

INCENTIVI ALLA PRODUZIONE DI ENERGIE RINNOVABILI, POTERI AMMINISTRATIVI E LEGITTIMO AFFIDAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA¹

1. Lo spunto di riflessione: l'ordinanza della Corte di giustizia UE del 1° marzo 2022.

La recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ordinanza 1° marzo 2022, C-608/20, C-611/20, C-595/19, C-512/19, C-306/19, *Milis e altri*) costituisce l'occasione per “fare il punto” sul tema, oggetto di costante dibattito giurisprudenziale, del rapporto tra il sistema normativo della incentivazione delle energie rinnovabili, che implica l'attribuzione di risorse pubbliche e l'esercizio di poteri di revoca e decadenza, e la tutela del legittimo affidamento degli operatori economici che effettuano investimenti nel settore. Un argomento sempre attuale, nel quale è costante la ricerca di un difficile punto di convergenza ed equilibrio tra interessi apparentemente contrastanti: da un lato quello, pubblico e di rilevanza sovranazionale, all'efficacia delle misure finalizzate al sostegno della “*green economy*”, dall'altro quello privato, ma non meno rilevante, alla certezza del diritto nonché alla tutela dei beni e della libertà di impresa.

La Decima Sezione della Corte, pronunciandosi nelle cause riunite sopra citate, aventi ad oggetto sette domande di pronuncia pregiudiziale sollevate dal TAR per il Lazio ai sensi dell'articolo 267 TFUE, si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto dell'Unione dell'art. 26, e in particolare dei commi 2 e 3², del decreto-legge n. 91 del 2014, attuato con decreti ministeriali del 16 e del 17 ottobre 2014, giungendo alla conclusione che «*l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, e gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letti alla luce dei principi di certezza del diritto e*

¹ Il contributo costituisce sviluppo dell'intervento svolto nell'ambito delle giornate di formazione dedicate a «*Scelte ambientali, azione amministrativa e tecniche di tutela dopo la legge di rev. cost. n. 1 del 2022*» tenutesi a Firenze l'1 e 2 luglio 2022.

² 2. A decorrere dal secondo semestre 2014, il Gestore dei servizi energetici S.p.A. eroga le tariffe incentivanti di cui al comma 1, con rate mensili costanti, in misura pari al 90 per cento della producibilità media annua stimata di ciascun impianto, nell'anno solare di produzione ed effettua il conguaglio, in relazione alla produzione effettiva, entro il 30 giugno dell'anno successivo. Le modalità operative sono definite dal GSE entro quindici giorni dalla pubblicazione del presente decreto e approvate con decreto del Ministro dello sviluppo economico.

3. A decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell'operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014: a) la tariffa è erogata per un periodo di 24 anni, decorrente dall'entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all'allegato 2 al presente decreto; b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all'attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in ugual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di tutti gli aventi titolo all'opzione, un risparmio di almeno 600 milioni di euro all'anno per il periodo 2015-2019, rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti; c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell'incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità:

- 1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW;
- 2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 500 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW;
- 3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW.

In assenza di comunicazione da parte dell'operatore il GSE applica l'opzione di cui alla lettera c).

tutela del legittimo affidamento, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti, ma non ancora dovuti.».

La pronuncia della Corte è stata sollecitata dalla sezione III-ter del TAR per il Lazio con ordinanze del 13 febbraio 2019, del 12 giugno 2019, del 15 maggio 2019 e del 7 febbraio 2020, emanate nell'ambito di giudizi aventi ad oggetto la richiesta di annullamento del d.m. 16 ottobre 2014, con cui è stata disposta l'approvazione delle modalità operative per l'erogazione da parte del Gestore dei Servizi Energetici delle tariffe incentivanti per l'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici in attuazione dell'articolo 26, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché del d.m. 17 ottobre 2014, riguardante le modalità per la rimodulazione delle tariffe incentivanti per l'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici, in attuazione dell'articolo 26, comma 3, lett. b), dello stesso decreto legge 91 del 2014, e ancora delle tabelle dei fattori moltiplicativi da applicare per il calcolo dell'incentivo pubblicate dal GSE sul proprio sito istituzionale il 27 ottobre 2014 e, infine, delle istruzioni operative adottate da quest'ultimo ai sensi del più volte citato art. 26, commi 2 e 3, d.l. n. 91/2014, e pubblicate sul sito istituzionale il 3 novembre 2014.

La Corte di Giustizia peraltro, come ben noto agli operatori del settore, già in precedenti occasioni, anche recenti, si era pronunciata sull'argomento (sentenza del 15 aprile 2021, in cause riunite C-798/18 – C-799/18, *Anie*, anch'essa sull'art. 26 del d.l. 91/2014; ordinanza 20 novembre 2018, n. 11206 e sentenza 11 luglio 2019, C-180/18, C-286/18, *Agrenergy s.r.l.* e C-287/18, *Fusignano Due S.r.l.* sulla rimodulazione e revoca delle tariffe incentivanti attribuite per l'energia prodotta da fonte fotovoltaica, sempre a seguito di rimessione disposta dalla citata sezione III-ter del TAR del Lazio), affermando, anche in tali occasioni, l'insussistenza dell'ipotizzato contrasto delle disposizioni censurate con il diritto eurounitario, con particolare riferimento ai principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento.

Per una più agevole comprensione delle questioni sottoposte alla Corte e della rilevanza delle decisioni dalla stessa adottate, è tuttavia necessaria una premessa – ancorché sintetica, considerata l'impossibilità, nella presente sede, di effettuarne una ricostruzione organica – in ordine al complesso delle disposizioni normative ad esse presupposte.

2. La normativa europea e nazionale in materia di incentivazione delle energie rinnovabili – brevi cenni.

Il sistema delle fonti che disciplinano l'incentivazione dell'energia rinnovabile, senza dubbio complesso in quanto costituito da una vera e propria "stratificazione" di norme (sovrannazionali e interne, primarie e secondarie), può essere compendiato nei termini che seguono.

Occorre prendere le mosse dalla direttiva 2001/77/CE³, con la quale l'Unione Europea, a seguito degli impegni alla riduzione delle emissioni inquinanti previste in ambito internazionale dal Protocollo di Kyoto adottato nel 1997, ha definito il quadro comune per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili⁴, recepita nell'ordinamento nazionale con il decreto legislativo 9 dicembre 2003, n. 387.

Tale direttiva, considerate la «*sottoutilizzazione del potenziale di sfruttamento delle fonti energetiche rinnovabili nella Comunità, nonché la necessità di promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili, poiché queste contribuiscono alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile oltre alla creazione di occupazione all'impatto positivo sulla coesione sociale ed alla strumentalità al più rapido conseguimento degli obiettivi di Kyoto*» e ritenuto che «*la promozione dell'elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili è un obiettivo altamente prioritario a livello della Comunità, come illustrato nel Libro bianco sulle fonti energetiche rinnovabili*» (considerando 1 e 2):

- mira alla promozione di un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato interno nonché a creare le basi per un futuro quadro comunitario in materia (art. 1);

- devolve agli Stati membri l'adozione di misure appropriate, atte a promuovere l'aumento del consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili perseguendo gli obiettivi indicativi nazionali di cui al paragrafo 2, precisando, tuttavia, che le stesse devono essere «*proporzionate all'obiettivo*» (art. 3, comma 1) nonché prevedendo che «*nel rispetto degli articoli 87 e 88 del trattato, la Commissione valuta l'applicazione dei meccanismi utilizzati negli Stati membri attraverso i quali un produttore di elettricità, in base a una normativa emanata da autorità pubbliche, percepisce, direttamente o indirettamente, un sostegno e che potrebbero avere un effetto restrittivo sugli scambi, tenendo conto che essi contribuiscono a perseguire gli obiettivi stabiliti negli articoli 6 e 174 del trattato*» (art. 4, comma 1).

Nell'ottica del legislatore comunitario, e dunque in applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione, il meccanismo incentivante, che si pone peraltro in potenziale conflitto con i valori primari inerenti il divieto degli aiuti di Stato e la tutela della concorrenza nel mercato, costituisce una misura necessaria al raggiungimento di obiettivi strategici ma, al contempo, provvisoria, in quanto destinata a permanere solo fino alla equiparazione fra i costi d'investimento per l'installazione di impianti di energia rinnovabile e quelli previsti per altre forme di generazione elettrica.

La direttiva 2001/77 è stata, come detto, recepita nell'ordinamento nazionale con il decreto legislativo 9 dicembre 2003 n. 387, i cui obiettivi - per quanto qui rileva - sono individuati dall'art. 1 nella promozione di un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato italiano e comunitario (lett.

³ Direttiva 2001/77/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001, **sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.**

⁴ La politica europea dell'energia, già alla base del progetto della Comunità europea in forza del Trattato CECA del 1951 e del Trattato Euratom del 1957, è prevista all'art. 194 TFUE.

a) e nel favorire lo sviluppo di impianti di microgenerazione elettrica alimentati da fonti rinnovabili (lett. d).

Successivamente, la Commissione ha presentato al Parlamento europeo il “Pacchetto clima energia”, insieme di misure che ha definito, per l'Europa, gli obiettivi da raggiungere al 2020; è stata conseguentemente emanata la direttiva 2009/28/CE⁵ la quale ha fissato, all'art. 3, gli obiettivi nazionali obbligatori per gli Stati membri (per la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo, al fine del raggiungimento di una quota pari almeno al 20% di energia da fonti rinnovabili) da conseguire nel 2020, prevedendo all'art. 3, per quanto di interesse ai fini del presente contributo, che *«Al fine di conseguire più facilmente gli obiettivi fissati nel presente articolo, ogni Stato membro promuove e incoraggia l'efficienza ed il risparmio energetici»* (comma 1 ultimo periodo), anche tramite l'applicazione di *«regimi di sostegno»* (comma 3, lett. a).

La direttiva del 2009 – recepita con il decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 - è stata recentemente abrogata, con effetto dal 1° luglio 2021, dall'articolo 37 della successiva direttiva (UE) 2018/2001⁶, fatti salvi alcuni obblighi degli Stati membri tra cui quello, prima citato, dei livelli del miglioramento dell'efficienza energetica.

Con l'art. 5 della legge 22 aprile 2021, n. 53, sono stati infine dettati i principi e criteri direttivi della delega per l'attuazione della direttiva del 2018, non ancora avvenuta.

Il citato decreto legislativo n. 28 del 2011, che ha come detto recepito la direttiva del 2009, costituisce tuttora – nonostante i molteplici interventi correttivi che sullo stesso si sono succeduti nel tempo - la fondamentale fonte interna di natura primaria in materia di incentivazione delle energie rinnovabili.

L'art. 24 del decreto (inserito nel Capo II, relativo ai regimi di sostegno per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili) individua i principi generali a cui devono ispirarsi i meccanismi di incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti alimentati, appunto, da fonti rinnovabili entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012 (strumenti e criteri generali di cui al comma 2 e dei criteri specifici di cui ai commi 3 e 4), devolvendo alla fonte regolamentare (decreti del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e, per i profili di competenza, con il Ministro delle politiche agricole e forestali, sentite l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e la Conferenza unificata, di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281) la definizione delle modalità per l'attuazione dei sistemi di incentivazione (comma 5).

Il Capo III del decreto (artt. dal 27 al 32) detta, invece, le disposizioni fondamentali dei regimi di sostegno per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili e per l'efficienza energetica, quali i contributi per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili e per interventi di efficienza energetica di piccole dimensioni

⁵ Direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE.

⁶ Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (rifusione).

(art. 28), i certificati bianchi (art. 29), le misure in materia di efficienza energetica (art. 30).

In questo quadro primario, riassunto per necessità di sintesi in termini molto generali, si inserisce la complessa normativa secondaria che contiene la disciplina delle diverse forme di incentivazione, costituita dai numerosi atti regolamentari e amministrativi generali, anche di *soft law* quali «Linee Guida», «Regole Applicative» e «Istruzioni Operative» finalizzate ad uniformare l'azione amministrativa degli enti muniti di competenze in materia, tra cui prevalentemente, come successivamente si avrà modo di meglio precisare, il Gestore dei Servizi Energetici⁷.

3. Incentivazione delle energie rinnovabili e poteri di verifica e controllo del Gestore dei Servizi Energetici.

Tra i soggetti ai quali sono attribuite - nella materia in esame - funzioni e competenze spiccano, oltre ai Ministeri chiamati a emanare le norme regolamentari, l'autorità indipendente attualmente denominata «Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente» (ARERA), istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481, con funzioni di promozione della concorrenza e dell'efficienza nei servizi di pubblica utilità e di tutela degli interessi degli utenti e consumatori, nonché il Gestore dei Servizi Energetici («GSE»).

Quest'ultimo è stato istituito ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (di attuazione della direttiva 96/92/CE, recante norme comuni per il mercato dell'energia elettrica), con la denominazione *Gestore della rete di trasmissione nazionale*, quale persona giuridica di diritto privato costituita nelle forme della società per azioni, con la partecipazione totalitaria del Ministero dell'Economia e delle Finanze, è sottoposto al potere di controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei Conti (art. 12 della l. n. 259 del 1958) ed esercita funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e, in particolare, le attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui agli artt. 3, commi 12 e 13, e 11, comma 3, del citato decreto legislativo n. 79 del 1999, nonché le attività correlate di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, diritti e poteri ad esse inerenti.

Al GSE è affidata, in particolare, la gestione degli strumenti di incentivazione utili al raggiungimento degli obiettivi comunitari e nazionali in materia di fonti rinnovabili ed efficienza energetica.

La natura di tale soggetto è stata approfondita dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 3 settembre 2019, n. 9, la quale ha evidenziato che:

- «*Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto sociale, allegato all'atto costitutivo del Gestore dei Servizi Energetici - GSE S.p.A., la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di*

⁷ Tra cui, per rilevanza, i c.d. "conti energia" per la fonte fotovoltaica (d.m. 28 luglio 2005, 19 febbraio 2007, 6 agosto 2010, 5 maggio 2011); il d.m. 28 dicembre 2012 per quanto riguarda il meccanismo dei titoli di efficienza energetica ("certificati bianchi"); i d.m. 6 luglio 2012 e 23 giugno 2016 per l'incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico.

natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare le attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'articolo 3, commi 12 e 13 e di cui all'articolo 11, comma 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche e integrazioni, nonché le attività correlate di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2003 n. 387 e successive modifiche e integrazioni, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, diritti e poteri ad esse inerenti. Ai sensi dell'art. 8 dello Statuto della società, i diritti dell'azionista sono esercitati d'intesa tra il Ministro dell'economia e delle finanze ed il Ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79»;

- «Da quanto detto appare chiaro che il Gestore dei servizi energetici rientri nel novero dei soggetti privati svolgenti pubbliche funzioni posto che, pur rivestendo formalmente la veste di società di capitali di diritto privato, è nondimeno soggetto munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate - tra l'altro - alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile, al controllo ed alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza ed all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico».

Al GSE sono, dunque, devolute sia funzioni in materia di attribuzione degli incentivi, sia poteri di verifica e controllo sulla corretta erogazione degli stessi, che configurano l'esercizio di poteri amministrativi; sulla materia è inoltre delineata dall'art. 133 comma 1 lett. o) del c.p.a. una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (che riguarda «*le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti*»).

La fondamentale norma primaria nella materia in esame è rappresentata dall'art. 42 del citato decreto legislativo n. 28 del 2011, il quale afferma il principio generale secondo cui l'erogazione di incentivi nei settori elettrico, termico e dell'efficienza energetica, di competenza del GSE, è subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza. La verifica, che può essere affidata anche agli enti controllati dal GSE, è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti. I controlli sugli impianti, per i quali i soggetti preposti dal GSE rivestono la qualifica di pubblico ufficiale, sono svolti anche senza preavviso e hanno ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica (comma 1).

In attuazione della delega contenuta nell'art. 42 citato è stato poi emanato il decreto del Ministero dello sviluppo economico 31 gennaio 2014, il quale contiene la disciplina organica dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del Gestore dei Servizi Energetici e individua le violazioni rilevanti (all. 1) al ricorrere delle quali quest'ultimo «*dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate*» (art. 11, comma 1). Il

medesimo d.m. dispone inoltre che il GSE qualora riscontri violazioni o inadempimenti che comunque rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi ovvero dei premi, ancorché non espressamente individuate come «rilevanti», disponga le prescrizioni più opportune ovvero ridetermini l'incentivo in base alle caratteristiche rilevate a seguito del controllo e alla normativa applicabile, recuperando le sole somme indebitamente erogate (art. 11 comma 3).

4. Poteri di verifica e controllo e legittimo affidamento nell'elaborazione giurisprudenziale.

4.1. La giurisprudenza amministrativa.

Le attività svolte dal Gestore in applicazione della riportata norma generale, nonché delle specifiche analoghe disposizioni settoriali - che parimenti prevedono l'esercizio di tali poteri – costituiscono oggetto di un contenzioso rilevante, in termini sia numerici che economici⁸.

L'ampia produzione giurisprudenziale conseguentemente sviluppatasi non può essere agevolmente sintetizzata, come la presente sede richiede; sull'argomento è tuttavia indispensabile un cenno – con riferimento allo specifico oggetto del presente breve contributo – ai principi espressi dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11 settembre 2020 n. 18, che costituisce efficace sintesi dell'elaborazione sviluppatasi negli anni sull'argomento, sia in primo che in secondo grado.

La sentenza citata, benché avente ad oggetto la particolare questione della rilevanza, nell'ambito degli incentivi previsti dal d.m. 5 maggio 2011 (recante «*criteri per incentivare la produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici e lo sviluppo di tecnologie innovative per la conversione fotovoltaica*», c.d. "TV conto energia"), delle violazioni inerenti la documentazione necessaria all'ottenimento della maggiorazione economica (c.d. "premio") prevista dall'art. 14, comma 1, lettera d) dello stesso decreto in relazione all'origine europea dei moduli utilizzati per gli impianti fotovoltaici, ha espresso principi di portata generale in materia di attività di verifica e controllo del GSE che vale la pena qui richiamare.

Va peraltro sottolineato – con riferimento a quanto si dirà nel seguito – che la decisione è stata assunta con riferimento alla formulazione dell'art. 42 del citato decreto legislativo n. 28 del 2011 antecedente alle complesse modificazioni apportate alla norma dapprima con l'art. 1, comma 960, lett. a), della legge 27 dicembre 2017, n. 205⁹ e, successivamente, dall'articolo 13-bis, comma 1, lettera a), del decreto-legge 3 settembre

⁸ Secondo i dati forniti dall'ufficio per il processo della sezione III-ter del TAR per il Lazio, solo nel periodo 2015-2021, individuato a fini esemplificativi, sono stati proposti oltre seimila ricorsi avverso provvedimenti del Gestore dei Servizi Energetici nella materia all'esame.

⁹ «All'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 3 sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «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'entità 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»;

b) al comma 5, dopo la lettera c) è inserita la seguente:

«c-bis) le violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3».

2019, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 novembre 2019, n. 128¹⁰, nonché, da ultimo, dall'articolo 56, comma 7, lettera a) del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, c.d. "d.l. semplificazioni"¹¹, su cui ci si soffermerà nel successivo par. 5), nella quale era contemplata, come evidenziato al § 3, «una generica "decadenza dagli incentivi", causalmente collegata alla rilevanza delle violazioni».

Secondo la Plenaria, «la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva, ex tunc (o in alcuni casi ex nunc), di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio), è istituito che, pur presentando tratti comuni col più ampio genus dell'autotutela, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificatamente:

a) per l'espressa e specifica previsione, da parte della legge, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quelle prevista dall'art. 21 nonies della legge 241/90 che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti;

b) per la tipologia del vizio, more solito individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto;

c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti.

4.1. La decadenza non presenta, invece, nessun tratto comune con il diverso istituto della sanzione, differenziandosene nettamente in ragione:

a) della non rilevanza, ai fini dell'integrazione dei presupposti, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa;

b) del limite dell'effetto ablatorio prodotto, al massimo coincidente con l'utilità innanzi concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale la decadenza viene ad incidere.

5. Alla luce delle delineate coordinate occorre dunque affrontare l'esegesi dell'art. 42 comma 3, la decadenza ivi contemplata, e soprattutto, il concetto di rilevanza contestualmente menzionato.

5.1. Non v'è dubbio alcuno che la decadenza, cui la disposizione citata fa riferimento, sia appieno sussumibile nel concetto di decadenza pubblicistica sinora descritto, potendosi

¹⁰ 1. "All'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 3, le parole: "fra il 20 e l'80 per cento" sono sostituite dalle seguenti: "fra il 10 e il 50 per cento" e le parole: "ridotte di un terzo" sono sostituite dalle seguenti: "ridotte della metà";

b) al comma 3-quater, le parole: "del 30 per cento della tariffa incentivante" sono sostituite dalle seguenti: "del 10 per cento della tariffa incentivante" ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "La decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante si applica anche agli impianti ai quali è stata precedentemente applicata la decurtazione del 30 per cento, prevista dalle disposizioni previgenti.";

c) al comma 4-bis, le parole: "del 20 per cento della tariffa incentivante" sono sostituite dalle seguenti: "del 10 per cento della tariffa incentivante" ed è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "La decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante si applica anche agli impianti ai quali è stata precedentemente applicata la decurtazione del 20 per cento, prevista dalle disposizioni previgenti".

¹¹ All'articolo 42 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n.28, sono apportate le seguenti modificazioni: (...) "al comma 3, dopo le parole "Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE" sono aggiunte le seguenti: "in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241".

pacificamente escludere un'improprietà del linguaggio legislativo, tale da ricondurre sotto il nomen iuris utilizzato altri istituti di carattere sanzionatorio. Lo ha già chiarito la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2017, n. 50) puntualmente richiamata dall'ordinanza di rimessione, che qui deve integralmente confermarsi nella sua impostazione.»

Richiamati i fondamentali principi espressi dall'Adunanza Plenaria può, a questo punto, essere delineato lo specifico tema oggetto di indagine, inerente la configurabilità e rilevanza, nell'ambito dell'incentivazione delle energie rinnovabili, nel quale sono come detto connaturati poteri di controllo sulla corretta allocazione delle risorse pubbliche che spesso sfociano nell'emanazione di provvedimenti decadenziali, di un affidamento dell'operatore economico nella stabilità del regime incentivante.

La questione si pone in quanto i sistemi incentivanti in argomento sono, nella gran parte dei casi, strutturati in due fasi: la prima, in cui è disposta l'ammissione al beneficio, generalmente fondata sulle dichiarazioni e autocertificazioni dell'istante in merito al possesso dei requisiti prescritti, e la seconda, quella per l'appunto della verifica e controllo da parte del GSE, che può intervenire anche a distanza di un lasso di tempo consistente rispetto alla prima, essendo tale potere - definito dalla giurisprudenza "immanente"¹² - non soggetto a termini decadenziali, che può concludersi, nel caso in cui venga rilevata l'insussistenza dei presupposti, con un provvedimento che dispone l'insussistenza dei presupposti per l'erogazione dell'incentivo e, di conseguenza, dispone il recupero delle somme eventualmente a tale titolo erogate, che assumono natura di indebito oggettivo (in tal senso, tra le tante, Consiglio di Stato Sez. IV, 15 ottobre 2020, n. 6241).

La giurisprudenza amministrativa, sia di primo che di secondo grado, è compatta nel ritenere che:

- l'assenza dei presupposti per accedere ai benefici incentivanti in argomento *«legittima pienamente il provvedimento di decadenza secondo le regole di validità che hanno riguardo ai presupposti della normativa pubblicistica che presidia al meccanismo incentivante, indipendentemente dal profilo della "correttezza" dell'operato dell'amministrazione, inerente al comportamento secondo regole di buona fede oggettiva, che può semmai rilevare, qualora ne ricorrano i presupposti, sotto il profilo della violazione delle regole di responsabilità che, tuttavia, non rende illegittimo l'atto»*; ciò in quanto la rilevanza dell'affidamento da parte del privato presuppone che lo stesso sia incolpevole e, nel caso in cui vengano in esame atti di decadenza dai benefici conseguiti in ragione del rilievo dell'assenza di necessari presupposti, *«la causa di illegittimità o irregolarità che ha portato all'esercizio del suddetto potere non deve essere nota o, comunque, conoscibile sulla base dell'ordinaria diligenza dal privato che confida nella stabilità degli atti posti in essere dall'amministrazione»* (Consiglio di Stato, sez. II, 5 aprile 2022 n. 2536);

¹² In tal senso, tra le tante pronunce, da ultimo, TAR Lazio, sez. III-ter, 13 aprile 2022 n. 4530.

- fino allo svolgimento dell'attività di controllo e al suo positivo superamento, nessun legittimo affidamento può crearsi nella parte privata in relazione alla sussistenza e alla debenza degli incentivi, tenuto conto che le verifiche hanno proprio la finalità di appurare tale situazione (Consiglio di Stato, sezione II, sent. 4 aprile 2022 n. 2501 che sul punto richiama il precedente della sez. VI, n. 2362 del 30 aprile 2013. V. anche TAR Lazio, sez. III-ter, sent. 24 febbraio 2022, n. 2226, secondo cui «il GSE essendo deputato all'erogazione di incentivi pubblici, mantiene in ogni fase del procedimento il potere di verifica e controllo circa la spettanza degli stessi; pertanto neppure può ritenersi configurabile, nella materia all'esame, un affidamento meritevole di tutela nel caso in cui le condizioni per l'accesso ai benefici non siano rigorosamente rispettate»);

- «in considerazione dell'esistenza di violazioni rilevanti, non vi può nemmeno essere alcuno spazio per l'asserita "buona fede" del soggetto proponente o del suo "legittimo affidamento" (cfr. il quarto motivo) posto che, "Assodata l'esistenza, in sede di domanda di incentivi, di allegazioni non veritiere, erronee od incomplete del soggetto proponente, tali da aver comportato l'indebita erogazione di benefici in realtà non spettanti, tramonta per ciò solo qualsivoglia suo "affidamento" tutelabile, essendo viceversa riscontrabile l'elemento psicologico quantomeno nelle fattezze della colpa» (TAR Lazio, sez. III-ter, 21 ottobre 2021 n.10807);

- «nemmeno può ravvisarsi, come ulteriormente dedotto da parte appellante, una qualche lesione dell'affidamento che la società avrebbe riposto sulla correttezza delle proprie autovalutazioni, in quanto per tutto il decorso procedimentale il GSE si riserva di effettuare i necessari controlli sull'autodichiarazione annuale presentata dal produttore così come stabilito dall'art. 5, comma 8, del d.m. 24 ottobre 2005 ("L'emissione, da parte del Gestore della rete, dei certificati verdi è subordinata alla verifica della attendibilità dei dati forniti. Il Gestore della rete può disporre controlli sugli impianti in esercizio o in costruzione") e dall'art. 18, comma 1, del d.m. 18 dicembre 2008 ("L'emissione dei certificati verdi e l'erogazione delle tariffe omnicomprensive sono subordinate alla verifica dell'attendibilità dei dati forniti. A tal fine, il GSE dispone verifiche e controlli sugli impianti in esercizio o in costruzione, anche al fine di verificare la loro conformità all'articolo 2, comma 1, e all'articolo 17 del decreto legislativo n. 387/2003")». (Consiglio di Stato, sez. II, 7 aprile 2022 n. 2579);

- «nel caso di specie, ove non vi è stata una modifica in senso peggiorativo del regime di sostegno a cui l'operatore aveva diritto.... difettavano già all'origine, in capo all'interessato, i requisiti per beneficiare dell'incentivo, venendo meno la stessa legittimità dell'affidamento invocato (cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 2362 del 2013: "fino allo svolgimento dell'attività di controllo e al suo positivo superamento nessun legittimo affidamento può crearsi nella parte privata in relazione alla sussistenza e alla debenza degli incentivi, tenuto conto che le verifiche hanno proprio la finalità di appurare tale situazione")» (Consiglio di Stato, 4 aprile 2022 n. 2496).

Non sembra esserci spazio, dunque, per la tutela dell'affidamento a fronte dei poteri amministrativi di verifica e controllo, alla luce della peculiarità del procedimento di ammissione agli incentivi e della rilevanza degli interessi sottesi all'erogazione di questi ultimi.

4.2. La giurisprudenza costituzionale.

Anche l'analisi della giurisprudenza costituzionale conferma, sotto il profilo dell'esercizio del potere legislativo, la non configurabilità di una posizione di affidamento tutelabile del soggetto beneficiario degli incentivi in argomento.

Sull'argomento non può che essere richiamata la decisione n. 16 del 24 gennaio 2017, la quale ha ad oggetto la medesima disposizione di legge valutata dalla Corte di Giustizia, cioè l'art. 26, commi 2 e 3, del d.l. n. 91 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 116 del 2014, in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione ed agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), nonché per contrasto con l'art. 77 Cost.

È utile riportare alcuni stralci della sentenza, particolarmente significativi ai fini della trattazione del tema in esame.

La Corte premette che *«In linea di principio, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto» (sentenze n. 822 del 1988 e n. 349 del 1985). Ma - come chiarito dalla costante giurisprudenza di questa Corte (in consonanza anche con quella della Corte EDU) - la tutela dell'affidamento non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, e ciò «anche se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.)», fermo restando tuttavia che dette disposizioni, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica [recte: giuridica]» (sentenza n. 822 del 1988; in senso analogo, ex plurimis, sentenze n. 203 del 2016; n. 64 del 2014; n. 1 del 2011; n. 302 del 2010; n. 236, n. 206 e n. 24 del 2009; n. 409 e n. 264 del 2005; n. 446 del 2002; n. 416 del 1999)» (paragrafo 8.1).*

Ciò posto, afferma poi, al paragrafo 8.2, che *«L'esame della ratio e del contenuto della norma impugnata induce ad escludere che questa abbia inciso all'interno dei rapporti di durata, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi di che trattasi con il GSE, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile, così da ledere - come si denuncia - il principio evocato.*

Il legislatore del 2014 è intervenuto, infatti, in un contesto congiunturale nel quale - a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per l'energia solare prodotta da fonte fotovoltaica, rivelatasi progressivamente più accentuata, sia rispetto anche ai costi di produzione (in ragione del repentino sviluppo tecnologico del settore), sia rispetto al quadro complessivo europeo - era venuto specularmente in rilievo il crescente peso economico di tali incentivi sui consumatori finali di energia elettrica (in particolare sulle piccole e medie imprese costituenti il tessuto produttivo nazionale).

Ed ha operato, con logica perequativa, al dichiarato fine di «favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili» (art. 26, comma 1, d.l. n. 91 del 2014) e di «pervenire ad una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici», prevedendo a tal proposito che i minori oneri per l'utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano, appunto, «destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica in media tensione e di quelli in bassa tensione [...]» (art. 23 d.l. citato).

È, dunque, quello in esame un intervento che risponde ad un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica.”

“L'introduzione del regime di sostegno delle energie rinnovabili si presenta assistito da caratteristiche di stabilità a lungo termine per rispondere all'esigenza di creare certezza per gli investitori; e che, su questa linea in particolare il d.lgs. n. 28 del 2011 - che, secondo il TAR avrebbe «amplificato» la percezione di una tale «stabilità» - dispone che «l'incentivo resta costante per tutto il periodo di diritto» (art. 24, comma 2, lettera c).

La garanzia di costanza dell'incentivo per tutto il periodo di diritto non implica però, come necessaria conseguenza, che la correlativa misura debba rimanere, per venti anni, immutata e del tutto impermeabile alle variazioni proprie dei rapporti di durata. Ciò ancor più ove si consideri che le convenzioni stipulate con il Gestore non sono riducibili a contratti finalizzati ad esclusivo profitto dell'operatore - che dovrebbe vedere ferme le condizioni iniziali, per vent'anni, anche ove le condizioni tecnologiche mutino profondamente - ma costituiscono strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico.

Nella sequenza evolutiva della normativa di settore non mancano, del resto, indicazioni di segno contrario alla pretesa consolidazione di un "diritto quesito" dei fruitori dell'incentivo a conservarne immutata la misura originaria per l'intero ventennio di convenuta durata del rapporto.

Il citato d.lgs. n. 28 del 2011 (sub art. 23, comma 1) coniuga espressamente l'obiettivo della «stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione» con quelli di «armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e [...] riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori».

Su questa linea, il d.m. 6 agosto 2010 (terzo conto energia), adottato sulla base del precedente d.lgs. n. 387 del 2003, già richiamava la necessità di intervenire al fine di adeguare le tariffe incentivanti alla luce della decrescita dei costi della tecnica fotovoltaica per rispettare il principio di equa remunerazione degli investimenti.

Il d.m. 5 maggio 2011 (quarto conto energia), sub art. 2, comma 3, prevedeva, a sua volta, la possibilità di rivedere le modalità di incentivazione.

Nella Convenzione-tipo, approvata con delibera dell'AEEG del 6 dicembre 2012, si legge poi, testualmente (sub art. 17, punto 17.3), che «Il GSE si riserva di modificare unilateralmente le clausole della presente Convenzione che, per effetto di eventuali evoluzioni normative e regolamentari, siano in contrasto con il vigente quadro di riferimento».

La garanzia di costanza dell'incentivo per tutto il periodo di diritto non implica però, come necessaria conseguenza, che la correlativa misura debba rimanere, per venti anni, immutata e del tutto impermeabile alle variazioni proprie dei rapporti di durata. Ciò ancor più ove si consideri che le convenzioni stipulate con il Gestore non sono riducibili a contratti finalizzati ad esclusivo profitto dell'operatore - che dovrebbe vedere ferme le condizioni iniziali, per vent'anni, anche ove le condizioni tecnologiche mutino profondamente - ma costituiscono strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico».

Il percorso argomentativo e le conclusioni della Corte Costituzionale sembrano, dunque, condurre alla conclusione che, nell'ambito in argomento, non ci sia alcuno spazio per la tutela dell'affidamento nella stabilità del regime normativo che stabilisce l'incentivazione delle energie rinnovabili.

4.3. La giurisprudenza europea.

È ora possibile tornare alla pronuncia della Corte di Giustizia del 2022 dalla quale questa analisi ha preso le mosse.

La stessa, invero, non costituisce una novità nell'ambito in discorso in quanto fa seguito ad alcuni specifici precedenti, quali la decisione 15 aprile 2021 (*Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.*, C-798/18 e C-799/18, EU:C:2021:280, con la quale si era già pronunciata sul d.l. "spalmaincentivi" e la sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605).

Il giudice del rinvio ha rilevato che l'articolo 26 del decreto-legge n. 91 del 2014 ha previsto una rimodulazione degli incentivi per gli impianti con potenza superiore a 200 kW al fine di ottimizzare la gestione dei tempi di raccolta ed erogazione degli incentivi nonché di favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili, facendo altresì presente che, con tale disposizione, il legislatore italiano ha imposto agli operatori del settore interessato il passaggio a un diverso sistema tariffario a seconda di una delle opzioni previste al comma 3 di detta disposizione, ciascuna delle quali inciderebbe in senso peggiorativo sulla situazione degli operatori medesimi quale stabilita nelle convenzioni di incentivazione stipulate tra essi e il GSE, esplicando un effetto novativo sugli elementi della durata o dell'importo delle tariffe incentivanti.

La Corte è stata così investita, in particolare, - della valutazione circa la compatibilità delle disposizioni nazionali in questione con:

- i principi generali della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, in quanto l'intervento legislativo avrebbe modificato unilateralmente le condizioni giuridiche sulla cui base i ricorrenti in tali procedimenti avevano impostato la propria attività economica, e ciò in assenza di circostanze eccezionali che giustificano una simile modifica;

- con gli articoli 16 e 17 della Carta, riguardanti, rispettivamente, la libertà d'impresa e il diritto di proprietà, nonché con l'articolo 10 della Carta dell'energia.

- con l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28, nella misura in cui le disposizioni in argomento possono incidere negativamente sui regimi di sostegno alla produzione dell'energia elettrica da impianti fotovoltaici, i quali, in forza di tale direttiva, dovrebbero essere caratterizzati da stabilità e costanza, potendo, altresì, pregiudicare gli obiettivi della politica energetica, ai sensi di detta direttiva.

La decisione, dopo avere ricostruito il quadro normativo presupposto, costituito dal Diritto internazionale (Carta dell'Energia), dal Diritto dell'Unione (direttiva 2009/28) nonché dal diritto nazionale (articolo 7 del decreto legislativo del 29 dicembre 2003, n. 387, recante attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, e articoli 24 e 25 del decreto legislativo del 3 marzo 2011, n. 28, recante attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE), e richiamati i propri precedenti del 15 aprile 2021 e dell'11 luglio 2019, pur facendo salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, è pervenuta alle conclusioni già accennate sulla scorta del seguente percorso motivazionale:

- *«il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, segnatamente quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. In particolare, detto principio impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza»* (par. 43);

- *«la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e accorto 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. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali»* (par. 44);

- «spetta al giudice del rinvio esaminare se una normativa nazionale come quella di cui ai procedimenti principali sia conforme a tali principi; la Corte, allorché statuisce su un rinvio pregiudiziale a norma dell'articolo 267 TFUE, è competente esclusivamente a fornire a detto giudice tutti gli elementi interpretativi rientranti nel diritto dell'Unione che possono consentirgli di valutare tale conformità. A tal fine, il giudice del rinvio può tener conto di tutti gli elementi rilevanti ricavabili dai termini, dalla finalità o dall'economia delle normative in questione» (par. 45).

- l'art. 7, comma 2, del decreto legislativo n. 387 del 2003 «indica all'operatore economico prudente e accorto, ai sensi della giurisprudenza richiamata supra al punto 44, che gli incentivi in questione non erano garantiti a tutti gli operatori interessati per un periodo determinato, tenuto conto, in particolare, del riferimento a un importo decrescente delle tariffe incentivanti nonché alla durata limitata dell'incentivo e della fissazione di un limite massimo di potenza elettrica cumulata ammissibile all'incentivo medesimo»;

- il d.lgs. n. 28 del 2011, come rilevato al punto 44 della sentenza dell'11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due* (C-180/18, C-286/18 e C-287/18, EU:C:2019:605), è stato già ritenuto «indicare sin dall'inizio agli operatori economici prudenti e accorti che il regime di incentivi applicabile agli impianti solari fotovoltaici poteva essere adattato, o addirittura soppresso, dalle autorità nazionali per tener conto dell'evoluzione di determinate circostanze»;

- «le convenzioni concluse con i proprietari di impianti fotovoltaici entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012 si limitavano a prevedere le condizioni pratiche dell'erogazione degli incentivi, assegnati sotto forma di una precedente decisione amministrativa adottata dal GSE. e che “Al punto 51 della sentenza del 15 aprile 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.* (C 798/18 e C 799/18, EU:C:2021:280), la Corte ha di conseguenza constatato che risultava che le convenzioni concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici interessati e il GSE erano firmate sulla base di contratti-tipo, che esse non assegnavano, di per sé, incentivi agli impianti stessi, ma fissavano unicamente le modalità della loro erogazione, e che, quanto meno per quel che riguarda le convenzioni concluse dopo il 31 dicembre 2012, il GSE si riservava il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di queste ultime a seguito di eventuali sviluppi normativi, come espressamente indicato in tali convenzioni. Detti elementi costituivano, quindi, un'indicazione sufficientemente chiara per gli operatori economici nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi» (par. 50);

- «al punto 52 della sentenza del 15 aprile 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) e a.* (C 798/18 e C 799/18, EU:C:2021:280), la Corte ha inoltre stabilito che le misure previste all'articolo 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014 non incidono sugli incentivi già erogati, ma sono applicabili unicamente a decorrere dall'entrata in vigore di tale decreto-legge e unicamente agli incentivi previsti, ma non ancora dovuti. Di conseguenza, tali misure non sono retroattive, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti nei procedimenti principali»;

circostanze sono chiaramente risultanti *«dalla normativa nazionale oggetto dei procedimenti principali, sempre fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare, cosicché la loro applicazione era, in linea di principio, prevedibile»* (par. 52);

- pertanto, *«il diritto fatto valere dai gestori di impianti fotovoltaici interessati di beneficiare degli incentivi di cui ai procedimenti principali in modo immutato per l'intera durata delle convenzioni da essi concluse con il GSE non costituisce una posizione giuridica acquisita e non rientra nella tutela prevista all'articolo 17 della Carta, ragion per cui la modifica degli importi di tali incentivi o delle modalità della loro erogazione, effettuata da una disposizione nazionale quale l'articolo 26 del decreto-legge n. 91/2014, non può essere assimilata a un pregiudizio al diritto di proprietà come riconosciuto al suddetto articolo 17»* (par. 53), e *«fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28 e gli articoli 16 e 17 della Carta, letti alla luce dei principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti, ma non ancora dovuti»* (par. 68).

5. Il “decreto semplificazioni”: possibili scenari futuri.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte sembra pertanto che non ci sia spazio, nell'ambito della incentivazione delle energie rinnovabili, per la tutela del legittimo affidamento, o quanto meno che lo stesso debba ritenersi confinato nel ambito dei ristretti margini individuati dalle pronunce riportate, inerenti le aspettative dell'operatore avveduto ed esperto (di cui, tuttavia, i provvedimenti finora sottoposti al vaglio della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia non hanno ravvisato la sussistenza).

Occorre, tuttavia, porre una ulteriore e nuova questione, e chiedersi se le conclusioni riportate possano valere anche per il futuro, essendo stati i poteri di verifica e controllo del GSE come detto incisi da una recente novella normativa, l'art. 56 del d.l. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 120 del 2020 (*«Disposizioni di semplificazione in materia di interventi su progetti o impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile e di taluni nuovi impianti, nonché di spalma incentivi»*) che, al comma 7, dispone delle rilevanti modificazioni al testo del più volte citato art. 42, comma 3, il quale, a seguito delle stesse, risulta oggi così formulato: *«Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21- nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481»*.

Il tenore letterale della norma, nel richiamare espressamente l'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento amministrativo, sembra dunque far riemergere la rilevanza, anche nell'esercizio dei poteri di verifica e controllo, della tutela del legittimo affidamento dell'operatore, esclusa dalle conclusioni a cui è giunta, compatta, la sopra richiamata interpretazione della giurisprudenza.

Secondo la relazione illustrativa del "d.l. semplificazioni":

- «L'intervento proposto è volto a stabilire condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili. In particolare, la direttiva 2009/28/CE, nell'evidenziare il ruolo dei regimi nazionali di sostegno alla produzione di energia rinnovabile, ne sottolinea anche i necessari caratteri di stabilità e certezza giuridica»;

- «La disposizione di cui alla lettera a) consente al Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. di esercitare i propri poteri di controllo con una adeguata ponderazione sul valore della certezza degli investimenti, richiamato nel Trattato sulla Carta europea dell'energia, sottoscritto il 17 dicembre 1994 dalla Unione europea (da considerare quindi quale "parte integrante dell'ordinamento comunitario"; v. Corte di giustizia sent. 30 aprile 1974, Haegeman, causa C-181/73). Infatti, ai sensi dell'art. 10 della Carta europea dell'energia, ogni parte contraente "incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori [...] gli investimenti godono inoltre di una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l'impiego, il godimento o l'alienazione degli stessi" (art. 10, par. 1)»;

- «In ragione di ciò, nell'attesa di una riforma organica della disciplina dei controlli degli impianti alimentati da energie rinnovabili, si prevede l'introduzione del principio secondo il quale i poteri di controllo da parte del Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. debbano essere esercitati entro i limiti dell'autotutela amministrativa, di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990; ciò al fine di consentire l'adozione di provvedimenti sanzionatori, che possono intervenire anche a notevole distanza di anni dall'ammissione ai benefici incentivanti, attraverso una adeguata ponderazione degli effetti e degli investimenti effettuati. In mancanza di un quadro univoco di riferimento detti provvedimenti sono oggetto di impugnazione da parte degli operatori, con notevole produzione di contenzioso».

Dai lavori preparatori del disegno di legge recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» emerge, poi, che «**Il comma 7** apporta talune modifiche all'articolo 42 del decreto legislativo n. 28 del 2011, recante la **disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi**. La relazione illustrativa chiarisce come l'intervento sia volto a stabilire **condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili**. (...)».

È, dunque, necessario chiedersi se, alla luce dell'illustrata *ratio* della novella, la stessa abbia creato le condizioni normative per il riconoscimento di quelle esigenze di

stabilità e affidamento che, come detto, sono state finora considerate non configurabili o, comunque, recessive rispetto a più rilevanti interessi pubblici.

In proposito deve, però, essere fatto presente che le pronunce finora emanate hanno affermato che la norma citata non solo non ha natura di interpretazione autentica, ma neppure ha inciso sulla natura del potere esercitato dal GSE, che rimane quello di decadenza, seppur accomunato all'autotutela limitatamente ai presupposti per il suo legittimo esercizio (in proposito, Consiglio di Stato, sez. II, 7 aprile 2022 n. 2501, 12 aprile 2022 n. 2747¹³; TAR Lazio, sez. III-ter, 5 maggio 2022 n. 5602).

A ciò deve aggiungersi che l'articolo 63, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, ha modificato l'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 prevedendo che il «*termine ragionevole*» entro il quale può essere esercitato il potere di autotutela con riferimento ai «*provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*» non può essere superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti stessi¹⁴.

Non è allo stato possibile giungere ad approdi definitivi e conclusioni certe sul tema dell'impatto delle riferite novità normative sul tema qui dibattuto, costituendo le stesse, più che altro, uno spunto di riflessione.

6. Conclusioni.

Al termine di questo breve *excursus*, si può affermare che la giurisprudenza – europea, costituzionale e amministrativa – sia consolidata nell'affermare che l'ordinamento vigente offre tutela, nel campo delle energie rinnovabili, esclusivamente all'affidamento dell'operatore economico qualificato, esperto ed avveduto, poiché l'accesso ai sistemi di incentivazione è subordinato alla rigorosa ricorrenza di tutti i presupposti della fattispecie normativa, e la sua permanenza nel tempo, alle condizioni iniziali, non è garantita.

Questa conclusione potrebbe far sorgere il dubbio che l'attuale sistema normativo non costituisca uno stimolo adeguato e sufficiente per la realizzazione di investimenti nel campo dell'energia sostenibile, potendo anzi determinarne la disincentivazione.

Non è in questa sede possibile fornire risposte certe a tale quesito, né valutare, come detto, le conseguenze delle “novelle” che sembrano far emergere una rinnovata e specifica rilevanza del tema del legittimo affidamento; si può, tuttavia, auspicare che i futuri interventi normativi nella materia, oltre alla previsione di nuovi ed ulteriori incentivi, pongano particolare attenzione alla semplificazione delle modalità di accesso agli stessi, e ciò attraverso strumenti che, da un lato, ne garantiscano la corretta

¹³ «*la modifica all'art 42 comma 3 d.lgs. 28/2011, introdotta dall'art 56, comma 7, del d.l. 76/2020 che prevede l'esercizio del potere di decadenza in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, non ha mutato la natura del potere esercitato, che rimane di decadenza (cfr. Ad. Plen. 18/2020 e giurisprudenza sopra richiamata) e che viene accomunato a quello di autotutela limitatamente ai presupposti per il legittimo esercizio*»

¹⁴ Il testo previgente, come noto, a seguito delle modificazioni introdotte dall'articolo 25, comma 1, lettera b-*quater*, numeri 1) e 2) del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, e successivamente dall'articolo 6, comma 1, lettera d), numero 1) della legge 7 agosto 2015, n. 124, prevedeva un termine «*non superiore a diciotto mesi*».

attribuzione, e dall'altro, prevedendo regole chiare e certe, possano altresì consolidare gli investimenti nel settore e la conseguente riduzione del rilevante contenzioso esistente.

Emanuela Traina

(Primo Referendario presso il TAR Lazio)