuitamente alla Regione in relazione a ogni grande derivazione idroelettrica, in ragione della



seguente espressione: $E_{fornitura} [kWh/anno] = (220 \text{ kWh} \times \text{potenza nominale media di concessione espressa in kW})$;

b) le forme di controllo del ciclo di fornitura dell'energia gratuita, con particolare riferimento alla quantificazione dell'energia da fornire da parte dei soggetti a ciò tenuti, al permanere dei requisiti di fruizione in capo ai soggetti beneficiari e all'utilizzo del beneficio.

L'art. 31, co. 7, della l.r. n. 23 cit. dispone che *“In alternativa alla fornitura di energia di cui al comma 3, lettera a), la Giunta regionale, con propria deliberazione può disporre la monetizzazione, anche integrale, dell'energia da fornire”*.

Il successivo comma 8 dispone che *“In caso di monetizzazione ai sensi del comma 7, i soggetti di cui al comma 1 sono tenuti, entro il 30 giugno di ogni anno, a corrispondere alla Regione un importo basato sul controvalore in euro [Ce] determinato a consuntivo, su base annuale solare, come media dei prezzi zionali orari ponderata sulla quantità di energia elettrica immessa in rete dalla grande derivazione su base oraria”*, e ciò secondo la formula indicata nel comma citato.

7. In tesi attorea, per gli anni 2021 e 2020, la Regione avrebbe calcolato gli importi dovuti attenendosi al criterio sopra riportato e basandosi sulle quantità di energia immessa in rete, come comunicate da Terna.

7.1. Per l'anno 2022, invece, la Regione non si sarebbe accontenta dell'importo calcolato secondo i criteri di legge ed avrebbe ritenuto di potere procedere diversamente, discostandosi dalla normativa di riferimento.

7.2. Con nota del 14 marzo 2023, la Regione richiedeva infatti a Italgen la trasmissione dei dati di produzione oraria anno 2022 delle quattro grandi



derivazioni in questione.

Tale richiesta veniva formalmente motivata al fine di effettuare un confronto con i dati della produzione oraria immessa in rete che la Regione aveva acquisito da Terna.

7.3. La società riscontrava la richiesta della Regione, inviando i dati richiesti con pec del 28 marzo 2023.

7.4. Con la DGR n. 447/2023, la Regione aveva stabilito gli importi dovuti a titolo di monetizzazione a consuntivo per l'anno 2022, in asserita esecuzione della DGR 3347/2020.

L'Allegato B alla citata DGR peraltro riporta le concessioni intestate alla Società ricorrente e la quantità di energia oggetto di fornitura gratuita nonché l'importo a titolo di monetizzazione che per il 2022 è stato calcolato Euro 1.760.168,00.

Con successiva nota del 15 giugno 2023, la Regione aveva comunicato alla Società l'importo da pagare a titolo di monetizzazione 2022 ai sensi della DGR 447/2023, precisando che l'importo di Euro 1.760.168,00 era stato calcolato *“sulla base dei valori di produzione oraria immessa in rete dalle unità di produzione”*.

7.5. In tesi di parte ricorrente, peraltro, contrariamente a quanto riportato nelle premesse della DGR 447/2023, e della successiva richiesta di pagamento del 15 giugno 2023, l'importo ingiunto non era stato calcolato dalla Regione sulla base della quantità di energia immessa in rete ma della produzione oraria e ciò in violazione della normativa di riferimento ed in contrasto con i precedenti atti della stessa Regione, riferiti alle precedenti annualità.



8. La società ricorrente con il primo motivo ha contestato il criterio di calcolo seguito dalla Regione per la monetizzazione dell'energia per l'anno 2022, in quanto contrastante con la normativa di riferimento, mentre con i successivi tre motivi ha contestato in generale l'istituto della monetizzazione dell'energia, come disciplinato dalla legge regionale, assumendone il contrasto anche con la normativa unionale e con la Costituzione, profilando quindi censure di illegittimità costituzionale della normativa regionale.

9. Ciò posto, non avendo la parte ricorrente graduato le censure in senso vincolante per il giudice, non potendo la graduazione essere confusa con la mera enumerazione delle stesse (in tale senso il noto arresto di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n. 5, secondo cui la parte può graduare le censure ad eccezione delle censure di carattere assorbente *ex lege*, come la censura di incompetenza) le stesse possono essere esaminate in ordine logico e con possibilità di accorpamento delle censure connesse.

9.1. In tale ottica questo collegio ritiene di postergare la disamina della prima censura, riferita al solo criterio seguito dalla Regione, in tesi in contrasto con la normativa di riferimento, dovendosi ritenere maggiormente soddisfattive per gli interessi di parte ricorrente – e quindi di carattere assorbente - le ulteriori censure, volte a contestare lo stesso istituto della monetizzazione dell'energia da cedere gratuitamente alla Regione. Ciò posto, il secondo e quarto motivo di ricorso, in quanto fondati su presupposti connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

10. Segnatamente con il secondo motivo la società assume che la disciplina di cui ai commi 7 e 8, dell'art. 31 della l.r. 23/2019, sarebbe incostituzionale per aver travalicato i limiti della delega contenuta in materia dal d.lgs. 79/99



e dunque per violazione dell'art. 117 Cost., comma 3, sulla legislazione concorrente in materia di produzione dell'energia, in quanto contrastante con la normativa statale e segnatamente, con i commi 1 *quinquies* e 1 *septies* dell'art. 12 del d.lgs. 79/1999 che prevedrebbe una mera facoltà e non un obbligo delle Regione di introdurre un meccanismo di fornitura di una determinata quantità di energia gratuita da destinare, per una parte minima del 50%, a determinate categorie di utenti.

Peraltro, secondo la prospettazione attorea, la monetizzazione integrale dell'energia non troverebbe neppure conferma nella successiva disciplina regionale, ovvero nella l.r. n. 5 del 2020.

Peraltro, in tesi attorea, qualora questo T.S.A.P. dovesse essere di diverso avviso, sarebbe evidente l'illegittimità costituzionale dell'art. 20, l.r. n. 5/2020 per contrasto con l'art. 12, d.lgs. n. 79/99, e dunque per violazione dell'art. 117 Cost., comma 3 Cost,

In tesi di parte ricorrente l'istituto della monetizzazione sarebbe altresì illegittimo perché arbitrario, sproporzionato, illogico ed irragionevole in quanto esso:

- si applica a tutti gli impianti, in modo fisso, senza alcuna gradualità temporale e senza distinzione tra le varie derivazioni idroelettriche;
- viene calcolato sulla base di un dato di producibilità meramente teorica (potenza di concessione), senza alcun rilievo alla produzione o producibilità effettiva degli impianti che può variare in modo significativo da anno in anno e da derivazione a derivazione a seconda dell'ubicazione e della tipologia di impianto;
- causa una palese doppia contabilizzazione, censurata dall'ARERA con la



propria deliberazione 490/2019, dal momento che la disciplina regionale della monetizzazione non prevede alcuno scorporo dal calcolo della parte variabile del canone demaniale;

- viene parametrato al tetto massimo stabilito dal legislatore nazionale pari a 220 kWh per ogni kW di potenza nominale di concessione, senza alcuna motivazione che supporti tale scelta ed in modo indifferenziato tra concessionari vigenti e concessionari scaduti (tenuti al pagamento anche del canone aggiuntivo);

- crea una palese discriminazione tra produttori idroelettrici operanti in Regioni diverse in cui, quanto alla misura qui contestata, possono vigere regimi del tutto differenti;

- colpisce la redditività dei produttori, prelevando flussi di cassa che potrebbero essere destinati a potenziare gli impianti idroelettrici che sono considerati strategici per il raggiungimento dell'obiettivo di resilienza energetica, ponendosi con ciò in contrasto con le politiche comunitarie e nazionali di sostegno alla massima diffusione delle rinnovabili e tutela dell'ambiente mediante la riduzione delle emissioni di CO2;

- crea una disparità di trattamento anche rispetto ai produttori di altre fonti rinnovabili che, diversamente da quelli idroelettrici, non sono soggetti a tale contributo in favore delle Regioni, pur svolgendo tutti l'attività di produzione di energia elettrica.

11. Con il quarto motivo la società ricorrente assume che i provvedimenti impugnati sono illegittimi anche per l'illegittimità costituzionale della l.r. 31/2019 per aperto contrasto con principi di stabilità e di certezza dei regimi incentivanti, nonché per violazione del principio del legittimo affidamento e



di certezza dei rapporti giuridici e della tutela della libertà di iniziativa economica privata.

Il meccanismo di monetizzazione integrale dell'energia imposto dalla Regione, infatti, si applica, oltre che ai rapporti di concessione in corso, anche ai rapporti di concessione oggetto di prosecuzione temporanea *ex lege*, con l'effetto di alterare in modo inaspettato ed imprevedibile il rapporto di durata e le assunzioni economico-finanziarie poste alla base dell'investimento effettuato dalla ricorrente per la realizzazione, manutenzione ed esercizio degli impianti idroelettrici in questione.

Sotto tale profilo, la misura introdotta dalla Regione risulterebbe in violazione degli artt. 3 e 41 Cost., dal momento che questo intervento, totalmente sganciato da quanto consentito dalla normativa nazionale (art. 12 d.lgs. 79/1999), sarebbe del tutto sproporzionato ed imprevedibile, frustrando tanto il legittimo affidamento della ricorrente, quanto le sue strategie imprenditoriali.

In tale scenario, la società ricorrente, titolare di rapporti di concessione oggetto di prosecuzione temporanea *ex lege* e di rapporti di concessione in essere, vanterebbe indubbiamente una posizione di legittimo affidamento, non essendo mai emersi nel corso del tempo elementi che avrebbero consentito ad un operatore “prudente e accorto” di prevedere l'adozione da parte dell'amministrazione regionale di imposizioni patrimoniali irragionevoli ed in contrasto con la normativa nazionale di riferimento, quale è la contestata misura di monetizzazione integrale imposta dalla Regione.

11.1. La misura della monetizzazione sarebbe illegittima e lesiva del legittimo affidamento della ricorrente anche perché, in modo del tutto



irragionevole ed illogico, si sovrapporrebbe e si aggiungerebbe alla già esistente onerosa corresponsione da parte della ricorrente dei sovracanon BIM in forza dell'art. 1 della legge n. 959/53 e della legge 228/2012.

A differenza del sovracanone BIM, peraltro, la misura della monetizzazione sarebbe totalmente sganciata da una logica di compensazione ambientale e, integrando una duplicazione della prestazione economica del sovracanone BIM, si tradurrebbe in un ingiustificato ed illegittimo finanziamento alle Regioni.

11.2. La misura regionale di monetizzazione, secondo la prospettazione attorea, risulterebbe in contrasto con i principi di irragionevolezza, difetto di proporzionalità ai sensi dell'art. 3 Cost. e dell'art. 41 Cost., alla luce dell'irragionevole effetto di frustrazione delle scelte imprenditoriali attraverso la modificazione arbitraria dello scenario normativo che regola il rapporto di concessione in corso, su cui la società aveva basato il proprio oneroso investimento.

11.3. L'imposizione della monetizzazione integrale sarebbe un prelievo di natura fiscale per cui una disciplina di tale tenore si porrebbe in contrasto con l'art. 53 della Costituzione, il quale introduce il "principio di capacità contributiva", che, a sua volta, integrerebbe una specificazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della medesima Carta costituzionale.

12. I motivi sono destituiti di fondamento.

12.1. La giurisprudenza costituzionale ha più volte esaminato le interferenze tra legislazione statale e regionale riguardo alla quantificazione della misura dei canoni dovuti dai concessionari di impianti di grandi derivazioni d'acqua a scopo idroelettrico. La Corte, in particolare, riconduce le disposizioni



relative alla misura dei canoni di concessione alla materia di competenza concorrente di «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» (sentenze n. I del 2008, n. 205 del 2011, n. 155 del 2020). In tale ambito, spetta allo Stato la determinazione dei principi fondamentali e alla Regione la fissazione del *quantum*. In base alla normativa statale, i principi fondamentali della materia, cui devono attenersi le Regioni, sono stati individuati: i) nell'onerosità della concessione e ii) nella proporzionalità del canone all'entità dello sfruttamento della risorsa pubblica e all'utilità economica ricavata dal concessionario (sentenze n.64 del 2014 e n. 119 del 2019).

Sussiste invece la competenza esclusiva dello Stato, in quanto rientrante nella materia trasversale «tutela della concorrenza»>, la disciplina delle procedure di gara delle concessioni (sentenza n.28 del 2014), nonché la definizione dei «criteri generali» per la fissazione degli importi massimi dei canoni delle concessioni ad uso idroelettrico, restando comunque la determinazione concreta, nel rispetto di quei criteri, rimessa alla legislazione regionale (sentenze n. 158 del 2016 e n. 59 del 2017). In definitiva, le Regioni hanno titolo, nell'ambito della propria competenza legislativa concorrente, a determinare i canoni idroelettrici nel rispetto dei menzionati principi fondamentali della onerosità della concessione e della proporzionalità del canone alla entità dello sfruttamento della risorsa pubblica e all'utilità economica che il concessionario ne ricava, nonché nel rispetto dei criteri generali di competenza esclusiva statale che condizionano, per ragioni di tutela della concorrenza, la determinazione dei valori massimi.

Su queste basi, la fattispecie normativa in esame appare rispettosa del quadro



costituzionale delle competenze, come già precisato con la sentenza di questo TSAP n. 203 del 2022 (confermata dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza delle S.U. 6 giugno 2024, n. 15888) con la quale si è precisato: *“A parere del Collegio, la monetizzazione costituisce una modalità attuativa del principio fondamentale della materia dettata dal legislatore statale che deve identificarsi nella possibilità per l'ente concedente di riservarsi una quota di valore dell'attività produttiva realizzata attraverso la messa a disposizione della risorsa idrica pubblica, sovvenzionando in tal modo talune attività di interesse generale rientranti tra le proprie competenze istituzionali. La «monetizzazione»> costituisce una alterativa per il produttore: questi può scegliere di cedere la quota di energia prodotta, oppure di corrisponderne l'equivalente monetario calcolato secondo i valori di mercato. Tale possibilità attuativa è coerente con l'assetto normativo concorrenziale del mercato elettrico tracciato dal legislatore statale. Come ritenuto dall'Autorità di regolazione, si tratta infatti di un dispositivo regolatorio che tiene conto della presenza di una pluralità di operatori economici (quali le società di vendita all'ingrosso e le società di vendita al dettaglio) che commercializzano l'energia elettrica ai clienti finali e che potrebbero non avere nessun legame con il produttore chiamato a mettere a disposizione energia a titolo gratuito a clienti finali.*

Il correttivo pro-concorrenziale, introdotto dalla norma regionale, evita così di penalizzare quanti, entrati o in procinto di entrare nel mercato liberalizzato dell'energia, potrebbero non essere in grado di effettuare quella fornitura richiesta per legge alle Regioni (si pensi ai venditori al dettaglio di energia che non svolgono il ruolo di produttore)”.



Pertanto, la scelta della monetizzazione anche nella misura integrale, afferendo alla disciplina di dettaglio, non può che essere rimessa alla Regione.

12.2. La Cassazione, con l'ordinanza delle Sezioni unite n. 15888/2024, ha escluso ogni violazione, da parte delle leggi regionali che hanno previsto l'obbligo di fornitura gratuita dell'energia o la sua monetizzazione *“per tutti i concessionari di grandi derivazioni a scopo idroelettrico, a far data dall'annualità 2020, sia in regime ordinario di concessione, sia in regime di prosecuzione temporanea”*, sia dell'art. 117 Cost. sia della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost., trattandosi di previsioni contenute in disposizioni di fonte legislativa (regionale) emessa, oltre che nell'ambito della potestà legislativa concorrente della Regione, in base alla previsione statale di cui al citato art. 12 del d.lgs. n. 79 del 1999.

12.3. Manifestamente infondate sono poi le prospettate censure di incostituzionalità della normativa regionale per violazione degli artt. 3, 11, 41 e 53 Cost, che sono state oggetto di attenta disamina da parte di questo Tribunale con l'indicata sentenza n. 203 del 2022, confermata dalle S.U. della Cassazione con la citata ordinanza 6 giugno 2024, n. 15888.

12.3.1. Ciò in disparte dal rilievo che, secondo quanto osservato dalla Regione, sarebbe difficile ipotizzare una incostituzionalità della normativa regionale che, pur dettando una disciplina di dettaglio nell'ambito delle competenze riservate alla Regione, attua, come innanzi precisato, i principi dettati dal legislatore nazionale.

13. In via preliminare, va ricordato che, come già precisato dalla citata sentenza di questo TSAP, la previsione in esame non configura una



prestazione di natura tributaria, riconducibile al paradigma di cui all'art. 53 della Costituzione. Difettano, infatti, gli elementi di identificazione dei tributi, come enucleati dalla giurisprudenza costituzionale (e da riscontrare «in concreto e caso per caso» a prescindere dal *nomen iuris* usato dal legislatore: sentenze n. 141 del 2009, n. 334 del 2006 e n. 73 del 2005), vale a dire: i) la matrice legislativa della prestazione imposta: il tributo nasce «direttamente in forza della legge» (sentenza n. 141 del 2009), risultando irrilevante l'autonomia contrattuale (sentenza n. 73 del 2005); ii) la doverosità della prestazione (sentenze n. 141 del 2009; n. 335 e n. 64 del 2008; n. 334 del 2006; n. 73 del 2005), che comporta una ablazione delle somme con attribuzione delle stesse ad un ente pubblico (sentenze n. 37 del 1997; n. 1 I e n. 2 del 1995; n. 26 del 1982); iii) il nesso con la spesa pubblica, dovendo sussistere un collegamento della prestazione alla pubblica spesa «in relazione a un presupposto economicamente rilevante» (sentenze n. 141 del 2009, n. 37 del 1997, n. 11 e n. 2 del 1995, n. 26 del 1982). La previsione in commento è infatti priva dei tratti caratteristici e fondamentali dell'imposta: la prestazione è sì imposta dalla legge, ma in relazione alla modifica di un rapporto sinallagmatico (che trova fonte nel contratto di concessione); non è destinata alla fiscalità generale; non sussiste la connessione a un fatto potenzialmente rivelatore di ricchezza, in ragione delle sue modalità di calcolo. Sempre nell'ambito dei prelievi imposti, l'obbligo di cessione gratuita non equivale neppure ad una tassa la quale, anche se collegata (diversamente dall'imposta) al soddisfacimento di un servizio o di una funzione differenziata e ben determinabile, è pur sempre slegata da un vincolo sinallagmatico e di stretta corrispettività economica operante



all'interno di un rapporto di natura negoziale o a questo assimilabile (come invece accade nella specie). La «potenza nominale media annua di concessione» (espressa in chilowatt) non costituisce una base imponibile. Ed invero anche i canoni di derivazione, nella componente fissa, sono calcolati in una data misura per ogni chilowatt di potenza nominale media annua, senza che tale circostanza ne metta in dubbio l'evidente natura corrispettiva. La potenza nominale media annua non è altro che un parametro per misurare l'uso della forza idraulica delle acque, ovvero la portata d'acqua impiegata su un determinato dislivello orografico o il salto per ottenere una determinata potenza teorica espressa in kW. È dirimente inoltre sottolineare come, sia la norma statale (di cui all'art. 12, comma 1-*quinquies*, del d.lgs. n. 79 del 1999), sia la norma regionale (l'art. 20 della legge regionale 8 aprile 2020, n.5), considerino l'energia fornita alla Regione a titolo gratuito come misura che refluiscie sulla determinazione della componente variabile del canone di derivazione. Alcun contrasto è pertanto rinvenibile tra la disciplina dettata con riferimento al canone binomio dall'art. 20 della l.r. n. 5/2020 e la disciplina sulla cessione gratuita dell'energia e sulla relativa monetizzazione, dettata dall'art.31 della l.r. 23/2019, presupponendo la stessa disciplina sul canone binomio quella sulla cessione gratuita.

La prestazione imposta dal legislatore statale e regionale - in quanto dettata nel quadro della regolazione del corrispettivo d'uso della risorsa idrica – ha natura non tributaria: pertanto la stessa, sebbene soggetta alla riserva di legge relativa dell'art. 23 Cost. (nella specie, pienamente assolta), non soggiace ai principi di universalità dell'imposizione e di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost. (*ex plurimis*, sentenza n. 202 del 2023). La cessione di energia



gratuita va in definitiva collocata nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, quale corrispettivo dell'uso concesso ai fini produttivi della risorsa idrica.

13.1. Pur essendo in relazione sinallagmatica con il rilascio della concessione, la cessione gratuita di energia si distingue dal canone di derivazione - il quale è un corrispettivo d'uso, avente natura “dominicale”, correlato all'utilità economica che il concessionario ne ricava - in quanto consiste in una “riserva” di compartecipazione all’attività produttiva parametrata all'entità dello sfruttamento della risorsa idrica.

13.2. Il canone aggiuntivo trova invece il suo presupposto nella protrazione, per quanto temporanea e circoscritta, della gestione dell'impianto da parte del concessionario uscente, sino all'esito delle procedure di riassegnazione ed al fine di assicurare la continuità dell'erogazione del servizio (tale istituto è stato tra l’altro vagliato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sentenze n. 8036 del 2018 e n. 15990 del 2020, anche sotto il profilo della manifesta infondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale, in rapporto all'art.117, commi secondo e terzo, della Costituzione).

13.2.1. Quanto invece al sovra-canone sulle concessioni di derivazione di acque pubbliche a scopo idroelettrico per gli impianti di potenza non modesta (superiore a 220kW) aventi opere di presa ricadenti in territori di Comuni compresi in bacini imbriferi montani già delimitati (ai sensi della legge n.228 del 2012, art.1, comma 137), a esso la giurisprudenza attribuisce la diversa natura di prestazione patrimoniale imposta per finalità non corrispettive, bensì solidaristiche e perequative generali (con riguardo alle risorse degli enti territoriali interessati dalla presenza di impianti idroelettrici di bacino: cfr. Corte di cassazione, sezioni unite, n.34475 del2019, n.2085 del 2019



,n.16157 del 2018). Chiara è poi la distinzione rispetto alle misure di «compensazione» per i territori interessati dalla presenza di opere e della derivazione idroelettrica (previste dall'art. 12, comma 1-ter, del decreto legislativo n. 79 del 1999).

14. Poste queste necessarie premesse, le questioni di costituzionalità prospettate sono manifestamente infondate.

14.1. Ed invero ai fini della valutazione della proporzionalità del disposto regolatorio va considerato che: i) la componente variabile viene calcolata come percentuale della somma dei prodotti, per ogni ora dell'anno solare, tra la produzione oraria dell'impianto immessa in rete, «al netto dell'energia fornita gratuitamente alla Regione» (come espressamente previsto dall'art. 12, comma 1-*quinquies*, del decreto legislativo n. 79 del 1999); al fine di evitare una doppia contabilizzazione, l' art. 20, comma 3, della legge della Regione Lombardia 8 aprile 2020, n. 5, espressamente prevede che la Giunta regionale debba definire «la modalità di scorporo dell'energia fornita gratuitamente, ai sensi dell'articolo 3 della l.r. 23/2019) dalla quantificazione del ricavo che concorre alla determinazione della componente variabile del canone»; iii) in caso di monetizzazione, il controvalore viene «determinato a consuntivo, su base annuale solare, come media dei prezzi zonali orari ponderata sulla quantità di energia elettrica immessa in rete dalla grande derivazione su base oraria» (art.31, comma 8, della legge della Regione Lombardia n. 30 dicembre 2019, n.23), il che significa che i produttori non sono gravati degli oneri derivanti dall'applicazione delle tariffe di trasmissione e di distribuzione, nonché dei corrispettivi a copertura degli oneri di sistema, che non hanno nessun legame con la produzione.



14.2. Vero è che l'ARERA (nelle Linee guida ai fini dell'implementazione delle disposizioni di cui all'articolo 12, comma 1-quinquies) ha evidenziato che la messa a disposizione a titolo gratuito dell'energia, ovvero la sua monetizzazione, «contiene profili di criticità in quanto la quantità è posta pari, per legge, a 220kWh annui per ogni kW di potenza nominale media di concessione, indipendentemente dall'effettiva produzione annuale dell'impianto».

14.2.1. Peraltro, come già evidenziato nella sentenza n. 202 del 2023 di questo TSAP, la società ricorrente ai fini della rilevanza della questione - avrebbero dovuto rendere edotto il collegio delle concrete incidenze percentuali tra diversi impianti o, a parità di impianto, tra anni diversi, degli impianti da loro gestiti. In mancanza di tali specificazioni, la doglianza appare astratta e priva di riscontro.

14.3. Neppure appare ravvisabile la dedotta discriminazione.

La cessione gratuita e la relativa monetizzazione costituiscono una componente (facoltativa) del corrispettivo della concessione di grande derivazione della risorsa idrica. Il fatto che l'attività di produzione dell'energia elettrica sia libera, non rende di per sé irragionevole una compartecipazione alla attività di produzione di energia elettrica, qualora la sua misura non trasmodi in un trattamento arbitrario ed eccessivo. In quanto correlato alla natura demaniale del bene oggetto della concessione, l'obbligo di cedere gratuitamente alle Regioni una quota dell'energia prodotta dai titolari di grandi derivazioni idroelettriche non si configura come un aiuto (“negativo”) ai produttori di energia da altre fonti (rinnovabili, ma anche tradizionali): i produttori idroelettrici non sono discriminati rispetto a quelli



che utilizzano per la produzione altre fonti rinnovabili, diverse dall'acqua, che pure cedono l'energia sul medesimo mercato, in quanto questi ultimi non sfruttano una risorsa demaniale limitata, data in concessione.

14.3.1. Parimenti non è ravvisabile alcuna discriminazione fra imprese operanti in Regioni diverse, posto che, come innanzi rilevato, solo la misura massima del canone concessorio (e dell'energia da cedere gratuitamente), attiene a profili di concorrenza, che in quanto tale è di spettanza della normativa statale, per cui è nella logica del sistema che per il resto la disciplina di dettaglio sia rimessa alle singole Regioni, senza che possano profilarsi problematiche afferenti la lesione del principio della libera concorrenza.

14.4. Parimenti non appare ravvisabile il dedotto contrasto con la normativa eurounitaria di *favor* per le energie rinnovabili in quanto, come già evidenziato con la sentenza n. 202 del 2023 *“Non si vede come la misura in commento possa intaccare gli obiettivi generali di politica energetica europea, di perseguire il miglioramento della sostenibilità ambientale dell'energia, anche in termini di uso razionale delle risorse territoriali, attraverso la promozione dell'uso delle energie rinnovabili. Così come non si comprende in che modo le norme censurate potrebbero inficiare il regime di sostegno finanziario dell'uso di energia da fonti rinnovabili”*.

14.4.1. Ciò in disparte dal rilievo che la giurisprudenza della Corte di Giustizia, formatasi nella interpretazione delle direttive 2009/28 e 2018/2001 (in specie con riferimento all'art. 6, comma 1, secondo cui «Fatti salvi gli adattamenti necessari per conformarsi agli articoli 107 e 108 TFUE, gli Stati membri provvedono affinché il livello e le condizioni del sostegno



concesso ai progetti relativi alla produzione di energia rinnovabile non subiscano revisioni tali da incidere negativamente sui diritti conseguiti e minare la sostenibilità economica dei progetti che già beneficiano del sostegno») esclude che gli Stati membri, al fine di promuovere l'uso dell'energia da fonti rinnovabili, siano tenuti ad adottare regimi di sostegno. Sul punto quindi gli Stati mantengono un potere discrezionale, essendo liberi di adottare, modificare o sopprimere regimi di sostegno purché siano raggiunti gli obiettivi dell'utilizzo delle fonti rinnovabili, rispettando però il principio generale della certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento. Tale principio impone una normativa che consenta agli interessati di conoscere la portata degli obblighi che essa impone e dei diritti e obblighi loro imposti, per potervisi conformare. In particolare, la tutela dell'affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative, mentre qualora un operatore economico prudente ed avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato (Corte giustizia Unione Europea, 11 luglio 2019, C n. 180/18; 15 aprile 2021, in causa C-798/18).

14.4.2. Nel caso di specie, peraltro, non si tratta della modifica di un regime di incentivi, i quali restano assoggettati alla relativa disciplina, ma della modifica delle condizioni della concessione, giustificata dal prolungarsi del rapporto in attesa dell'assegnazione tramite procedure di evidenza pubblica, la cui necessaria applicazione deriva proprio dai principi eurounitari. Come affermato dalla Cassazione con riguardo ai canoni aggiuntivi, ma con



argomentazioni estensibili anche alla cessione gratuita, il principio di non discriminazione tra le imprese operanti nel mercato dell'energia elettrica e il divieto di interventi che incidano negativamente sulla sostenibilità economica dei progetti ammessi ai benefici per le fonti rinnovabili non possono essere riferiti agli ex concessionari che, scaduta la concessione, continuano a trarre un'utilità dall'impianto che avrebbero dovuto dismettere, e proprio tali principi giustificano l'imposizione di oneri aggiuntivi correlati ai benefici ottenuti dal concessionario uscente tramite la prosecuzione, anche se temporanea, della gestione della derivazione mediante l'impiego protratto di risorse naturali ed impianti già del tutto ammortizzati (Cassazione ordinanze n. 4331, 4340, n. 4341 del 2024; nonché ordinanza n. 15888 del 2024).

14.5. La Cassazione ha ritenuto giustificato anche sotto il profilo della ragionevolezza l'obbligo di cessione e la sua eventuale monetizzazione imposti al produttore, in relazione all'utilizzo di un bene in concessione sottratto all'utilizzo collettivo, escludendo quindi ogni arbitrarietà di un trattamento differenziato rispetto agli altri operatori nonché di violazione della proporzionalità del corrispettivo. Tale giurisprudenza ha ritenuto giustificato l'obbligo della cessione gratuita, in quanto onere gravante sull'operatore economico a fronte di uno sfruttamento di un bene demaniale limitato quale è l'acqua, caratterizzato da finalità solidaristiche e perequative generali, avulse da scopi indennitari correlati all'uso effettivo della derivazione idrica. Ed è proprio questo che non solo esclude ogni arbitrarietà della previsione, ma giustifica il trattamento differenziato, ove si tenga conto che la fornitura di energia non viene utilizzata dalla Amministrazione



regionale per un proprio interesse di natura privata, ma viene destinata a servizi pubblici e determinate categorie di utenti. Le imprese del settore idroelettrico non sono semplici fornitori di servizi del tutto deresponsabilizzati rispetto al governo del settore, bensì sono soggetti di un complesso quadro regolatorio apprestato per assolvere ai compiti di interesse economico generale, le cui relazioni contrattuali sono conformate da precise esigenze superiori di carattere organizzatorio. Se pure l'attività di produzione e trasporto di energia prodotta da fonti rinnovabili non si configuri come un servizio pubblico, per il difetto dei connotati tipici di questo, la stessa è pur sempre annoverabile come una attività di interesse pubblico. Inoltre, il fatto che l'attività di produzione dell'energia elettrica sia libera non rende di per sé irragionevole, né in contrasto con gli articoli 41 e 42 della Costituzione, l'imposizione di una cessione gratuita di energia elettrica (su tutti i profili sopra esaminati si rinvia nuovamente alla sentenza TSAP n. 203 del 2022 e a Cass., Sezioni unite, n. 15888 del 2024, più volte citate).

15. Destituite di fondamento sono poi le censure fondate sull'asserita lesione del legittimo affidamento, quale considerato anche dalla giurisprudenza unionale.

15.1. La Corte di giustizia — attingendo alle tradizioni giuridiche degli Stati membri — ne ha più volte ribadito la natura di principio generale dell'Unione Europea, come tale facente parte del diritto primario (*ex plurimis*, sentenza 11 luglio 1990, causa C-323/88).

Il principio di certezza del diritto, nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, risulta connesso, in chiave rafforzativa e integrativa: i) al principio di legalità, secondo cui atti normativi che spiegano i propri effetti



all'interno dell'Unione Europea devono essere assunti sulla base di precise previsioni normative (sentenza 22 marzo 1961, causa 49/59); ii) al divieto di retroattività delle norme, diretto a garantire che individui e imprese possano prevedere in anticipo le conseguenze legali delle proprie azioni, salvo qualora, in via eccezionale, lo esiga lo scopo da raggiungere e sia debitamente rispettato il legittimo affidamento degli interessati (sentenze 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00; 22 dicembre 2010, causa C-120/08; 15 luglio 1993, causa C-34/92; 24 settembre 2002, cause riunite C-74 e 75/00; 26 aprile 2004, causa C-376/02); iii) al principio di legittimo affidamento, secondo cui coloro i quali agiscono in buona fede, nel rispetto della legge vigente, non dovrebbero rimanere disattesi nelle loro aspettative (8 aprile 1988, causa 120/86).

15.2. In relazione all'articolo 1 del protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte EDU ha riconosciuto che le leggi aventi effetto retroattivo sono compatibili con il requisito di legalità previsto dalla norma convenzionale, purché tale ingerenza sia necessaria per la tutela di un interesse generale legittimo, e purché l'incisione della proprietà privata, oltre che legittima e diretta a perseguire un interesse pubblico, sia anche ragionevolmente proporzionata al fine che si intende realizzare (cfr., ex plurimis, *Maurice c. France*, n. 11810/03, § 81; *Draon c. France*, n. 1513/03, § 73; *Kuznetsova c. Russia*, n. 67579/01, § 50; *Maggio c. Italia*; *Jahn e altri c. Germania*, nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 81-94; *Beyeler c. Italia*, no. 33202/96, §§ 108-114; *James e altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, § 50).

15.3. Anche nell'ordinamento italiano, l'affermazione e il radicamento dei



principi "impliciti" della certezza del diritto e del legittimo affidamento può contare su di una consolidata elaborazione giurisprudenziale, amministrativa (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sentenza n. 6143 del 2017) e costituzionale (a partire dalle sentenze della Corte costituzionale n. 349 del 1985, n. 822 del 1988, n. 155 del 1990, n. 39 del 1993, sino alle più recenti sentenze n. 203 del 2016 e n. 16 del 2017), che ne attesta la sua compatibilità con i caratteri propri del diritto pubblico. In definitiva, le aspettative di chi, sulla base di precedenti scelte o comportamenti dei pubblici poteri, poteva ragionevolmente confidare nella prosecuzione della situazione per lui favorevole, devono trovare specifiche forme di tutela, sul presupposto che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto.

15.4. Va rimarcato tuttavia che l'affidamento si attegga quale limite (generale ma) non incondizionato alla retroattività (“propria” e impropria”) dell'atto dei pubblici poteri, potendo recedere al cospetto di altre esigenze inderogabili.

15.4.1. È possibile rinvenire nella giurisprudenza indicazioni sufficientemente chiare sui parametri di riferimento dello scrutinio di non arbitrarietà e ragionevolezza da operare in questi casi.

In particolare, i paradigmi di giudizio del corretto rapporto tra legge (atto amministrativo) e tempo vanno individuati (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809):

- i) nella sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale;
- ii) nel grado di consolidamento dell'affidamento dei privati, avuto riguardo alla prevedibilità del mutamento, alla buona fede, al decorso del



tempo;

iii) nel *quomodo* dell'immutazione giuridica, in quanto il peso imposto ai destinatari della disposizione retroattiva, oltre che diretto a perseguire un interesse pubblico, deve essere anche ragionevolmente proporzionato al fine che si intende realizzare.

Nel caso in esame, i canoni di legittimità suindicati non risultano violati, come già precisato nella sentenza n. 203 del 2022 di questo Tribunale.

15.4.2. Va in primo luogo escluso che la norma in esame (e la delibera oggetto di impugnativa che vi ha dato attuazione per l'anno 2022) abbia prodotto effetti retroattivi in senso proprio. La disposizione ha sì inciso sui contratti di concessione già stipulati, ma con decorrenza successiva alla sua entrata in vigore, ovvero con esclusivo riguardo alle prestazioni non ancora eseguite. Si tratta pertanto di un caso di retroattività c.d. "impropria".

15.5. Sotto altro profilo, la base affidante dei soggetti incisi dal provvedimento dell'Autorità deve apprezzarsi sulla scorta del canone della prevedibilità (sovente applicato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: cfr. le sentenze 29 aprile 2004, in cause C-487/01 e C-7/02; 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol*, punti 46 e seguenti; sentenza 19 dicembre 2013, resa nella causa C-563/12).

Nel caso in esame, la norma statale, di cui quella regionale costituisce attuazione nell'ambito della disciplina di dettaglio riservata alla Regione, non è intervenuta in modo «improvviso e imprevedibile».

Ed invero, come innanzi precisato, le imprese del settore idroelettrico non sono semplici fornitori di servizi del tutto deresponsabilizzati rispetto al go-



verno del settore, bensì sono soggetti di un complesso quadro regolatorio apprestato per assolvere ai compiti di interesse economico generale, le cui relazioni contrattuali sono conformate, come si è visto, da precise esigenze superiori di carattere organizzatorio.

I rapporti di gestione di un servizio di interesse economico generale di lunga durata (come le concessioni di derivazione), del resto, sono sempre esposti alle novità normative sopravvenute nel corso del tempo.

Su queste basi e alla luce del dinamismo normativo, l'operatore prudente e accorto non poteva non sapere di essere esposto a possibili correttivi dei contenuti economici del corrispettivo di utilizzo della risorsa idrica.

16. Con il terzo motivo la società assume che i gravati provvedimenti sarebbero illegittimi anche per violazione della normativa in materia di aiuti di Stato.

16.1. Ciò in quanto la DGR n. XI/3347, qui gravata quale atto presupposto:

i) valutava “che le risorse destinate a: - Residenze Sanitarie Assistenziali (RSA) pubbliche o private accreditate (anche in percentuale alla attività accreditata); - Impianti ed edifici scolastici di competenza di Comuni e Province /Città Metropolitana;- Impianti e infrastrutture sportive di proprietà pubblica; - Servizi Sanitari (strutture pubbliche e private accreditate dalla Regione, anche in percentuale alla attività accreditata); - Servizi di carattere ambientale (ciclo dei rifiuti, approvvigionamento idrico, depurazione) di interesse generale non economico, non rilevano per l'applicazione della disciplina europea in materia di aiuti di Stato in quanto connesse ad attività propria di soggetti pubblici avente natura istituzionale senza rilievo di attività economiche, se non marginale”;



(ii) riteneva “di demandare a successive delibere di Giunta in merito ai criteri per la concessione e l’erogazione dei contributi di cui al presente provvedimento ai fini del rispetto della disciplina europea in materia di aiuti di Stato ove sia valutata caso per caso in base all’ambito e alla tipologia di beneficiari la presenza contestuale di tutti gli elementi ex art. 107.1 TFUE”;

(iii) precisava “che, fatti salvi i casi non rilevanti per l’applicazione della disciplina europea in materia di aiuti di Stato, occorre garantire gli adempimenti ex d.m. 115/2017 e con successivi provvedimenti attuativi ne saranno individuati i soggetti responsabili”;

(iv) demandava “a successive delibere di Giunta in merito ai criteri per la concessione e l’erogazione dei contributi di cui al presente provvedimento ai fini del rispetto della disciplina europea in materia di aiuti di Stato ove sia valutata caso per caso in base all’ambito e alla tipologia di beneficiari la presenza contestuale di tutti gli elementi ex art. 107.1 del TFUE”.

16.2. In tesi sarebbe evidente l’intima contraddittorietà della DGR n. XI/3347, laddove, da un lato, dà per scontata l’osservanza della disciplina europea in materia di aiuti di Stato mentre, dall’altro lato, demanda a successive delibere la fissazione dei criteri per l’erogazione dei contributi ai fini del rispetto della disciplina in materia di c.d. aiuti di Stato.

Tale contraddittorietà, con conseguente violazione della normativa in materia di c.d. aiuti di Stato, sarebbe in tesi reiterata anche dalla d.g.r. 447/2023 che infatti continua a rinviare a successive delibere la definizione puntuale dei beneficiari delle misure imposte dalla Regione ai produttori idroelettrici.

L’art. 107, comma 1, TFUE (già art. 87 n. 1 TCE) vieta, in via generale, gli aiuti di Stato che favoriscono selettivamente talune imprese (malgrado la loro



omogeneità), con effetti distorsivi sulla concorrenza intra-europea.

In tesi attorea, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, gli interventi normativi in materia fiscale che creano una distorsione della concorrenza, perché gravano su una o più imprese costituiscono un vantaggio per le imprese che non sono ad essa assoggettate, pur trovandosi in posizione analoga, e pertanto si traducono in vietati aiuti di Stato.

L'illegittimità sarebbe evidente in quanto la normativa vigente non consentirebbe uno sfasamento temporale (come quello ipotizzato dalla Regione) tra la previsione della misura in grado di rappresentare "aiuto di Stato" e la concreta identificazione dei relativi beneficiari.

Non sarebbe quindi, coerente con le citate norme del TFUE, il meccanismo concretamente attuato dalla Regione, il quale consente già ora di incamerare risorse economiche dagli operatori, rinviando ad un momento solo successivo il coinvolgimento della Commissione europea.

Anche la legislazione regionale in materia di "aiuti di Stato" non consentirebbe siffatto sfasamento temporale (in particolare l.r. 21/11/2011, n. 17, art. 11-*bis*, recante "Aiuti di Stato").

La DGR n. 447 sostanzialmente eluderebbe la normativa sugli obblighi di comunicazione al Registro nazionale degli aiuti di Stato, avuto riguardo alla necessità di garantire gli adempimenti previsti dal d.m. 115/2017, contenuta nella DGR n. XI/3347 (espressamente richiamata dalla DGR n. 447).

17. Anche tale motivo è destituito di fondamento, non essendovi ragioni per discostarsi da quanto già espresso da questo Tsap con la sentenza n. 203 del 2022, confermata dalla S.U. della Cassazione.



17.1. Come noto, il divieto degli aiuti pubblici anticompetitivi è un elemento centrale della politica di concorrenza, la cui applicazione è riferita non soltanto agli operatori economici privati, ma anche alle attività economiche svolte da imprese pubbliche o da altri organismi dello Stato, al fine di impedirne un'artificiosa e quindi improduttiva competitività.

17.2. Nel sistema europeo, il controllo di compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato interno (ai sensi dell'articolo 107, paragrafi 2 e 3, e dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato) rimane accentrato nei poteri della Commissione, considerata la necessità di una valutazione complessiva, sia delle esigenze del mercato interno, sia delle inevitabili correlazioni con le altre politiche dell'Unione.

Gli aiuti concessi senza l'approvazione della Commissione sono automaticamente considerati "illegali". Qualora constati l'incompatibilità di un aiuto o una sua attuazione difforme dall'autorizzazione, la Commissione decide la sua soppressione o modifica.

17.3. I giudici nazionali sono coinvolti negli adempimenti connessi con la normativa sugli aiuti solo con riguardo ai casi in cui un'autorità dello Stato abbia concesso l'aiuto senza rispettare la clausola di sospensione oppure quanto all'esecuzione delle decisioni di recupero o ancora in ordine alle domande di risarcimento dei danni causati dall'aiuto di Stato illegale a concorrenti del beneficiario e terzi.

A tal fine, la nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato, è la stessa che sia la Commissione sia le autorità nazionali (compresi i giudici nazionali) devono applicare in relazione agli obblighi di notifica e di sospensione di cui all'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato.



17.4. Di fronte ad una misura agevolativa posta in essere da uno Stato, occorre verificare la sussistenza di alcuni elementi: l'impresa, l'imputabilità della misura allo Stato, il suo finanziamento tramite risorse statali, il conferimento di un vantaggio, la selettività della misura e i suoi effetti sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri (Consiglio di Stato, 22 ottobre 2018, n. 6009).

Per rientrare nel campo d'applicazione dell'art. 107 del TFUE, il vantaggio deve essere attribuito a soggetti qualificabili come imprese.

La relativa nozione è molto ampia: secondo una giurisprudenza costante, essa abbraccia infatti qualsiasi entità che esercita un'attività economica, «a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento» (v. le sentenze AceaElectrabel Produzione SpA/Commissione, in C-480/09, punti da 47 a 55; Cassa di Risparmio di Firenze SpA, in C-222/04, punto 112). La circostanza che un'entità non persegua scopi di lucro non costituisce criterio determinante per stabilire se si tratti o meno di un'impresa, in quanto anche gli enti senza scopo di lucro possono offrire beni e servizi su un mercato (v. le sentenze Van Landewyck, in cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, punto 88; FFSA, in C-244/94, punto 21; MOTOE, in C-49/07, punti 27 e 28).

17.5. Per chiarire poi la distinzione tra attività economiche e non economiche, la Corte di giustizia ha costantemente affermato che qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica (v. le sentenze Commissione/Italia, in C-35/96, punto 36; Pavlov, in cause riunite da C-180/98 a C-184/98, punto 75).

Le attività che non presentano un carattere economico idoneo a giustificare



l'applicazione delle norme sulla concorrenza, previste dal Trattato, sono quelle di pertinenza pubblica (polizia, giustizia, regimi legali di sicurezza sociale), ovvero quelle che, in ragione della loro conformazione normativa, sono insostenibili da operatori privati che agiscono per scopo di lucro.

Su queste basi, non sussiste alcuna violazione della disciplina sulla concorrenza, né a livello di fonte primaria, né sul piano della regolazione amministrativa.

L'art. 31, comma 10, della legge Regionale 30 dicembre 2019, n. 23, prevede espressamente che: «[i]n riferimento ai benefici disposti ai sensi del presente articolo la Regione, le province e la Città metropolitana di Milano applicano, ove necessario e per quanto di rispettiva competenza, le disposizioni di cui all'articolo 11 *bis* della legge regionale 21 novembre 2011, n. 17 (Partecipazione della Regione Lombardia alla formazione e attuazione del diritto dell'Unione europea)».

Il richiamato art. 11-*bis* stabilisce che: «Le agevolazioni disposte con leggi regionali e gli interventi adottati in applicazione di tali leggi che si configurano come aiuti di Stato operano nel rispetto degli articoli 107, 108 e 109 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). La Giunta regionale definisce le modalità applicative con riferimento al regime di aiuto prescelto e provvede, ove necessario, alle relative notifiche e comunicazioni alla Commissione europea» (comma 1). La struttura organizzativa che concede le agevolazioni di cui al comma 1 adempie agli obblighi imposti dalla normativa europea e statale, anche con riferimento a quanto previsto dall'articolo 52, comma 7, della legge 234/2012, dandone esplicito riferimento nei relativi atti.



17.6. La Giunta Regionale si è espressa con proprie D.G.R., secondo le procedure interne, nel definire la propria misura (ossia la *datio* della energia gratuita successivamente monetizzata) come rilevante o meno rispetto alla disciplina in tema di aiuti di Stato. Solo ove necessario dal punto di vista oggettivo – per la presenza di tutti gli elementi di cui all’art. 107.1 TFUE – quanto dal punto di vista procedurale – per l’esistenza di un altro tipo di inquadramento – si deve procedere alla notifica per ottenere una decisione della Commissione di autorizzazione alla misura. Nella fattispecie, infatti, sia secondo la normativa regionale, sia secondo le procedure interne a seguito della l.r. 23/2019, la proposta di Delibera di Giunta con riferimento alla valutazione dei beneficiari al momento individuati è stata sottoposta a discrezionalità dell’ufficio interno responsabile della misura al Comitato di Valutazione Aiuti, demandando a successive valutazioni, nel caso in cui venissero individuati ulteriori beneficiari.

17.7. Ciò posto le delibere regionali, in considerazione della diversità dei soggetti beneficiari e delle attività sovvenzionate, demandano ragionevolmente ad un successivo atto la decisione, caso per caso, se notificare o meno la misura. La qualificazione delle attività svolte dalle categorie di soggetti individuati dipende da valutazioni che vanno contestualizzate alla luce dei principi europei sopra indicati (si pensi ai casi di utilizzo misto di una infrastruttura pubblica, in cui, secondo la Commissione, il finanziamento del segmento commerciale può esulare completamente dalle norme in materia di aiuti di Stato, qualora trattarsi di attività strumentale al funzionamento dell’infrastruttura oppure intrinsecamente legata al suo uso non economico principale ed abbia portata limitata).



17.7.1. Ogni valutazione sull'eventuale violazione del diritto della concorrenza potrà quindi essere effettuata in occasione dello scrutinio della delibera che individuerà in concreto i beneficiari della fornitura gratuita.

Ed invero la cessione di energia gratuita con relativa monetizzazione non integra un aiuto di Stato rispetto a quei soggetti giuridici riconducibili alla potestà dello Stato non aventi il carattere di attività economica (es. servizi pubblici, enti pubblici, sistema sanitario, sistema di istruzione statale, ...) né alle imprese in senso europeo e, di rimando, nemmeno a quelle attività che, anche qualora avessero una attività economica anche residuale, possano essere di rilievo meramente locale (es. palestre, piscine ed altre infrastrutture sportive di proprietà pubblica). Invece, con riferimento ad altre tipologie di beneficiari, tali da poter essere definiti o definibili come imprese in senso europeo, il demandare ad un successivo atto che li individui è dovuto proprio al fatto che, una volta identificati, si applicherà una delle discipline astrattamente utilizzabili dagli Stati membri ai fini di garantire la legalità e compatibilità della misura.

Il rinvio ad un successivo atto non costituisce, quindi, prova di illogicità e contraddittorietà dell'atto, dal momento che proceduralmente nessuna norma vieta la definizione con più atti dei beneficiari, soprattutto qualora tale individuazione debba essere ancora valutata rispetto alle necessità di determinati settori. Dal punto di vista procedurale, solo nel caso in cui siano ben identificati i beneficiari, l'assenza di un inquadramento può essere contestabile e non conforme al diritto europeo.

Il rinvio a successivo atto non costituisce nemmeno una violazione di legge né un eccesso di potere, in quanto l'interesse pubblico nel definire i



beneficiari può essere esplicitato secondo la propria discrezionalità amministrativa sulla base delle scelte di politica dell'Amministrazione e, a seguito di tali scelte, la valutazione dell'esistenza dell'aiuto di Stato e del successivo eventuale inquadramento dal punto di vista della disciplina aiuti di Stato deve legittimamente seguire tale scelta, dal momento che i beneficiari sono elementi essenziali per l'individuazione degli elementi dell'art. 107.1 TFUE e per l'eventuale definizione della disciplina applicabile.

18. Ciò posto può passarsi alla disamina del primo motivo di ricorso, con cui la società ricorrente contesta la DGR gravata ed il relativo Allegato B perché viziati da difetto di motivazione, contraddittorietà ed illogicità e violazione della normativa in materia, (art. 12 d.lgs. 79/1999, e art. 31 della l.r. 23/2019 e DGR 3347/2020) e la richiesta di pagamento trasmessa dalla Regione alla ricorrente a mezzo pec il 15 giugno 2023 a titolo di monetizzazione dell'energia gratuita determinata a consuntivo, relativa all'anno 2022.

18.1. Ciò in quanto nelle premesse della DGR si dava atto che la Regione avrebbe calcolato l'importo dovuto a titolo di monetizzazione *“sulla base dati dell'energia effettivamente ceduta alla rete elettrica dagli impianti assoggettati”*, secondo la indicata normativa regionale. Tale affermazione non sarebbe peraltro corretta perché, l'importo richiesto alla società era stato calcolato sulla base dei dati di produzione e non dell'energia immessa in rete e di ciò la Regione ne era ben consapevole. avendo richiesto, con nota del 14 marzo 2023, i relativi dati alla società ricorrente proprio con la finalità di quantificare la monetizzazione integrale sulla base dei dati di produzione.

18.2. Gli atti gravati in tesi sarebbero illegittimi anche perché il trattamento



riservato dalla Regione agli impianti della società risulterebbe estremamente pregiudizievole, in aperto contrasto la normativa nazionale e comunitaria che invece tutela, promuove ed incentiva la creazione e la gestione di Sistemi Semplici di Produzione e Consumo (SSPC).

Ciò, secondo la prospettazione attorea, avrebbe comportato il calcolo di un maggior importo di oltre Euro 470.000 che la Regione pretenderebbe di ottenere dalla Società.

18.3. Il motivo, riferito all'allegato B della DGR n. 447/2023 e alla consequenziale richiesta di pagamento, è fondato, posto che secondo quanto dedotto da parte ricorrente e non oggetto di contestazione, considerata la peculiarità degli impianti eserciti dalla società ricorrente che non immettono direttamente tutta l'energia prodotta in rete, la Regione avrebbe effettuato la monetizzazione non avendo riguardo all'energia immessa in rete ma a quella prodotta, in violazione della normativa regionale.

18.3.1. L'obbligo di corrispondere gli importi a titolo di monetizzazione integrale, quale alternativa all'energia da fornire gratuitamente, è infatti un istituto introdotto dalla Regione con l'art. 31 LR 23/2019 e successiva DGR 3347/2020 di attuazione. Il comma 8 dell'art. 31 stabilisce già che, in caso di opzione per la monetizzazione integrale, il controvalore dovuto dagli operatori idroelettrici venga determinato a consuntivo, su base annuale solare, come media dei prezzi zonali orari ponderata sulla quantità di energia elettrica immessa in rete dalla grande derivazione secondo la seguente formula: $C_e = [Vanno/Eanno] \times E_{fornitura}$ dove: C_e = Controvalore energia [€]; Vanno = Valore dell'energia oraria immessa in rete [€] ottenuta come sommatoria del prodotto dell'energia oraria immessa [kWh] x il prezzo



zonale orario [€/kWh]; Eanno = Sommatoria dell'energia oraria effettivamente immessa in rete [kWh/anno]; Efornitura = Quantità di energia da fornire gratuitamente nell'anno [kWh/anno]. La norma è chiara nell'indicare che, per il calcolo dell'importo dovuto, la Regione deve fare riferimento alla media dei prezzi zonali orari ponderata sulla quantità di energia elettrica immessa in rete.

18.4. Ciò posto, non può la Regione disapplicare il disposto della l.r. sulla monetizzazione dell'energia – senza procedere alla sua modifica – solo perché eventualmente irragionevole con riferimento alla posizione dei Sistemi Semplici di Produzione e Consumo (SSPC).

18.5. La modalità di calcolo seguita dalla Regione è dunque illegittima perché in evidente contrasto con la normativa di riferimento (art. 31 l.r. 23/2019 e DGR 3347/2020) che stabilisce chiaramente che il calcolo del controvalore debba essere effettuato, per tutti gli operatori e senza eccezione alcuna, prendendo a riferimento i dati della produzione immessa in rete.

18.5.1. Infatti ai sensi dell'art. 31, comma 8, della legge regionale n. 23 del 2019, il controvalore in euro dell'energia da cedere è determinato avendo come parametro la «media dei prezzi zonali orari ponderata sulla quantità di energia elettrica immessa in rete dalla grande derivazione su base oraria»; pertanto è del tutto evidente che l'esatta determinazione della quantità di energia immessa in rete condiziona anche la determinazione del valore della media dei prezzi da applicare per il calcolo dell'importo da versare posto a carico della società ricorrente. Conseguentemente vanno annullati gli atti di determinazione e le richieste di pagamento relative all'annualità 2022; la Regione Lombardia dovrà provvedere alla rideterminazione dell'importo



sulla base della corretta rilevazione dei dati sull'energia totale immessa in rete dalla società ricorrente.

19. Il ricorso va dunque accolto, solo con riferimento al primo motivo, con conseguente annullamento *in parte qua* dell'allegato B della DGR n. 447/2023 e della conseguenziale richiesta di pagamento,

20. Le spese giudiziali vanno integralmente compensate tra le parti, considerata la complessità e la parziale novità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche, pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla, nei sensi di cui in motivazione, l'allegato B della DGR n. 447/2023 e la richiesta di pagamento trasmessa dalla Regione alla ricorrente a mezzo pec il 15 giugno 2023 a titolo di monetizzazione dell'energia gratuita determinata a consuntivo e relativa all'anno 2022.

Compensa le spese di lite.

Così deciso nella camera di consiglio del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche il 29 gennaio 2025.

Il Relatore

Il Presidente

Dott.ssa Diana CAMINITI

Dr. Antonio Pietro M. LAMORGESE

