La Quarta sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia la questione della compatibilità europea della disciplina limitativa delle previgenti tariffe incentivanti per l'energia da fonti rinnovabili.

Cons. St., sez. IV, sentenze non definitive 2 marzo 2018, nn. 1306, 1307 e 1308 – Pres. Poli, Est. Lamberti

Energia elettrica – Fonti rinnovabili – Tariffe incentivanti – Riduzione del finanziamento – Rimessione alla Corte di giustizia UE

E' rimessa alla Corte di giustizia UE la questione se l'art. 3, comma 3, lett. a) della Direttiva 2009/28/CE debba essere interpretato - anche alla luce del generale principio di tutela del legittimo affidamento e del complessivo assetto della regolazione apprestata dalla Direttiva in punto di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili - nel senso di escludere la compatibilità con il diritto UE di una normativa nazionale che consenta al Governo italiano di disporre, con successivi decreti attuativi, la riduzione o, financo, l'azzeramento delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite (1).

(1) I.- Con tre decisioni gemelle la quarta sezione di Palazzo Spada rimette alla Corte di giustizia un'ulteriore ed articolata questione concernente la compatibilità europea della nuova disciplina, introdotta in termini riduttivi rispetto alle previgenti tariffe incentivanti per l'energia derivante da fonti rinnovabili.

In particolare, la questione è stata proposta nell'ambito dell'impugnativa di un decreto del Ministero dello sviluppo economico, avente ad oggetto le modalità di incentivazione per la produzione di energia fotovoltaica, accompagnata dalla domanda di accertamento del diritto dell'impresa istante all'applicazione delle tariffe incentivanti.

In proposito, la stessa ordinanza di rimessione richiama i precedenti negativi (anche della Corte di giustizia sebbene relativi all'evoluzione dei flussi di finanziamento pubblico di altri settori merceologici), rispetto alla tesi fatta valere dalle imprese appellanti secondo cui non sarebbe legittimo un sopravvenuto regime incentivante più restrittivo, rispetto a quello dettato dal c.d. quarto conto energia.

II.- L'ordinanza sottolinea le ragioni che impongono la rimessione, pur dinanzi ad un orientamento giurisprudenziale consolidato (sia del Consiglio di Stato che della Corte costituzionale), tanto da condurre alla espressa reiezione di tutti i motivi di gravame:

- in primo luogo, non consta che la Corte di giustizia si sia specificamente occupata della disciplina recata dalla direttiva 2009/28/CE, volta a favorire la produzione di energia

da fonti rinnovabili, sotto i profili in considerazione, cosicché, in assenza di un precedente specifico, non può farsi sicuro riferimento alla teorica del cd. "atto chiaro";

- in secondo luogo la presenza di un'espressa istanza di parte che sollecita la rimessione;
- in terzo luogo l'astratta rilevanza della questione pregiudiziale;

La quarta sezione - assodata la valenza generale del dovere, anche in termini di eventuale responsabilità civile, di sollevare una questione pregiudiziale in capo ai Giudici di ultima istanza - prende atto che l'art. 267, par. 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione (Corte giust. 20 dicembre 2017, C-322/2016; id. 18 luglio 2013, C-136/2012 e 19 novembre 2009, C-314/2008).

III.- A fini di completezza, si segnala:

a) in tema di tariffe incentivanti, la giurisprudenza consolidata afferma che "*l'introduzione, ad opera del c.d. "Quarto conto energia", di un regime incentivante con valenza retroattiva più restrittivo rispetto al meccanismo previsto dal c.d. "Terzo conto energia" non viola l'art. 97 Cost.; la nuova disciplina, difatti, lungi dal dispiegarsi sui margini di autonomia negoziale presenti nel mercato delle energie rinnovabili, ha, al più, inciso sulla convenienza economica della realizzazione di impianti per la produzione di energia alternativa secondo i meccanismi agevolati rimodulati dal legislatore, eliminando gli ingiustificati margini di extraprofitto che taluni imprenditori sovracompensati avrebbero realizzato nell'assenza di interventi regolatori e tutelando il buon andamento dello specifico interesse pubblico nazionale. Non possono considerarsi lesive del principio del legittimo affidamento sulla stabilità degli incentivi tutelato dal diritto europeo le disposizioni contenute nel c.d. "Quarto conto energia", atteso che la direttiva 28/2009/Ce, nel prescrivere ai regolatori dei singoli Paesi di creare certezza per gli investitori, ha ancorato la predetta prescrizione agli obiettivi nazionali obbligatori e non alla modulazione delle misure di sostegno e che gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali*" (Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1768 in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2016, 4, I, 594);

b) sulla teoria dell'operatore prudente e sulla legittimità del parziale definanziamento nel passaggio da quarto al quinto Conto energetico nazionale, Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1433;

c) sulla applicazione del regime transitorio di cui all'art. 65 decreto legge n. 1 del 2012, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 settembre 2017. n. 4267;

d) sulla non configurabilità della violazione da parte Stato italiano della direttiva 28/2009, cfr. Cons. Stato sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2847;

e) sui profili di giurisdizione in materia tariffe energetiche, cfr. Cassazione, Sezioni unite civili, ordinanza 13 dicembre 2017 n. 29922, oggetto della News 5 gennaio 2018, ai cui approfondimenti si rinvia;

f) sulla impossibilità di configurare lesioni dell'affidamento in presenza di novelle legislative che definanziano o rimodulano stanziamenti, cfr. ad es. Corte giust. UE 10 settembre 2009, in causa C-201/08, *Plantanol,* in *Dir. e pratica trib*., 2010, II, 307, con nota di ELIA, secondo cui "*la possibilità di far valere la tutela del legittimo affidamento è bensì prevista per ogni operatore economico nel quale un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative …ma non qualora un operatore economico prudente ed accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi In tale prospettiva infatti…gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali*";

g) cfr. di recente la modifica normativa in materia, di cui all'art. 1 comma 960 legge 27 dicembre 2017 n. 205 (legge di stabilità 2018), che ha modificato l'articolo 42 d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 in tema di incentivi di energia da fonti rinnovabili, aggiungendo alla disciplina dei controlli e delle sanzioni la relativa disposizione: «*in deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entita' della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte di un terzo*»;

h) sui limiti alla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza europea, Corte di giustizia UE, Grande sezione, 27 novembre 2012, C-566/10, *Repubblica italiana,* (in *Foro it.*, 2013, IV, 63; *Nuova giurisprudenza civile*, 2013, I, 404, con nota di VENCHIARUTTI; *Dir. pubbl. comparato ed europeo,* 2013, 200 con nota di GRASSO), secondo cui *"al fine di preservare il legittimo affidamento dei candidati prescelti, non è opportuno rimettere in discussione i risultati dei concorsi generali per l'assunzione di amministratori e di assistenti impugnati"*;

i) sulla legittimità delle norme che rimodulano incentivi energetici, Corte cost., 12 giugno 2017, n. 138 (oggetto della News US 4 luglio 2017, ai cui approfondimenti si rinvia), nonché Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 16 (oggetto della News US 31 gennaio 2017, ai cui approfondimenti si rinvia);

j) sull'estensione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e delle sue eccezioni, cfr. Corte di giustizia dell'UE, Sezione I, 20 dicembre 2017, C- 322/16, *Global Starnet* (oggetto della

News US 11 gennaio 2018, ai cui approfondimenti si rinvia) e Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 1 giugno 2016, n. 2334 (oggetto della News US 6 giugno 2016);

k) sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati (legge n. 18 del 2015) v. *La responsabilità civile dei magistrati* - Commentario alle l. 13 aprile 1988 n. 117 e 27 febbraio 2015 n. 18, a cura di AULETTA F., BOCCAGNA S. e RASCIO N., contributi di AULETTA F., BOCCAGNA S., DE SANTIS DI NICOLA F., FRESA M., IZZO S., MARZOCCO A. M., RAIOLA I., RASCIO N., RUGGIERI P. C. e RUSCIANO S., Zanichelli, Bologna, 2017, pag. XVIII-510; AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it*., 2015, V, 281; in particolare sui rapporti fra diritto UE e r.c. magistrati, CAMPANELLI, *L'incidenza delle pronunce della corte di giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, *ibidem*, V, 299; SCODITTI E., *Le nuove fattispecie di «colpa grave», ibidem*, V, 317; nel senso che la violazione del diritto dell'Ue non costituisce motivo di giurisdizione ex art. 111 Cost., v. Corte cost. 18 gennaio 2018, n. 6, oggetto News US 30 gennaio 2018, cfr. altresì Corte cost.12 luglio 2017, n. 164 in Diritto & Giustizia 2017, 13 luglio con nota di MARINO; sulle rimessioni decise da questa sentenza v. Tribunale Genova 10 maggio 2016 e Tribunale Catania 6 febbraio 2016, in Foro it., 2016, I, 2570 e 2571, con nota di ROMBOLI.