

Il Consiglio di Stato sottopone 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, impone ora 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 (es. carbone).

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 3 settembre 2019, n. 6078 – Pres. Troiano, Est. Lamberti

Energia elettrica – Importazione energia da fonti rinnovabili – Certificati verdi – Aiuti di Stato – Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

“Dica la Corte di Giustizia se:

- l'articolo 18 TFUE, nella parte in cui vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità nel campo di applicazione dei Trattati;*
- gli articoli 28 e 30 TFUE, nonché l'art. 6 dell'accordo di libero scambio CEE – Svizzera, nella parte in cui dispongono l'abolizione dei dazi doganali sulle importazioni e misure aventi effetto equivalente;*
- l'articolo 110 TFUE, nella parte in cui vieta imposizioni fiscali sulle importazioni superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari;*
- l'articolo 34 TFUE, nonché l'art. 13 dell'accordo di libero scambio CEE – Svizzera, nella parte in cui vietano l'adozione di misure aventi effetto equivalente a restrizioni quantitative sulle importazioni;*
- gli articoli 107 e 108 TFUE, nella parte in cui vietano di dare esecuzione ad una misura di aiuto di Stato non notificata alla Commissione ed incompatibile con il mercato interno;*
- la direttiva 2009/28/CE, nella parte in cui si prefigge di favorire il commercio intra-comunitario di elettricità verde favorendo, altresì, la promozione delle capacità produttive dei singoli Stati membri, ostino ad una legge nazionale che imponga agli importatori di elettricità verde un onere pecuniario non applicabile ai produttori nazionali del medesimo prodotto”(1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna la IV sezione del Consiglio di Stato – chiamata a pronunciarsi sul provvedimento del Gestore dei servizi energetici (GSE) con cui si imponeva alla società appellante (importatrice in Italia di "energia verde" o "pulita")

l'obbligo di acquistare un certo quantitativo di certificati verdi – ha sottoposto alla Corte di giustizia UE il quesito interpretativo sopra riportato.

II. – La vicenda sottesa alla pronuncia in esame può essere così riassunta:

- a) giova rammentare, in via del tutto preliminare, che i produttori e gli importatori di energia proveniente da forme convenzionali (es. petrolio, gas, carbone) hanno l'obbligo di immettere nella rete una quota minima e predeterminata di energia verde, ricavata ossia da fonti rinnovabili (circa 2% della propria produzione, quota poi sottoposta a successivi incrementi su base annuale). In alternativa hanno l'obbligo di acquistare un valore corrispondente di "certificati verdi", ossia di titoli negoziabili che sono emessi dai produttori di energia rinnovabile che vengono acquistati dai produttori (od importatori) di energia proveniente soltanto da fonti convenzionali. E tanto proprio al fine di garantire il rispetto della predetta "quota d'obbligo";
- b) la società ricorrente importa in Italia energia prodotta in Francia e Svizzera da fonti rinnovabili (c.d. energia pulita);
- c) in base al decreto legislativo n. 387 del 2003, gli importatori di energia erano tenuti ad immettere una determinata quota proveniente da fonti rinnovabili o, in alternativa, ad acquistare certificati verdi per il corrispondente valore (art. 20, comma 3). In caso di immissione di energia verde prodotta in altri Stati membri, sarebbe stata sufficiente una specifica attestazione di provenienza. La società ricorrente, in base a tale disciplina, veniva dunque esonerata dall'obbligo di acquisto di certificati verdi dal momento che la stessa importava energia verde certificata proveniente, come già anticipato, da Francia e Svizzera (con la quale l'UE aveva raggiunto uno specifico accordo bilaterale);
- d) il decreto legislativo n. 28 del 2011 (art. 25, comma 11) ha invece abrogato la citata disposizione di cui al decreto legislativo n. 387 del 2003. Pertanto l'energia importata sarebbe in ogni caso considerata, *iuris et de iure*, come proveniente da fonti non rinnovabili. Essa non equivale – pur se ricavata da fonti rinnovabili – alla energia pulita prodotta nel territorio italiano e dunque non concorre al raggiungimento del predetto obiettivo di livello nazionale: di qui l'obbligo di acquistare certificati verdi – sempre ed in ogni caso, qualora si tratti di energia importata – per un valore corrispondente alla quota di energia pulita da immettere nella rete;
- e) in seguito alla entrata in vigore del predetto decreto legislativo n. 28 del 2011, il GSE ha ordinato l'acquisto di certificati verdi che veniva impugnato davanti al T.a.r. per il Lazio che, con sentenza 18 settembre 2017, n. 9777, della sez. III-ter, ha respinto il gravame sulla base di quanto affermato nella pronuncia della Corte di

giustizia C-573/12, *Alands Vindkraft*, del 1° luglio 2014. La sentenza è stata appellata davanti al Consiglio di Stato il quale, a sua volta, ha rimesso alla Corte UE la predetta questione di interpretazione.

III. – Con l’ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato:

f) ha evidenziato che:

- f1) l’obiettivo comunitario di produzione di energia pulita (20% di tutta la produzione) è stato fortemente declinato a livello periferico ossia di singoli Stati membri, i quali sono tenuti al più diffuso e capillare sviluppo dei relativi impianti di produzione (cfr. direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009);
 - f2) gli stessi Stati membri conservano la più ampia discrezionalità nella scelta dei mezzi per promuovere un tale sviluppo: di qui la parallela facoltà – stabilita dalla stessa direttiva 2009/28/CE – di considerare l’energia importata e prodotta all’estero da fonti rinnovabili alla stregua o meno dell’energia prodotta all’interno (sempre) da fonti rinnovabili;
 - f3) in questa stessa direzione: sino al 2011 il legislatore nazionale aveva ritenuto che l’energia verde importata da altri Stati membri potesse essere considerata a tutti gli effetti, dunque anche ai fini del concorso al raggiungimento degli obiettivi di livello nazionale, alla stessa stregua dell’energia interna sempre proveniente da fonti rinnovabili. Dal 2011 in poi una tale assimilazione è stata invece eliminata, con la duplice conseguenza che l’energia verde importata non concorre più alla definizione dell’obiettivo nazionale e che i soggetti importatori sono così soggetti all’obbligo di acquisto di certificati verdi;
 - f4) nella prospettiva della società appellante, dunque, una simile scelta si rivelerebbe alla stregua di inammissibile aiuto di stato o comunque di restrizione quantitativa all’importazione o di tassa di effetto equivalente. E ciò dal momento che la misura di cui si discute (onere pecuniario costituito da acquisto di una certa quantità di certificati verdi nei confronti, altresì, degli importatori di energia verde) disvelerebbe quale unico obiettivo quello di agevolare esclusivamente i produttori di energia pulita stanziati nel territorio italiano;
- g) ha successivamente prospettato che, anche a voler aderire alla nozione più estesa di “aiuto di stato” (imposizione legislativa di obblighi di acquisto a carico di determinati operatori di settore), una simile scelta del legislatore del 2011 potrebbe comunque risultare orientata al maggior sviluppo possibile della produzione interna di energia da fonte rinnovabile, così determinando un più elevato livello di realizzazione degli obiettivi nazionali e, soprattutto, un più

incisivo standard di tutela dell'ambiente e della salute. Entro questi termini la misura si rivelerebbe peraltro giustificata nonché proporzionata rispetto alla restrizione quantitativa comunque determinatasi in merito ai livelli di energia importata da altri Stati membri;

- h) ha dunque ritenuto di rimettere la questione alla Corte di giustizia UE, la quale detiene il monopolio interpretativo del diritto europeo alla luce del quale saggiare, da parte del giudice nazionale, il grado di compatibilità della disciplina nazionale. Il quesito si concentra in particolare nello stabilire se un simile onere pecuniario (non applicabile ai produttori nazionali della medesima forma di energia) sia in ogni caso compatibile con i principi e con le norme comunitarie vigenti *in subiecta materia*.

IV. – Si segnala per completezza quanto segue:

- i) l'art. 107 TFUE vieta in linea di principio, dichiarandoli incompatibili con il mercato interno, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri. Il divieto non è, tuttavia, assoluto e incondizionato. Lo stesso art. 107 TFUE prevede, infatti, una serie di deroghe, distinguendole in due categorie: da un lato, le ipotesi di compatibilità "di pieno diritto", ricorrendo le quali la Commissione non ha poteri discrezionali in merito (paragrafo 2), dall'altro, i casi di aiuti "potenzialmente compatibili", i quali possono essere autorizzati all'esito di una valutazione discrezionale delle istituzioni europee (paragrafo 3);
- j) quanto ai profili sostanziali (e in minor misura procedurali) in tema di aiuti di Stato si veda altresì Corte di giustizia UE, sez. IV, 21 marzo 2019, C-350/17, C-351/17– Mobit, Autolinee Toscane s.p.a. (oggetto della News US n. 38 del 9 aprile 2019, specie §§ VIII e IX, ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), secondo cui *"L'articolo 5 e l'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, devono essere interpretati nel senso che l'articolo 5 di tale regolamento non è applicabile a un procedimento di aggiudicazione svoltosi prima del 3 dicembre 2019, cosicché un'autorità competente che, mediante una decisione di aggiudicazione conclusiva di una procedura di gara, attribuisca prima di tale data un contratto di concessione di un servizio pubblico di trasporto locale di passeggeri su strada non è tenuta a conformarsi a detto articolo 5"*. Si vedano in particolare, nel corpo della citata News US, i profili riguardanti: il quadro regolatorio comunitario e nazionale, in tema di aiuti di Stato, nonché la

principale prassi e giurisprudenza (cfr. sentenza *Altmark* del 24 luglio 2003 nonché il c.d. “pacchetto Monti” del mese di luglio 2005); il criterio della c.d. compensazione; la nozione di attività economica; l’onere della prova dell’obiettivo legittimo perseguito dallo Stato;

- k) ancora sui profili di carattere sostanziale della disciplina in tema di aiuti di Stato si vedano, poi, i dettagliati riferimenti giurisprudenziali di cui alla News US n. 53 del 7 maggio 2019 e, in particolare, il paragrafo contenuto nella lettera c);
- l) la procedura di controllo degli aiuti di Stato è disciplinata, in via generale, dall’art. 108 TFUE e dal Regolamento UE 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015, recante le modalità di applicazione dell’art. 108 (che ha sostituito, abrogandolo, il Regolamento (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999), e si fonda sulla distinzione tra aiuti esistenti e aiuti di nuova istituzione. Nel dettaglio:
 - 11) l’art. 108 TFUE prevede che *“1. La Commissione procede con gli Stati membri all’esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati. Essa propone a questi ultimi le opportune misure richieste dal graduale sviluppo o dal funzionamento del mercato interno. 2. Qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato interno a norma dell’articolo 87, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia dell’Unione Europea, in deroga agli articoli 258 e 259. A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all’unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell’articolo 107 o ai regolamenti di cui all’articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione. Qualora la Commissione abbia iniziato, nei riguardi di tale aiuto, la procedura prevista dal presente paragrafo, primo comma, la richiesta dello Stato interessato rivolta al Consiglio avrà per effetto di sospendere tale procedura fino a quando il Consiglio non si sia pronunciato al riguardo. Tuttavia, se il Consiglio non si è pronunciato entro tre mesi dalla data della richiesta, la Commissione delibera. 3. Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti. Se ritiene che un progetto non sia compatibile con il mercato interno a norma dell’articolo 107, la Commissione inizia senza indugio la procedura prevista dal paragrafo precedente. Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale. 4. La Commissione può adottare regolamenti concernenti le*

categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'articolo 109, che possono essere dispensate dalla procedura di cui al paragrafo 3 del presente articolo";

- 12) per quanto concerne gli aiuti nuovi (definiti in negativo dall'art. 1, par. 1, lett. c, del Regolamento UE 2015/1589, come tutti gli aiuti che non siano esistenti, comprese le modifiche degli aiuti esistenti), l'art. 108, par. 3, TFUE prevede due principali obblighi per gli Stati: l'obbligo di notificare l'aiuto alla Commissione; l'obbligo di *stand still*, cioè di non dare esecuzione all'aiuto prefigurato nella legge o nell'atto amministrativo nazionale prima che la Commissione abbia adottato o sia giustificato ritenere che abbia adottato una decisione di autorizzazione dell'aiuto;
- 13) la procedura di controllo degli aiuti nuovi può articolarsi in due fasi. Una prima fase (art. 4 del Regolamento UE 2015/1589) in cui la Commissione, dopo la notifica dell'aiuto da parte dello Stato membro, svolge un controllo preliminare e sommario della misura notificata. Tale fase deve concludersi entro due mesi (salvo proroga) e, in mancanza di adozione di un provvedimento conclusivo della fase, si ritiene che l'aiuto sia stato autorizzato, con la conseguenza che lo Stato membro interessato può adottare la misura notificata, dopo averne informato la Commissione, a meno che la stessa Commissione non adotti una decisione entro quindici giorni dalla ricezione della notifica. La prima fase può concludere la procedura nel caso in cui la Commissione constati che la misura notificata non costituisce aiuto o in caso di manifesta compatibilità dell'aiuto con il mercato interno ("decisione di non sollevare obiezioni"). Nel caso in cui la Commissione ritenga che sussistano dubbi in ordine alla compatibilità con il mercato interno della misura notificata, decide di avviare il procedimento di indagine formale ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE (art. 6 ss. del Regolamento UE 2015/1589), con conseguente apertura della II fase della procedura, che comporta la pubblicazione dell'aiuto sulla Gazzetta Ufficiale UE e l'invito ad eventuali terzi interessati a presentare osservazioni. La seconda fase si può concludere con una decisione (art. 9 del Regolamento UE 2015/1589, rubricato "*decisioni della Commissione che concludono il procedimento d'indagine formale*"): con cui si afferma che la misura notificata non costituisce aiuto; che attesta la compatibilità dell'aiuto con il mercato interno e la relativa autorizzazione all'esecuzione (decisione positiva); che subordina la compatibilità dell'aiuto e l'autorizzazione alla sua esecuzione al rispetto di determinati obblighi e condizioni (decisione condizionale); in cui si dichiara

che all'aiuto non può essere data esecuzione in quanto incompatibile con il mercato interno (decisione negativa);

- 14) per gli aiuti esistenti (tra i quali sono tra l'altro ricompresi quelli istituiti precedentemente all'entrata in vigore del Trattato o quelli esplicitamente o implicitamente autorizzati dalla commissione, ma per una definizione si veda l'art. 1, lett. b, del Regolamento UE 2015/1589), la Commissione svolge un controllo successivo e permanente. A differenza degli aiuti nuovi, per quelli già esistenti, per tutta la durata della procedura di controllo dell'aiuto, lo Stato può continuare ad erogare la misura (non è quindi applicabile l'obbligo di *stand still*). La disciplina della procedura di controllo degli aiuti esistenti è contenuta nel Capo VI del Regolamento UE 2015/1589, art. 21 ss., e, qualora alla luce delle informazioni fornite dallo Stato membro, la Commissione ritenga che il regime di aiuti non sia, ovvero non sia più, compatibile con il mercato interno, emette una raccomandazione in cui propone opportune misure allo Stato membro interessato. La raccomandazione può, in particolare, proporre: modificazioni sostanziali del regime di aiuti; l'introduzione di obblighi procedurali; l'abolizione del regime di aiuti. Se lo Stato membro interessato rifiuta di attuare le misure proposte e la Commissione continua a ritenere necessaria tale attuazione, avvia il procedimento di indagine formale, con applicabilità, seppure con i necessari adattamenti, dell'art. 9 del Regolamento che disciplina le decisioni della Commissione che concludono il procedimento di indagine formale in caso di aiuti nuovi. In base all'art. 108, par. 2, TFUE, qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia dell'Unione Europea;
- 15) per quanto concerne gli aiuti nuovi, il già citato art. 108, par. 4, TFUE prevede che la Commissione possa adottare regolamenti concernenti le categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'art. 109 TFUE, che possono essere dispensate dall'obbligo di preventiva notifica. Con il Regolamento UE 2015/1588 del 13 luglio 2015 (ma già con il precedente Regolamento CE 994/98), il Consiglio ha quindi autorizzato la Commissione ad adottare regolamenti di esenzione per categoria di aiuti o *de minimis* i quali, in presenza di alcune condizioni predeterminate dalla medesima Commissione e sulla base di criteri fissati nel Regolamento, non siano soggetti all'obbligo di preventiva notifica;
- 16) quando la Commissione accerta l'incompatibilità dell'aiuto con il mercato interno può imporre allo Stato di sopprimere l'aiuto (ovvero prevederne

determinate modifiche) e, se l'aiuto è stato erogato, di esigerne la restituzione dai beneficiari. Per quanto concerne le difficoltà nel recupero dell'aiuto erogato la giurisprudenza ha chiarito che: lo Stato non può opporre a giustificazione del proprio inadempimento disposizioni o pratiche o situazioni interne; può essere presa in considerazione solo una impossibilità assoluta di eseguire correttamente la decisione, ma, anche in questo caso, lo Stato che incontri delle difficoltà dovrà consultare la Commissione e con essa convenire eventuali rimedi anche in funzione del dovere di collaborazione. In ogni caso, l'art. 17 del Regolamento UE 2015/1588, al primo comma, prevede che *"I poteri della Commissione per quanto riguarda il recupero degli aiuti sono soggetti ad un termine di prescrizione di dieci anni"*;

- m) sugli aiuti *de minimis* si veda in particolare Cons. Stato, Sez. III, ord. 31 luglio 2019, n. 5447 (oggetto della News US n. 98 del 5 settembre 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), con cui è stata sollevata la questione relativa alla corretta applicazione della normativa comunitaria in materia di aiuti c.d. *"de minimis"*. In particolare si intende chiarire se, in caso di superamento della soglia complessiva massima (200 mila euro, da riferire a tutti i contributi comunque ottenuti nell'ultimo triennio), il soggetto richiedente possa optare per la riduzione del finanziamento ovvero per la rinuncia a quelli pregressi entro il momento della ammissione al beneficio oppure entro quello (successivo) della effettiva erogazione del medesimo. Si chiede, altresì, se simili opzioni possano essere esercitate anche in assenza di esplicite previsioni in tal senso nella normativa interna oppure in quella stabilita dallo specifico bando per l'attribuzione del contributo;
- n) nel senso che la valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno rientri nella competenza esclusiva della Commissione che opera sotto il controllo del giudice dell'Unione, con la conseguenza che ai giudici nazionali non è consentito pronunciarsi sul punto, si vedano anche qui i dettagliati riferimenti giurisprudenziali di cui alla predetta News US n. 53 del 7 maggio 2019 e, in particolare, il paragrafo contenuto nella lettera e);
- o) ancora sul ruolo dei giudici nazionali nell'attuazione del sistema di controllo degli aiuti si vedano, più nello specifico, i riferimenti di cui alla stessa News US n. 53 del 7 maggio 2019 e, in particolare, il paragrafo contenuto nella lettera f);
- p) in tema di illegittimità degli aiuti di Stato per violazione degli obblighi di notifica preventiva si veda Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2019, n. 4962 (oggetto della Newsletter US n. 31 del 26 agosto 2019) il quale ha evidenziato in particolare che:
 - p1) la disciplina euro unitaria di cui gli artt. 87 e 88 del Trattato CE (e, attualmente, alle corrispondenti norme del T.F.U.E.) è preordinata ad un

regime di libera concorrenza, al fine di evitare che il sostegno finanziario pubblico si traduca (o possa tradursi) nell'alterazione della *par condicio* tra le imprese operanti all'interno del mercato comune (in pregiudizio degli altri operatori del settore con stabilimento in Stati privi degli ausili in parola): a ciò consegue che, per un verso, la sopravvivenza nei diversi ordinamenti degli aiuti di Stato è consentita solo in presenza di determinati presupposti (risultando altrimenti le disposizioni interne contrastanti incompatibili con l'ordinamento comunitario sì da dover essere disapplicate da parte del giudice dello Stato membro), per altro verso che gli aiuti incompatibili con l'ordinamento comunitario (in quanto potenzialmente idonei ad alterare la *par condicio* nel libero mercato) devono essere necessariamente sottoposti ad un sistema obbligatorio di autorizzazione preventiva da parte delle istituzioni comunitarie competenti; in particolare, gli aiuti sono sottoposti al controllo della Commissione che li autorizza quando rientrano in una delle deroghe previste dal Trattato, godendo al riguardo di un ampio potere discrezionale, salvo l'obbligo di motivazione;

- p2) salvo che per gli aiuti *de minimis* (ovvero per quelle agevolazioni di importanza minore e ritenuti non in grado per il loro importo ridotto di alterare la libera concorrenza) e per le misure specificamente esentate, per gli aiuti di stato l'art. 88, comma 3, T.C.E. (oggi art. 108, par. 3, del T.F.U.E.) prevede un generale obbligo di notifica preliminare alla Commissione (in tempo utile perché questa presenti le sue osservazioni) di tutti i progetti diretti a istituire aiuti o a modificare aiuti esistenti;
- p3) in questa direzione, la valutazione di compatibilità espressa dalla Commissione europea a sanatoria in un periodo successivo può comportare effetti nei rapporti tra lo Stato e la U.E., la quale eventualmente può rinunciare alla comminatoria di ulteriori sanzioni nei confronti dello Stato inadempiente, ma non vale a sanare, con effetto retroattivo *ex tunc*, l'illegittimità del beneficio attribuito in base ad una normativa e ad atti non preventivamente notificati alla Commissione stessa;
- p4) la decisione della Commissione che accerti la compatibilità dell'aiuto con il mercato comune ha natura e carattere costitutivo e viene emessa all'esito di una valutazione ampiamente discrezionale rimessa a tale istituzione;
- p5) peraltro, la correttezza di tali assunti è avvalorata anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia puntualmente richiamata dal giudice di prime cure (sentenze 21 novembre 1991 in causa C-354/90, FNCE contro Stato francese e 5 ottobre 2006, in causa C-368/04, *Transalpine Olletung in Osterreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion fur Tirol e altri*), secondo cui

l'illegittimità di un aiuto e delle misure di attuazione di esso per omessa notifica non può essere sanata con effetto retroattivo da una eventuale successiva decisione della Commissione che dichiara tale atto compatibile con il diritto comunitario: ciò in quanto la decisione della Commissione che dichiara un aiuto non notificato compatibile con il mercato comune non ha la conseguenza di regolarizzare a posteriori gli atti di esecuzione che erano invalidi in quanto adottati nell'inosservanza del divieto di esecuzione degli aiuti prima dell'adozione della decisione stessa, non rilevando neppure la data di proposizione della domanda, se anteriore o successiva, rispetto alla decisione, poiché tale domanda riguarda la situazione illegittima che deriva dalla mancata notifica preventiva. Anche le predette pronunce confermano, del resto, che qualsiasi altra interpretazione condurrebbe a favorire l'inosservanza, da parte dello Stato membro interessato, della disposizione suddetta, svuotando quest'ultima del suo effetto utile;

- p6) la Corte di giustizia, Grande Sezione, 12 febbraio 2008 nel procedimento C-199/06, *Centre d'exportation du livre français e Ministre de la Culture et de la communication c. Société internationale de diffusion et d'édition*), relativa proprio ad un caso analogo, di aiuto non preventivamente notificato alla Commissione ed eseguito prima della decisione da parte di quest'ultima sulla sua compatibilità, poi dichiarata solo in via successiva, ha chiarito che l'art. 88, n. 3, CE istituisce un controllo preventivo sui regimi di aiuto di nuova istituzione e che la decisione finale della Commissione non può avere l'effetto di sanare a posteriori gli atti di esecuzione invalidi perché adottati in violazione del divieto sancito da tale articolo, sì che i giudici nazionali devono assicurare che ne saranno tratte le debite conseguenze, conformemente al loro diritto interno, sia per quanto concerne la validità degli atti di attuazione, sia per quanto attiene all'eventuale recupero degli aiuti concessi in violazione della norma o agli altri rimedi attivabili a tutela dei diritti delle parti (nei casi eccezionali nei quali va esclusa la ripetibilità dell'aiuto, anche a tutela dell'affidamento del beneficiario), quali il pagamento degli interessi sull'aiuto per il periodo di illegalità (*id est*: durante il quale l'aiuto è stato pagato prematuramente) ovvero il risarcimento dei danni eventualmente subiti da terzi in conseguenza del pagamento anticipato (contravvenendo all'obbligo di *stand still*) dell'aiuto;
- q) in tema di recupero degli aiuti di Stato abusivi si veda:
- q1) T.a.r. per la Sardegna, sez. I, ord. 17 aprile 2019, n. 353 (oggetto della News US n. 53 del 7 maggio 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e giurisprudenza e, in particolare, per gli aspetti procedurali della

disciplina in tema di aiuti di Stato, per la relativa procedura di controllo nonché sul rapporto tra giudicato nazionale e diritto comunitario). Il T.a.r. per la Sardegna ha in particolare rimesso alla Corte di giustizia UE alcune questioni giuridiche sulla procedura da seguire per il recupero degli aiuti abusivi. Più in particolare: un primo quesito riguarda l'interpretazione dell'art. 16 del Regolamento n. 659/1999/Ce, del 22 marzo 1999 (*ratione temporis* applicabile e ripreso dall'art. 4, par. 4, del Regolamento n. 2015/1589 del Consiglio del 13 luglio 2015 che lo ha sostituito, abrogandolo), nella parte in cui, nel disciplinare la procedura di recupero degli aiuti di Stato abusivi, può essere inteso nel senso di richiedere necessariamente una preliminare decisione della Commissione europea per poter procedere al relativo recupero. Nel caso in cui la Corte non ritenga necessaria l'adozione di una tale decisione preliminare da parte della Commissione, il Tribunale amministrativo pone una questione pregiudiziale di validità dello stesso art. 16, per contrasto con l'art. 108, par. 2, del TFUE. Il terzo quesito, di carattere interpretativo, riguarda invece l'applicabilità della disciplina sul tasso di interesse previsto in caso di recupero di aiuti di Stato incompatibili anche per gli aiuti approvati con decisione condizionale e attuati in modo abusivo a causa del verificarsi della condizione prevista;

- q2) Corte di giustizia, Sez. VIII, 26 maggio 2016, C-273/15 (oggetto della News US in data 27 maggio 2016 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina e in giurisprudenza), secondo cui *“Il diritto dell’Unione ignora un principio giuridico generale secondo il quale una norma vigente del diritto dell’Unione possa essere disapplicata da un’autorità nazionale qualora tale norma implichi, per l’interessato, un rigore che il legislatore dell’Unione avrebbe manifestamente cercato di evitare se avesse tenuto presente tale ipotesi nel momento di adozione della norma stessa. L’equità non consente di derogare all’applicazione delle disposizioni del diritto dell’Unione al di fuori dei casi previsti dalla normativa dell’Unione o nell’ipotesi in cui la normativa stessa sia dichiarata invalida”*;
- r) sull'onere della prova in materia di aiuti di stato si veda Tribunale Ue, terza sezione ampliata, sentenza 19 marzo 2019, T-98/16, che ha annullato la decisione (UE) 2016/1208 della Commissione Ue, del 23 dicembre 2015, relativa all'asserito aiuto di stato che l'Italia avrebbe erogato in favore della Banca Tercas, per mancanza della prima condizione relativa alla qualificazione come aiuto, ai sensi dell'art. 107, par. 1, del TFUE, e, in particolare, perché la Commissione ha erroneamente ritenuto che le misure controverse presupponessero l'uso di risorse statali e fossero imputabili allo Stato. Secondo il collegio:

- r1) la qualifica di «aiuto di Stato» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE presuppone che ricorrano quattro condizioni, ovvero che sussista un intervento dello Stato o mediante risorse statali, che tale intervento possa incidere sugli scambi tra gli Stati membri, che esso conceda un vantaggio selettivo al suo beneficiario e che falsi o minacci di falsare la concorrenza;
- r2) per quanto riguarda la prima condizione relativa all'esistenza di un intervento dello Stato o mediante risorse statali, per poter essere qualificati come «aiuti» ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, determinati vantaggi devono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato. Sul punto, non occorre distinguere, a priori, i casi in cui l'aiuto è concesso direttamente dallo Stato da quelli in cui è concesso tramite un ente pubblico o privato, in quanto l'inclusione di vantaggi concessi tramite enti diversi dallo Stato mira a preservare l'efficacia pratica delle norme relative agli aiuti concessi dagli Stati. Il diritto dell'Unione non può quindi tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi incaricati della distribuzione di aiuti permetta di aggirare le norme in materia di aiuti di Stato;
- r3) dopo aver esaminato gli elementi presi in considerazione nella decisione impugnata dalla Commissione Ue, per stabilire l'origine delle misure, per valutare l'imputabilità di una misura allo Stato, occorre esaminare se le autorità pubbliche siano state coinvolte nell'adozione di tale misura. In altri precedenti giurisprudenziali si è ritenuto che la misura poteva essere dedotta da un insieme di indizi risultanti *“dalle circostanze della fattispecie e dal contesto nel quale tale misura era stata adottata, tra cui il fatto che l'organismo in questione non poteva adottare la decisione contestata senza tener conto delle esigenze dei pubblici poteri o che, oltre a elementi di natura organica che legavano le imprese pubbliche allo Stato, esse, grazie alla cui intermediazione gli aiuti erano stati concessi, dovevano tener conto delle direttive impartite da un comitato interministeriale per la programmazione economica”*. Altri indizi possono essere rilevanti per affermare l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato dall'impresa pubblica, quali l'integrazione della misura nelle strutture dell'amministrazione pubblica, *“la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un*

provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta";

- r4) il fattore determinante per valutare il criterio relativo all'imputabilità della misura allo Stato è il grado di intervento delle autorità pubbliche nella definizione delle misure di cui si tratta e le loro modalità di finanziamento, in quanto solo un grado sufficientemente elevato di intervento consente di concludere nel senso dell'imputabilità delle misure di cui trattasi allo Stato italiano;
- s) sulla nozione e sulla funzione del criterio della c.d. compensazione si veda inoltre Corte giustizia UE, 2 settembre 2010, C-399/08 (in *Foro it.*, *Rep.* 2012, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 994), secondo cui *"Sono considerati aiuti di stato, purché siano soddisfatte le altre condizioni previste dall'art. 87 n. 1 Ce, gli interventi che, sotto qualsiasi forma, sono atti a favorire direttamente o indirettamente alcune imprese o che devono ritenersi un vantaggio economico che l'impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato; in tale contesto, nei confronti delle imprese incaricate di un servizio di interesse economico generale, nei limiti in cui un intervento statale debba essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, di modo che tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocare tali imprese in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto alle imprese concorrenti, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 87 n. 1 Ce; tuttavia, affinché, in un caso concreto, una compensazione possa non essere qualificata aiuto di stato, devono ricorrere determinati presupposti, enunciati nella sent. 24 luglio 2003, causa C-280/00, Altmark; in particolare, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti corrispondenti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di questi obblighi; ne consegue che, quando la commissione deve esaminare la validità di un sistema di finanziamento di un servizio di interesse economico generale sotto il profilo dell'art. 87 Ce, essa è specificamente tenuta a verificare se detto presupposto sia soddisfatto; la commissione è tenuta pertanto ad esaminare le prove che possono rivelarsi pertinenti nel contesto dell'indagine relativa all'esistenza di un «vantaggio» ai sensi dell'art. 87 n. 1 Ce che le parti del procedimento amministrativo le presentano; la commissione potrebbe ricorrere all'utilizzo di un metodo diverso da quello che discende dall'applicazione dei criteri sviluppati nella sentenza Altmark, nel caso in cui le sia impedito, per ragioni oggettive, di procedere all'esame delle informazioni fornite dalle parti; nel caso di trasferimento di risorse di stato a un'impresa incaricata di un servizio di interesse economico generale, la commissione non può presumere che tali trasferimenti*

costituiscano un vantaggio ai sensi dell'art. 87 n. 1 Ce, qualora essa ometta di esaminare, da un lato, se l'importo complessivo dei trasferimenti ecceda l'ammontare totale dei costi aggiuntivi sostenuti dall'impresa beneficiaria e, dall'altro, se quest'ultima non abbia registrato altri costi aggiuntivi netti, connessi allo svolgimento di un servizio di interesse economico generale per i quali possa legittimamente pretendere una compensazione con la totalità dei trasferimenti, alle condizioni previste dalla sentenza Altmark";

- t) in dottrina, per una ricostruzione della disciplina degli aiuti di Stato si vedano: TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 832 ss.; PORCHIA, *Aiuti di Stato*, voce del *Digesto pubbl.*, Torino, aggiornamento 2010, 1; M.L. TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione europea: dal controllo all'«enforcement»*, in *Dir. Unione europea*, 2010, 381; F. FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *Studi integrazione europea*, 2010, 129;
- u) sulle restrizioni quantitative e discriminatorie si veda, in particolare:
- u1) Corte giustizia CE, 13 marzo 2001, C-379/98 (in *Foro it.*, 2001, IV, 428, con nota di GIORDANO; *European Legal Forum*, 2000, 319, con nota di KREINER; *Riv. giur. ambiente*, 2001, 609, con nota di GRATANI; *Guida al dir.*, 2001, fasc. 15, 103, con nota di ORLANDI; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2001, 457, con nota di RUBINI), secondo cui *“Non costituisce restrizione quantitativa all'importazione, né misura ad effetto equivalente, una normativa nazionale che disponga l'obbligo delle imprese di distribuzione di energia elettrica di acquistare la stessa da fonti rinnovabili situate esclusivamente nella medesima area geografica dell'impresa di distribuzione”;*
- u2) Corte giustizia CE, 2 aprile 1998, C-213/96 (in *Comm. trib.*, 1998, II, 434; *Foro it.*, *Rep.* 1998, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1011), secondo cui *“L'art. 95, 1° comma, trattato Cee osta a che un'imposta di fabbricazione, rientrante in un regime nazionale di tributi sulle fonti di energia, colpisca l'energia elettrica di origine nazionale con aliquote differenziate a seconda del modo di produzione della stessa mentre colpisce l'energia elettrica importata, quale che ne sia il modo di produzione, con un'aliquota unica che, anche se inferiore all'aliquota massima applicata all'energia elettrica di origine nazionale, comporta, sia pure solo in taluni casi, una tassazione superiore dell'energia elettrica importata”;*
- v) sulle energie rinnovabili in generale si veda, in giurisprudenza (con particolare riguardo agli incentivi ed al sistema dei c.d. “certificati verdi”):
- v1) Cons. Stato, sez. IV, ord. 28 gennaio 2019, n. 708 (oggetto della News US n. 20 del 7 febbraio 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina ed in giurisprudenza), con cui è stata sottoposta alla Corte di giustizia UE la normativa interna se interpretata nel senso di riconoscere i benefici della priorità di dispacciamento e dall'esonero dai certificati verdi,

decorso il previsto periodo transitorio, anche ad impianti di cogenerazione di energia non ad alto rendimento;

- v2) Corte di giustizia UE, sez. II, 4 ottobre 2018, C- 242/17 – L.E.G.O. s.p.a. (oggetto della News US in data 17 ottobre 2018 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza), ove si chiarisce che non contrasta con il diritto euro unitario la disciplina nazionale che prevede oneri di certificazione della sostenibilità dei bioliquidi diversi e più ampi di quelli previsti in sede europea e che onera anche gli intermediari che non conseguono alcuna disponibilità fisica delle partite degli stessi bioliquidi. La seconda sezione della Corte di giustizia dell'UE – chiamata a pronunciarsi in sede di rinvio pregiudiziale dalla Quarta sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza 21 aprile 2017, n. 1874 (in *Foro amm.*, 2017, 836 [m] e in *Riv. giur. edilizia*, 2017, I, 547, nonché oggetto della News US in data 26 aprile 2017) – ha ritenuto, da un lato, che non contrasti con il diritto euro unitario la disciplina nazionale di cui al d.m. 23 gennaio 2012, che impone oneri di certificazione della sostenibilità dei bioliquidi più ampi rispetto a quelli risultanti dalla normativa europea, né che sia in contrasto con la suddetta disciplina la previsione nazionale che onera di adempimenti certificativi anche gli intermediari che non hanno alcuna disponibilità materiale dei bioliquidi stessi, in quanto privi di depositi;
- v3) Corte giustizia UE, 1° luglio 2014, C-573/12 (in www.curia.europa.eu, 2016; *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 2249), secondo cui *“L'art. 34 Tfeue deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale che prevede l'assegnazione di certificati negoziabili ai produttori di elettricità proveniente da fonti di energia rinnovabili in considerazione della sola elettricità prodotta a partire da tali fonti sul territorio dello stato membro interessato e che assoggetta i fornitori e taluni utenti di elettricità all'obbligo di restituire, annualmente, all'autorità competente, un certo quantitativo di tali certificati corrispondente a una quota del totale delle loro forniture o del loro uso di elettricità, pena dover pagare un diritto specifico; è pur vero che una normativa siffatta è idonea a ostacolare le importazioni di elettricità, in particolare verde, provenienti da altri stati membri e che essa costituisce, di conseguenza, una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative alle importazioni, in linea di principio incompatibile con gli obblighi del diritto dell'Unione derivanti dall'art. 34 Tfeue; tuttavia, un obiettivo di promozione dell'uso di fonti di energia rinnovabili per la produzione di elettricità, come quello perseguito da detta normativa nazionale, è, in linea di principio, idoneo a giustificare eventuali ostacoli alla libera circolazione delle merci; orbene, da una parte, allo stato attuale del diritto dell'Unione, la limitazione territoriale fissata da*

detta normativa può essere considerata, di per sé, come necessaria al fine di raggiungere tale legittimo obiettivo; infatti, sebbene sia certamente vero che l'obiettivo di tutela dell'ambiente sotteso all'aumento della produzione e del consumo di elettricità verde sembra a priori poter essere perseguito nell'ambito all'Unione indipendentemente dal fatto che tale aumento trovi la sua fonte in impianti localizzati sul territorio di tale o talaltro stato membro, poiché, in particolare, il diritto dell'Unione non ha realizzato un'armonizzazione dei regimi di sostegno nazionali all'elettricità verde, è, in linea di principio, consentito agli stati membri limitare il beneficio di tali regimi alla produzione di elettricità verde localizzata sul loro territorio; inoltre, allo stato attuale del diritto dell'Unione, uno stato membro può legittimamente considerare che tale limitazione territoriale non ecceda quanto necessario per raggiungere l'obiettivo di aumento della produzione e, indirettamente, del consumo di elettricità verde nell'Unione; d'altra parte, tenuto conto delle sue altre caratteristiche, prese in esame unitamente alla limitazione territoriale, siffatta normativa nazionale, considerata nella sua globalità, soddisfa i requisiti derivanti dal principio di proporzionalità”;

w) in dottrina si veda:

- w1) sulle energie rinnovabili in generale: F. CORTESE, F. GUELLA, G. POSTAL, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013; F. DE LEONARDIS, *Il ruolo delle energie rinnovabili*, in G. NAPOLIANO, A. ZOPPINI, *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 131 ss.; M.G. PAZIENZA, *Il ruolo degli incentivi pubblici nello sviluppo delle energie rinnovabili*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, 183 ss.; M. MARLETTA, *Il quadro giuridico europeo sulle energie rinnovabili*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2014, fasc. 3, pag. 465; G.M. CARUSO, *Fonti energetiche rinnovabili*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, IV ed., Torino, 2017, pp. 408 ss.;
- w2) sui certificati verdi in particolare: A. BATTAGLIA, *Nasce il mercato dei certificati verdi*, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 5, 455; M. PANELLA, *L'incentivazione dell'energia elettrica con i Certificati Verdi e la procedura di qualificazione degli impianti di produzione*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2006, 2, 1, 147-164; V. COLCELLI, *La natura giuridica dei certificati verdi* in *Riv. giur. ambiente* 2012, 2, 179; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Milano, 2012, 318 (“I soggetti che sono obbligati alla produzione di una certa quantità di energia da fonte rinnovabile possono produrre direttamente i quantitativi di energia loro imposti mediante autonomi investimenti; oppure possono acquistare l'equivalente quota ed i relativi diritti dai produttori di energia rinnovabile, acquisendo appunto i certificati verdi”); E. MANASSERO, *Il passaggio dai*

certificati verdi alla tariffa onnicomprensiva, in *Ambiente e Sviluppo*, 2013, 7, 657; G.F. CARTEI, *Cambiamento climatico ed energia da fonti rinnovabili: una disciplina in cerca di equilibrio*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, 2013, cit., 57 ss. (il quale osserva che “il dato fondamentale che in questa sede preme mettere a fuoco consiste nel principio ispiratore della riforma apposta con il c.d. decreto Bersani [il riferimento è al d.lgs. n. 77/1999], il quale individua nella creazione di un mercato artificiale – quello del <certificati verdi> - lo strumento più efficiente per perseguire obiettivi di pubblico interesse – si parla infatti in proposito di <incentivi di mercato>. Tale soluzione non è limitata al settore delle rinnovabili, ma trova riscontro anche in altre materie. Basti rammentare la disciplina della perequazione urbanistica ed il mercato dei c.d. <diritti edificatori>); A. GRATANI, *L’UE favorisce la proliferazione dei certificati energetici «multicolori» diversamente regolamentati*, in *Riv. giur. ambiente*, 2014, 6, 728; M. MAGGIOLO, *Beni artificialmente creati nei settori agroalimentare e dell’energia. Un catalogo di nuovi beni mobili registrati* in *Giust. civ.*, 2016, 2, 283-332;

- x) sulle quote di emissione si veda T.a.r. per il Lazio, sezione II-bis, ordinanza 24 luglio 2019, n. 9951 (oggetto della News US n. 95 del 27 agosto 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina ed in giurisprudenza) con la quale 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;
- y) sulle modificazioni *in peius* al regime degli incentivi pubblici per la produzione di energia rinnovabile si veda:
- y1) Corte di giustizia UE, sez. X, 11 luglio 2019, C – 180/18, C – 286/18, Agrenergy s.r.l. e C – 287/18, Fusignano Due s.r.l. (oggetto della News US n. 90 del 2 agosto 2019 ed alla quale si rinvia per ogni approfondimento in dottrina ed in giurisprudenza) ove si chiarisce 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;

y2) in tema di successione dei vari Conti Energia nel tempo, con progressiva riduzione delle tariffe incentivanti via via previste (come avvenuto, ad esempio, al momento dell'entrata in vigore del c.d. Quinto Conto Energia, di cui al d.m. 5 luglio 2012, che ha comportato una notevole riduzione delle tariffe previste dal precedente Quarto Conto, di cui al d.m. 5 maggio 2011), la giurisprudenza ha dovuto affrontare la questione del c.d. affidamento ingeneratosi in quegli operatori del settore i quali avevano avviato il proprio investimento (ossia, la costruzione dell'impianto fotovoltaico) in un momento in cui era ancora vigente il regime precedente, finendo poi invece con il poter ottenere solo le tariffe più basse del Conto successivo, essendo rilevante, in base alle norme, la data di entrata in esercizio dell'impianto; a tale proposito il Consiglio di Stato, con le sentenze 19 marzo 2015, n. 1433, della sezione IV, e 22 luglio 2014, n. 5554, della sezione VI, ha osservato che non è configurabile, in capo a tali operatori, una situazione giuridica di affidamento o di diritto acquisito, in considerazione del fatto che era già loro nota, al momento dell'avvio dell'iniziativa imprenditoriale, la limitatezza delle risorse pubbliche per l'incentivazione del sistema fotovoltaico. A tale conclusione conducono, in particolare, gli artt. 23 e 25, comma 10, del d.lgs. n. 28 del 2011, con i quali il legislatore interno – in linea con gli intendimenti di quello europeo – aveva reso chiaro che il complessivo sistema degli incentivi pubblici sarebbe stato caratterizzato da una fondamentale gradualità dei benefici riconoscibili, nel senso della necessaria diminuzione, nel corso del tempo, del supporto pubblico e del suo mantenimento *“fintantoché le tariffe elettriche nel mercato interno non rifletteranno pienamente i costi ambientali e sociali e i vantaggi delle fonti energetiche utilizzate”* (così il 27° considerando della direttiva n. 2009/28/CE), ossia fino al raggiungimento della c.d. *grid parity* e cioè della parità di costi di produzione tra fonti tradizionali e fonti alternative, sostanzialmente in virtù del progresso tecnologico nel settore. E così, per un verso, l'art. 23 del d.lgs. n. 28 del 2011 ha inserito la *“gradualità di intervento”* tra i principi generali del sistema incentivante e, per altro verso, l'art. 25, comma 10, lett. a, del d.lgs. n. 28 del 2011 ha introdotto un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono accedere alle tariffe incentivanti; a tali direttive si sono quindi attenuti i successivi decreti ministeriali di attuazione, a cominciare dal d.m. 5 maggio 2011 il cui art. 1 si è premurato di precisare che le tariffe agevolate del Quarto Conto sarebbero rimaste operative in relazione ad un determinato costo massimo (fissato in sei miliardi di euro), una volta raggiunto il quale erano suscettibili di essere sostituite da un

diverso sistema di incentivi, come in effetti è poi avvenuto con il Quinto Conto. In definitiva, il sistema è strutturalmente caratterizzato da una restrizione progressiva delle risorse disponibili, sicché la correlata modificazione *in pejus* del quadro di riferimento, nei confronti dei soggetti che avevano già avviato un'attività imprenditoriale, non appare né irragionevole né imprevedibile e va, piuttosto, riportata al rischio di impresa, *"nel momento in cui il 'boom del fotovoltaico' si è espresso in un numero di iniziative verosimilmente superiore a quello previsto dai soggetti pubblici e dagli stessi operatori privati del settore"* (così, in particolare, la sentenza n. 1433 del 2015, cit.);

- y3) in senso analogo, peraltro, si era pronunciata anche l'Adunanza plenaria con la decisione del 4 maggio 2012, n. 9 (in *Giur. it.*, 2012, 2410, con nota di MAMELI, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1209, con nota di LUPO, ed in *Riv. neldiritto*, 2013, 1153, con nota di LEONARDI), con la quale, all'esito di un'esegesi delle norme ministeriali che, già nel 2006, avevano provveduto ad un aggiornamento *in peius* delle previgenti tariffe incentivanti per la produzione di energia da fonte solare, si è affermato che *"non può configurarsi un legittimo affidamento da parte dei soggetti che abbiano presentato domande negli anni 2005 e 2006, a fronte di una interpretazione del testo del d.m. del 2005 obiettivamente già in atto individuabile, prioritaria in ragione della sua diretta rispondenza alla norma di legge, di conseguenza, di certo riconoscibile da parte di operatori esperti del settore"*;
- y4) sul tema si segnala anche la sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato, n. 1777 del 18 aprile 2015 (in *Riv. giur. ambiente*, 2015, 265, con nota di CREMONA), la quale, dopo un lungo ed esauriente *excursus* ricostruttivo del complessivo sistema incentivante per la produzione di energia elettrica da conversione fotovoltaica della fonte solare, di cui ai vari Conti Energia via via succedutisi nel tempo, ha affermato che *"Non è dato ritenere che una normativa primaria che abroghi, quand'anche parzialmente, una normativa precedente di pari grado incentivante abbia portata retroattiva se interviene su incentivi di impianti che ancora non siano stati ammessi al beneficio, ma di cui sia stato soltanto programmato l'investimento; infatti va posto in riferimento al principio tempus regit actus che soltanto nell'ammissione al beneficio consiste il fatto genetico del diritto al beneficio: mentre in precedenza sussistono soltanto aspettative di fatto riguardanti il rischio e calcolo imprenditoriale dell'imprenditore del settore; pertanto sono legittime le disposizioni, contestate dall'appellante (che mai ha attivato l'impianto) che individuano il discrimen alla data di entrata in esercizio dell'impianto in una con l'effettiva ammissione al (o concessione del) beneficio; si*

deve distinguere tra la fase di predisposizione dell'impianto e la sua reale messa in opera: il fatto costitutivo di un obbligo contrattuale non si determina al momento della mera autorizzazione alla realizzazione dell'impianto";

- z) in tema di c.d. "spalma incentivi", cioè del meccanismo di rimodulazione *in peius* delle modalità di erogazione degli incentivi per la produzione di energia elettrica da fonte solare, quale introdotto – a rapporti di incentivazione già iniziati ed in corso – dall'art. 26 del decreto-legge n. 91 del 2014, convertito in legge n. 116 del 2014, con il quale il legislatore ha ritardato ovvero ridotto, in modo significativo, la corresponsione degli incentivi già previsti dalla legge e già oggetto delle apposite convenzioni stipulate tra i privati ed il GSE, si consideri quanto segue:
- z1) T.a.r. per il Lazio – Roma, sezione III *ter*, ordinanze 27 marzo 2019, n. 4054 (oggetto della News US n. 43 del 15 aprile 2019 cui si rinvia per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza) e 20 novembre 2018, n. 11206 (oggetto della News US del 3 dicembre 2018 cui si rinvia per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza) con cui, pur dando atto che la citata disposizione di cui all'art. 26 del decreto-legge n. 91 del 2014 ha già superato il vaglio di costituzionalità, si è ritenuto in ogni caso di sospendere nuovamente il giudizio per sottoporre alla Corte di giustizia UE il quesito pregiudiziale relativo alla compatibilità comunitaria, in termini di stabilità e certezza giuridica nonché di tutela del legittimo affidamento, delle disposizioni interne che, nell'introdurre un regime più sfavorevole degli incentivi statali (basati sulla "producibilità media annua" e non più sulla "produzione effettiva"), hanno negativamente inciso sui rapporti in corso, ossia sulle convenzioni stipulate tra GSE e operatori privati prima della entrata in vigore della richiamata normativa d'urgenza;
- z2) Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16 (in *Ambiente*, 2017, 203, con nota di SPINA, nonché oggetto della News US in data 30 gennaio 2017, cui si rinvia per i dovuti approfondimenti), la quale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale che il T.a.r. per il Lazio aveva sollevato su detta norma, affermando, tra l'altro, che *"In linea di principio, l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un elemento fondamentale e indispensabile dello stato di diritto, ma la tutela di esso 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, pur 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, 2° 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 giuridica", circostanza, quest'ultima, che è stata esclusa nel caso di specie, in quanto "Il legislatore del 2014 è intervenuto [...] 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)", sicché il legislatore "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'";

- z3) allo stesso esito (declaratoria di manifesta infondatezza) la Corte costituzionale, sempre giudicando su rimessioni del T.a.r. per il Lazio, è pervenuta con la successiva ordinanza 12 giugno 2017, n. 138 (in *Giur. cost.*, 2017, 1332, nonché oggetto della News US in data 4 luglio 2017, cui si rinvia per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza) ove si afferma in sintesi che: la rimodulazione degli incentivi non presenta carattere di imprevedibilità ma, anzi, costituisce elemento fisiologicamente riconducibile al c.d. "rischio normativo di impresa"; quanto alla lesione del principio di autonomia privata (il decreto-legge n. 91 del 2014 comportava infatti la modifica delle convenzioni *medio tempore* stipulate tra GSE e operatori privati): in primo luogo si tratta di convenzioni accessorie rispetto al provvedimento amministrativo di concessione del beneficio; in secondo luogo siffatti interventi costituiscono legittime limitazioni, per motivi di utilità sociale, rispetto alla iniziativa economica privata (art. 41, secondo comma, Cost.);
- aa) le controversie in materia di incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, secondo l'orientamento ormai consolidatosi della Corte regolatrice, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a. Per ogni ulteriore approfondimento si rinvia alla News US n. 49 del 24 aprile 2019 e, in particolare, al paragrafo contenuto nella lettera k). Nello stesso paragrafo viene altresì affrontato, con opportuni richiami giurisprudenziali, il tema della competenza inderogabile del T.a.r. per il Lazio;
- bb) per quanto riguarda, invece, le controversie afferenti ai provvedimenti del Gestore della rete elettrica nazionale in materia di connessione alla rete elettrica delle

imprese o degli utenti che ne facciano richiesta, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario; si veda, al riguardo, la predetta News US n. 49 del 24 aprile 2019 e, in particolare, il paragrafo contenuto nella lettera l).