



**Giustizia amministrativa**  
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

**Consiglio di Stato**  
**Tribunali Amministrativi Regionali**

**News n. 39 del 21 marzo 2023**  
**a cura dell'Ufficio del massimario**

Nuovamente alla Corte di giustizia UE il sistema nazionale di assegnazione degli incentivi per la promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

**Consiglio di Stato, sezione II, ordinanza 27 febbraio 2023, n. 2009 - Pres. Forlenza, Est. Boscarino**

**Energia elettrica - Energia rinnovabile - Tariffe incentivanti - Certezza del diritto - Legittimo affidamento - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE**

*Va rimesso alla Corte di giustizia UE il seguente quesito interpretativo:*

*“Se la 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, ed in particolare i “considerando” n.8, n.14, n.25 e gli articoli 1 e 3, nonché l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letti alla luce dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, debbano essere interpretati nel senso che essi ostino a una normativa nazionale, quale quella discendente dalle disposizioni del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 e del d.m. 6 luglio 2012 -come interpretata dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato-, che subordina l'assegnazione degli incentivi alla sottoscrizione di contratti di diritto privato fra il G.S.E. e il soggetto responsabile dell'impianto anche nel caso di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012” (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia UE un quesito interpretativo diretto a verificare la compatibilità, con le previsioni del diritto europeo di settore e con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, della normativa nazionale in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, nell'interpretazione data dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, che subordina l'assegnazione degli incentivi alla sottoscrizione di contratti di diritto

privato fra il G.S.E. e il soggetto responsabile dell'impianto anche nel caso di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012.

II. – Il collegio, dopo aver ricostruito il quadro normativo nazionale in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, ha osservato che:

- a) la questione in esame concerne la possibilità di utilizzare la convenzione-tipo prevista per i nuovi impianti anche per la regolamentazione del rapporto tra G.S.E. e singolo aspirante alla commutazione dei certificati verdi nella tariffa onnicomprensiva; in particolare:
  - a1) la disciplina legislativa e regolamentare applicabile alla questione controversa ha dato luogo a due antitetiche interpretazioni, quella sostenuta dalle appellate e accolta dal Tribunale (che ha seguito l'approccio ermeneutico basato sulla esistenza di un doppio sistema incentivante, quello generale nuovo a regime e quello speciale transitorio) e quella propugnata invece dal gestore (che richiama a supporto l'orientamento espresso fin dal 2020 da questo giudice d'appello), secondo il quale il legislatore ha disegnato la cornice in termini generali, evidentemente riferibile a tutti gli impianti incentivabili dei quali il decreto attuativo è chiamato ad occuparsi;
  - a2) le imprese appellate sottolineano che a situazioni in corso viene a sovrapporsi una convenzione, dagli stessi non negoziabile, che ha introdotto poteri autoritativi e discrezionali in capo al G.S.E., con modificazioni retroattive e/o comunque peggiorative alle condizioni di accesso al sistema di incentivazione, quali l'imposizione al produttore di consentire al GSE la rilevazione dei dati di misura e di installare nuovi apparecchi di telelettura (art. 5); i vincoli previsti per la cessione dei crediti (artt. 7 e 8); il potere unilaterale del G.S.E. di modificare o di risolvere gli incentivi nell'ipotesi in cui l'impianto venga ceduto a terzi (art. 9, comma 2); la possibilità di risoluzione della convenzione, attribuita al G.S.E., nell'ipotesi di mera sussistenza di dati non veritieri (art. 12); il diritto del G.S.E. di risolvere e sospendere la convenzione (art. 13, commi 3 e 4);
  - a3) in tale prospettiva, soggetti che erano già titolari di uno strumento incentivante in corso di validità si vedono imporre uno strumento convenzionale non frutto di libera negoziazione che vede singole clausole aggiuntive -rispetto alla mera formula matematica - tali da inibire e impedire comportamenti che, al contrario, erano perfettamente consentiti nella vigenza del sistema di incentivazione cui avevano avuto originariamente accesso, modificando *in pejus* un diritto ormai consolidato;
- b) le appellate ritengono che la normativa interna, come interpretata dal Consiglio di Stato, sia elusiva della direttiva 2009/28/CE, che prevede che l'incentivazione pubblica debba garantire condizioni di stabilità per gli investitori (considerando 8), e contrasti anche con il principio del legittimo affidamento; vi sarebbero, inoltre, ulteriori disposizioni della direttiva (considerando n.14 e n.25, artt. 1 e 3)

con le quali la normativa interna potrebbe non essere compatibile, in quanto dissonante con la finalità della creazione di un quadro di certezza per gli investitori, che dovrebbero essere stimolati allo sviluppo costante di tecnologie capaci di generare energia a partire da ogni tipo di fonte rinnovabile (considerando 14), essendo tale da ingenerare la sfiducia negli operatori in possesso dei requisiti per il conseguimento degli incentivi, essendosi prodotta una situazione di instabilità, determinata da una sopravvenuta modifica della normativa che ha attribuito un potere negoziale autonomo in capo al G.S.E.;

c) in sostanza, l'intervento normativo nazionale – come sostenuto dalle appellate – avrebbe modificato unilateralmente le condizioni giuridiche sulle cui basi esse avevano impostato la propria attività economica, di modo che un clima di sfiducia tra gli operatori economici potrebbe frustrare gli obiettivi della direttiva; in particolare:

c1) pare dubbio che ricorrano i presupposti (ritraibili dalla giurisprudenza eurounionale) per ritenere che un operatore economico prudente e avveduto avrebbe dovuto essere perfettamente in grado di prevedere, appunto, la possibile evoluzione del settore, con la conseguente, potenziale adozione di provvedimenti idonei a ledere i propri interessi;

c2) giova ricordare che la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. V, 15 aprile 2021, *Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie), e a., Athesia Energy Srl e a. / Ministero dello Sviluppo economico, Gestore dei servizi energetici (G.S.E.) S.p.A.*, C-798/18 e C-799/18 (in *Foro it.*, 2022, IV, 159 e in *Foro amm.*, 2021, 581 (m)), ha avuto occasione di analizzare una fattispecie che presenta alcuni elementi di contatto, riguardando gli incentivi relativi agli impianti fotovoltaici entrati in esercizio dopo 31 dicembre 2012, disciplinati mediante contratti di diritto privato stipulati tra il G.S.E. e i proprietari degli impianti interessati, nei quali era stato espressamente previsto che il G.S.E. si riservava il diritto di modificarne unilateralmente le condizioni, al fine di tener conto dell'evoluzione del quadro normativo di riferimento; in quel caso, si è precisato come, con riferimento a tale tipologia di "contratto-tipo redatto dalla controparte contrattuale" "la libertà contrattuale consiste, in sostanza, nel decidere se si accettano o meno le condizioni contrattuali" [Cfr. p. 70, conclusioni dell'Avvocato generale, il quale aveva altresì rilevato che gli operatori si erano vincolati all'osservanza delle "condizioni contrattuali che essi hanno liberamente deciso di accettare al momento della loro adesione a dette condizioni", pag. 73 delle Conclusioni cit.], tra le quali il diritto potestativo del G.S.E. di introdurre unilateralmente modifiche alle condizioni contrattuali (*ius variandi*), con la conseguenza che, essendo conosciuta, o conoscibile osservando l'ordinaria diligenza, la predetta circostanza - ovvero che il Gestore avrebbe potuto modificare le condizioni contrattuali, a seguito di una normativa nazionale di rimodulazione dell'incentivo - andrebbe escluso qualsivoglia *vulnus* del principio di legittimo affidamento;

- c3) ma, nel caso in questione, non pare ravvisarsi una precedente regolamentazione che contenesse un'indicazione sufficientemente chiara per gli operatori economici, nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi;
- d) potrebbe, altresì, prospettarsi una violazione della libertà d'impresa, sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, sotto il profilo della libertà di esercitare un'attività economica in un quadro di libertà contrattuale, potendosi ritenere che le disposizioni legislative nazionali richiamate determinino una ingerenza nella libertà contrattuale dei gestori degli impianti, beneficiari degli incentivi, essendo il legislatore intervenuto direttamente sul regime degli incentivi, imponendo effetti novativi sulle condizioni sulla base delle quali gli operatori economici avevano impostato e programmato la propria attività economica, per un periodo che sarebbe dovuto restare stabile per un congruo arco di tempo; ciò in quanto:
- d1) la libertà d'impresa sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali comprende anche il diritto di ogni impresa di poter liberamente utilizzare, nei limiti della responsabilità per le proprie azioni, le risorse economiche e finanziarie di cui dispone;
- d2) le misure adottate, secondo quanto prospettato dalle appellanti, hanno prodotto un impatto considerevole sull'esercizio della rispettiva attività, modificando "in corsa" le regole del gioco, in relazione ad iniziative che impongono un'adeguata programmazione a lungo termine, anche in termini di flusso di risorse finanziarie
- e) alla luce di quanto esposto, il Collegio ha, quindi, prospettato la questione interpretativa indicata in massima.

III. – Per completezza si segnala quanto segue:

- f) in tema di tutela dell'affidamento delle imprese che producono energia da fonte rinnovabile rispetto ai poteri di rimodulazione e soppressione degli incentivi pubblici:
- f1) Corte di giustizia UE, sez. X, ordinanza, 1 marzo 2022, *Milis ed altri c. MI.S.E. e G.S.E.*, C-608/20, C-611/20, C-595/19, C-512/19, C-306/19, (oggetto di News US n. 48 del 25 maggio 2022 e in *Foro it.*, rep. 2022, *Unione europea e Consiglio d'Europa*, e in *Foro amm.*, 2022, 355 (m)) che ha chiarito che il diritto europeo non osta a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi in precedenza 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;
- f2) Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2020, n. 223, che con riferimento al regime del cd. "quarto conto energia" ha chiarito che la possibilità di fruire delle tariffe incentivanti previste dallo stesso "non era offerta a tutti gli operatori di impianti solari fotovoltaici e non era neppure garantita per un periodo specifico, ma dipendeva: da un lato, dall'iscrizione in posizione utile di un impianto solare

*fotovoltaico in un registro aperto dal G.S.; dall'altro, dal mancato superamento del limite dei costi di incentivazione indicati nel corso del periodo precedente"; con la conseguenza che, essendo le norme di diritto in questione "chiare e precise, la loro applicazione era prevedibile per i soggetti dell'ordinamento e il G.S. ne ha fatto legittima applicazione garantendo l'adeguata pubblicità, vi erano le condizioni affinché un operatore economico prudente ed avveduto fosse in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, con la conseguenza che non può invocare la lesione del principio dell'affidamento quando il provvedimento sfavorevole è stato adottato";*

- f3) Corte di giustizia UE, sez. X, sentenza 11 luglio 2019, C – 180/18, C – 286/18, Agrenergy s.r.l. e C – 287/18, Fusignano Due s.r.l. (oggetto di News US n. 90 del 2 agosto 2019, anche in *Foro it.*, 2019, IV, 522) che ha chiarito che non contrasta con il diritto euro-unitario, alla luce dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, la disciplina nazionale di cui al quarto (d.m. 5 maggio 2011) ed al quinto conto energia (d.m. 5 luglio 2012) nella parte in cui si prevede la riduzione, o persino la soppressione, delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite per l'energia prodotta da impianti solari fotovoltaici;
- f4) T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. III ter, ordinanza 20 novembre 2018, n. 11206 (oggetto di News US del 3 dicembre 2018 e anche in *Foro it.*, rep. 2019, *Energia elettrica ed energia in genere*, n. 46, e in *Riv. giur. Ambiente*, 2019, 213 (m), con nota di MERSINI) che ha rimesso alla Corte di giustizia UE il seguente quesito: *"se il diritto dell'Unione europea osti all'applicazione di una disposizione nazionale, come quella di cui all'art. 26, commi 2 e 3, del d.l. n. 91/2014, come convertito dalla legge 116/2014, che riduce ovvero ritarda in modo significativo la corresponsione degli incentivi già concessi per legge e definiti in base ad apposite convenzioni sottoscritte dai produttori di energia elettrica da conversione fotovoltaica con il Gestore dei servizi energetici S.p.A., società pubblica a tal funzione preposta; in particolare se tale disposizione nazionale sia compatibile con i principi generali del diritto dell'Unione europea di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di leale collaborazione ed effetto utile; con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; con la direttiva n. 2009/28/CE e con la disciplina dei regimi di sostegno ivi prevista; con l'art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell'energia";* la questione è stata successivamente decisa da Corte di giustizia UE, sez. V, 15 aprile 2021, cit;
- f5) Corte cost., 24 gennaio 2017 n. 16 (oggetto di News US del 30 gennaio 2017 e anche in *Foro it.*, rep. 2017, *Diritto in genere*, n. 168 e in *Ambiente*, 2017, 203, con nota di SPINA) che ha dichiarato non fondata è fondata - con riferimento agli artt. 3, 11, 41, 77 e 117 comma 1 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1958 n. 848 e all'art. 6, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea – la q.l.c. dell'art. 26 commi 2

e 3 d.l. 24 giugno 2014 n. 91 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 116, in materia di nuove tariffe incentivanti per gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili sollevata da T.a.r. per il Lazio, sez. III ter, ordinanza 25 febbraio 2016, n. 2592;

- f6) Corte cost., ordinanza 12 giugno 2017, n. 138 (oggetto di News US del 4 luglio 2017) che ha dichiarato manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 26, comma 2 e comma 3, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91 (Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea), convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 41 e 77 della Costituzione da T.a.r. per il Lazio, sez. III-ter, ordinanza 25 febbraio 2016, n. 2592;
- g) in tema di c.d. "certificati verdi" si vedano:
- g1) Cons. Stato, Ad. plen., 3 settembre 2019, n. 9 (oggetto di News US n. 107 del 15 ottobre 2019, anche in *Foro it.*, 2019, III, 565 con nota di TRAVI) che ha chiarito che i provvedimenti del Gestore dei Servizi Energetici (G.S.E.) rivestono: natura provvedimento, se diretti ad accertare il mancato rispetto della c.d. quota d'obbligo in tema di energie rinnovabili, con conseguente onere di impugnazione nel termine decadenziale di sessanta giorni; natura paritetica, se si limitano a prendere atto del rispetto della stessa quota d'obbligo, con conseguente applicazione del termine di prescrizione nell'ipotesi in cui il produttore/importatore di energia intenda ottenere la restituzione delle somme (a suo tempo impiegate per acquisto di certificati verdi) eventualmente versate in eccesso;
- g2) Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 3 settembre 2019, n. 6078 (oggetto di News US n. n. 101 del 17 settembre 2019 e anche in *Foro it.*, rep. 2020, *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1553 e in *Foro amm.*, 2019, 1444 (m)) con cui sono state sottoposte alla Corte di giustizia UE alcuni quesiti interpretativi sulla compatibilità comunitaria della normativa interna contenuta nel decreto legislativo n. 28 del 2011 che, abrogando le previgenti più favorevoli disposizioni di cui al decreto legislativo n. 387 del 2003, ha imposto l'obbligo di acquisto di "certificati verdi" anche per le imprese che importano "energia pulita" da altri Stati membri (obbligo non parimenti previsto per i produttori di energia pulita stanziati nel territorio italiano), così riservando a tale particolare forma di energia lo stesso trattamento cui viene ordinariamente sottoposta l'energia convenzionale ossia non proveniente da fonti rinnovabili (richiesta di rinvio pregiudiziale successivamente ritirata a seguito di rinuncia all'appello);
- g3) T.a.r. per il Lazio, sez. II-bis, ordinanza 24 luglio 2019, n. 9951 (oggetto di News US n. 95 del 27 agosto 2019) con cui è stata sottoposta alla Corte di giustizia UE la normativa interna in tema di emissioni di gas serra al fine di

accertare se quelle rilasciate dal cogeneratore di uno stabilimento di produzione di energia elettrica volta al soddisfacimento del proprio fabbisogno, debbano essere sottratte dal computo del sistema EU ETS (*European Union Emissions Trading Scheme*), ove l'imprenditore abbia ceduto l'impianto (insieme al ramo d'azienda) ad altro imprenditore del settore dell'energia; la questione pregiudiziale è stata decisa da Corte di giustizia UE, sez. V, 29 aprile 2021, C-617/19, *Granarolo SpA c. Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare e altri* (in *Foro it.*, Rep. 2021, *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1619), che ha chiarito che "l'articolo 3, lettere e) e f), della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003 (che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, come modificata dalla direttiva 2009/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, in combinato disposto con i punti 2 e 3 dell'allegato I della stessa), deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che il proprietario di uno stabilimento produttivo dotato di una centrale termica la cui attività rientra nell'ambito di applicazione di tale allegato I possa ottenere un aggiornamento della sua autorizzazione ad emettere gas a effetto serra, ai sensi dell'articolo 7 di tale direttiva, se ha ceduto un'unità di cogenerazione situata nello stesso sito industriale di tale stabilimento ed esercente un'attività con una capacità inferiore alla soglia stabilita in detto allegato I ad un'impresa specializzata nel settore dell'energia, concludendo con tale impresa un contratto che prevede, in particolare, la fornitura a detto stabilimento dell'energia prodotta da tale unità di cogenerazione, sempre che la centrale termica e l'unità di cogenerazione non costituiscano un solo ed unico impianto, ai sensi dell'articolo 3, lettera e), di detta direttiva, e che, in ogni caso, il proprietario dello stabilimento produttivo non sia più il gestore dell'unità di cogenerazione, ai sensi dell'articolo 3, lettera f), della medesima direttiva".

