

## **Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino**

di Monica Cocconi

**SOMMARIO:** 1. Il fondamento dei regimi di sostegno alle fonti rinnovabili e le ragioni della preferenza dell'ordinamento europeo per i meccanismi di mercato. - 2. Il quadro normativo europeo. - 3. Le tipologie di regimi di sostegno. - 4. I limiti dei meccanismi quantitativi: la negoziazione dei certificati verdi. - 5. I pregi degli strumenti basati sul prezzo dell'energia: le tariffe incentivanti. - 6. L'incertezza e la lesione dell'affidamento nei meccanismi basati sull'iscrizione ai registri. - 7. Le questioni irrisolte: il livello ottimale degli incentivi, la copertura dei costi del sostegno e la tutela dell'affidamento degli investitori.

### **1. Il fondamento dei regimi di sostegno alle fonti rinnovabili e le ragioni della preferenza del legislatore per i meccanismi di mercato**

Il raggiungimento degli obiettivi europei di aumento della percentuale di consumo finale di fonti rinnovabili, previsti, dalla dir. 2009/28/CE, per rispettare gli obblighi internazionali di riduzione delle emissioni nocive discendenti dal rispetto del Protocollo di Kyoto del 7 dicembre 1997, è attualmente affidato, dagli Stati membri, all'adozione di regimi nazionali di incentivazione.

Si tratta di meccanismi riconducibili senza alcun dubbio, sotto il profilo concettuale, alla nozione giuridica di incentivazione ossia, secondo un'autorevole definizione, alla previsione normativa di un beneficio diretto a stimolare il compimento di un'attività economica, collegandone l'attribuzione al suo effettivo svolgimento (ed, eventualmente, ai risultati da questa prodotti)<sup>1</sup>. Di regola

<sup>1</sup> Ci si riferisce alla risalente nozione giuridica di incentivazione elaborata ricavabile dal noto scritto di G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 132 in cui è presente anche un terzo carattere ossia il fatto che l'attività sollecitata, in assenza di incentivo, non sarebbe stata compiuta o sarebbe compiuta con forme o in quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse collettivo; sulla nozione giuridica di incentivo si v. anche S. Valentini, *L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, in *Atti del Convegno nazionale di studi organizzato dall'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi di Torino*, 13-15 giugno 1985, pubblicati a cura di C. Ferrari, Milano 1987, 237; M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 2089. Occorre precisare, in questa sede, anche i confini della nozione di incentivo con la nozione giuridica, in parte sovrapponibile, di sovvenzione, dato che non vi una perfetta equivalenza fra le due. Infatti, mentre il concetto di incentivo è sempre associato alla richiesta di un comportamento specifico da parte del destinatario, lo stesso non costituisce un elemento essenziale delle sovvenzioni. Queste infatti possono essere erogate anche al semplice fine di agevolare soggetti che per varie ragioni si trovino in condizioni disagiate. Nello stesso

l'incentivo è erogato, altresì, per favorire lo svolgimento di un'attività economica che, qualora il vantaggio economico non fosse riconosciuto, non sarebbe economicamente conveniente per il soggetto privato.

La necessità di questi regimi, al fine di accrescere la produzione di fonti rinnovabili, ravvisa il proprio fondamento, nelle basi giuridiche della politica energetica europea (art. 194 TFUE), nei vantaggi non monetizzabili associati alla loro produzione. Si allude, più specificamente, alla tutela ambientale, attraverso la stabilizzazione della concentrazione dei gas ad effetto serra nell'atmosfera ed alla sicurezza dell'approvvigionamento, attraverso la riduzione della dipendenza degli Stati europei dall'importazione di idrocarburi.

Questi vantaggi potrebbero essere qualificabili come *i fini ultimi* dell'incentivazione ossia i fini a cui è diretta, a sua volta, l'attività economica (*fine immediato*) il cui svolgimento è promosso dall'erogazione di incentivi<sup>2</sup>.

Sia la scienza economica<sup>3</sup> sia quella ecologica<sup>4</sup>, infatti, hanno constatato che il funzionamento del mercato, senza correttivi pubblici, non riesce a valorizzare in modo adeguato tali esternalità positive ovvero i vantaggi per l'ambiente e la sicurezza geo-politica associati alla produzione di energia da fonti rinnovabili.

Tale incapacità del mercato giustifica e rende necessario, pertanto, il ricorso a meccanismi di incentivazione che devono tuttavia essere coerenti, a livello europeo, con il rispetto della disciplina comunitaria in materia di concorrenza e di aiuti di Stato e, a livello internazionale, con le norme dell'Organizzazione Mondiale del Commercio sulle sovvenzioni<sup>5</sup>.

Finalità comune di tutti i regimi di supporto introdotti dagli Stati nazionali, in ottemperanza agli obblighi europei di aumento del quantitativo del consumo finale di tali forme di energia, è quella di introdurre la variabile ambientale quale fattore necessariamente da considerare nei comportamenti degli attori economici diretti alla produzione di tali fonti di energia.

Occorre anticipare che l'ordinamento europeo, fra le possibili tipologie di interventi di incentivazione, non ha ritenuto adeguato, di regola, il ricorso esclusivo a poteri e funzioni amministrative (cd. strumenti di *command and control* quali: atti di pianificazione, imposizione di

---

tempo anche gli incentivi possono assumere forme differenti dalle sovvenzioni, ad esempio quando si concretizzano nella fiscalizzazione degli oneri sociali. Sul tema si v. G. Pericu, E. Croci, *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 244; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, I, Milano 1967, 236; più di recente si v. B. Lubrano, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo: profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino 2008.

<sup>2</sup> Per la distinzione fra scopi immediati e scopi ultimi o mediati, si v. ancora M. Luciani, cit., 2093.

<sup>3</sup> Si v., in tal senso, P. Ranci (a cura di), *Economia dell'energia*, Bologna, il Mulino, 2011.

<sup>4</sup> Emblematico, nell'evidenziare i fallimenti del mercato nel raggiungimento degli obiettivi di tutela ambientale, è il volume di M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Roma, 2002.

<sup>5</sup> Si v., su tale versante, P. D. Farah, E. Cima, *L'energia nel contesto degli accordi dell'OMC: sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche Opec di controllo dei prezzi*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 2, 2013, 343; L. Rubini, *The subsidization of Renewable Energy in the WTO: Issues and Perspectives*, *Working Paper* n. 2011/321, giugno 2011. La giurisprudenza evidenzia una sempre maggior apertura da parte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nei confronti di valori non direttamente legati al commercio, quali in particolare la tutela dell'ambiente. Il caso Canada-Renewable Energy (Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, DS412) riguarda un programma di tariffe incentivanti o *feed in tariffs* (il cosiddetto FIT Program) adottato nel 2009 dalla Provincia canadese dell'Ontario, che fornisce prezzi a lungo termine per la produzione di energia rinnovabile generata da impianti contenenti una determinata percentuale di materiali e tecnologie nazionali. Il Giappone ha ritenuto che tale programma violasse gli Articoli 3.1 e 3.2 dell'ASCM (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*), a causa della su accennata percentuale, richiesta quale condizione per beneficiare delle sovvenzioni. Tuttavia il panel ha ritenuto che il programma canadese non costituisse una sovvenzione ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo, rigettando quindi il ricorso.

limiti, autorizzazioni, sanzioni amministrative). La disciplina europea propende in effetti, a tal fine, per l'introduzione di strumenti di mercato come l'erogazione di incentivi o lo scambio di certificati rappresentativi di quantitativi di produzione, sia pur indirizzati e supportati dall'esercizio del potere pubblico<sup>6</sup>.

Si tratta peraltro comunque, a parere di chi scrive, di strumenti rientranti senza alcun dubbio, nel nostro ordinamento nazionale, nell'estesa latitudine degli interventi che possono essere svolti dai poteri pubblici perché l'attività economica privata sia «indirizzata» e «coordinata» ai sensi dell'art. 41 Cost.<sup>7</sup> che non si esauriscono in strumenti autoritativi.

Le ragioni di tale preferenza che via via si sta affermando, più in generale, anche in quella parte della scienza del diritto amministrativo impegnata nello studio dell'ambiente<sup>8</sup>, sono essenzialmente due.

Il ricorso a tali strumenti è privilegiato, in primo luogo, rispetto all'utilizzo di dispositivi provvedimentali cd. di comando e controllo, perché presenta il vantaggio di utilizzare, al fine di ovviare alle debolezze del mercato, i suoi stessi segnali, ovvero quelli dei prezzi; si affida a questi, in altre parole, il compito di assegnare un reale valore ai costi non monetizzabili sostenuti con l'esercizio di attività economiche.

L'emersione di tali segnali attiva in effetti, negli operatori economici, un processo di apprendimento, che rappresenta una condizione essenziale per intraprendere politiche ambientali di qualità a costi sostenibili<sup>9</sup>. Gli attori economici, infatti, agendo secondo la propria convenienza, tengono conto di tali segnali nel modificare i loro comportamenti al fine di massimizzarne gli effetti positivi sull'ambiente o ridurne gli esiti nocivi.

Tali meccanismi consentono, altresì, una maggior diversificazione delle misure da attuare in relazione alla varietà delle condizioni ambientali e produttive e offrono alle imprese una maggiore flessibilità nella scelta dei modi per conseguire gli obiettivi ambientali<sup>10</sup>.

Dalle misure di comando e controllo, viceversa, discendono effetti predefiniti per i destinatari il cui raggiungimento è affidato ad una disciplina procedurale altrettanto rigida; la loro introduzione, pertanto, scoraggia o comunque non promuove, da parte degli attori economici, la ricerca di

<sup>6</sup> Da ultimo la Commissione, nella Comunicazione *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico* COM (2013) 7243 final, ha ribadito tale preferenza per i regimi di sostegno fondati su meccanismi di mercato. Per un'analisi articolata dei benefici discendenti dal ricorso a strumenti di mercato per conseguire gli obiettivi di tutela ambientale si v. *Il Libro Verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi* (COM (2007) 140, 28 marzo 2007; si v. altresì la Comunicazione della Commissione europea, *Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*, 20 settembre 2000 (COM (2000) 576 def., § 3 in particolare).

<sup>7</sup> Per la prospettiva interpretativa volta a considerare in un'estesa latitudine gli interventi pubblici diretti a indirizzare e coordinare l'attività economica privata, ai sensi dell'art. 41 Cost., comprendendo anche quelli non autoritativi, si v. M. Luciani, *La produzione economica privata*, 5.

<sup>8</sup> In tal senso si v. M. Cafago, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007; anche S. Nespor, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. Pubbl. com. ed eur.*, 2003, 962.

<sup>9</sup> Si v. in tal senso M. Cafago, cit., spec. 336: «le politiche degli interventi pubblici assumono di conseguenza i connotati di ipotesi da verificare più che di soluzioni conclusive, tanto più centrali devono allora considerarsi il monitoraggio e la raccolta dell'informazione, i soli strumenti che permetteranno l'azione di graduale rettifica, man mano che l'esperienza si accumula.....in questa luce, il controllo ed una coerente condivisione delle conoscenze, purché affrancati dalla mera propedeuticità alla repressione degli abusi, assumono la funzione nevralgica di motori di apprendimento».

<sup>10</sup> Sui benefici e gli svantaggi del ricorso a strumenti di mercato per conseguire finalità ambientali, si v. M. Cafago, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011, 181. M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 219; più di recente, si v. F. Mastragostino (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, cit.

soluzioni migliorative, in grado di ottenere obiettivi ambientali più elevati di quelli imposti dalla normativa<sup>11</sup>.

L'utilizzo di meccanismi di mercato, infine, mette gli attori economici maggiormente in grado di diminuire i costi da questi complessivamente sostenuti per adeguarsi alla normativa ambientale o di ricercare soluzioni migliori per rispettarle. Al tempo stesso incentiva le imprese ad impegnarsi nello sviluppo tecnologico per individuare le soluzioni più innovative al fine di ridurre sempre più gli effetti negativi sull'ambiente della propria attività.

La preferenza per tali strumenti, tuttavia, non esclude ma anzi impone, come si vedrà in seguito, la necessità di un quadro normativo che non solo li contempli ma definisca, altresì, gli interessi pubblici specifici che questi devono raggiungere. Il ricorso a meccanismi di mercato non significa quindi, in realtà, un affidamento esclusivo alle dinamiche mercantili dei beni da tutelare: l'utilizzo di strumenti economici, infatti, è concepito dal legislatore a stretto supporto della disciplina normativa che li introduce e ne contempla le finalità.

Questo avviene perché gli obiettivi delineati dalla disciplina europea sono vincolanti per gli Stati membri e la legislazione che ne impone il raggiungimento, attraverso misure contemplate nella pianificazione nazionale di settore, assume una valenza precettiva.

Più che un rapporto di mutua esclusione, dunque, la relazione fra strumenti di mercato e disciplina legislativa si configura come una stretta sinergia e mescolanza che rende preferibile l'utilizzo congiunto di entrambi gli strumenti. Se infatti il raggiungimento dell'interesse pubblico appare affidato a strumenti privatistici, le dinamiche del mercato sono supportate e regolate, tuttavia, da interventi pubblici di differente incisività.

Non si assiste, quindi, ad una recessività della disciplina ambientale diretta al raggiungimento dell'interesse pubblico ma, piuttosto, a una sua espansione diretta a definire i vincoli a cui è soggetto il funzionamento degli strumenti di mercato e i fini che questi devono ottenere. Non si verifica neppure, in realtà, un declino del diritto amministrativo ma piuttosto, come si vedrà, un rinnovamento profondo delle sue modalità d'azione, a stretto supporto ma non a supplenza degli strumenti privatistici.

Tali interventi pubblici, tuttavia, non devono introdurre vincoli irragionevoli che limitino la capacità del mercato, seppur artificialmente creato, di offrire segnali efficienti per lo sviluppo della generazione di energia da fonte rinnovabile o che ledano il legittimo affidamento degli operatori economici circa il profitto generato dal loro investimento. Il funzionamento del mercato artificiale dev'essere mosso, tendenzialmente, dalle regole della concorrenza e della *par condicio* degli operatori economici, senza distorsioni irragionevoli tanto più nocive per il fatto di intervenire quando il mercato stesso non ha ancora elaborato parametri autonomi e sedimentati di valutazione<sup>12</sup>.

In caso contrario la regolamentazione attraverso il mercato non solo non funziona ma annulla la stessa *ratio* e il fondamento stesso della scelta di affidarsi a leggi economiche. L'intervento pubblico infatti, anziché correggere le debolezze del mercato supportandolo nell'utilizzare i suoi stessi segnali, rischia di annullare gli stessi benefici insiti nel ricorso a strumenti del mercato.

La finalità di questo scritto è appunto quella di verificare fino a che punto l'intervento pubblico in tale ambito abbia sostenuto in modo virtuoso il mercato, in modo da indurlo a correggere i suoi fallimenti o se, in taluni casi, si sia spinto indebitamente oltre, sostituendosi al mercato stesso; si cercherà di valutare, inoltre, se il susseguirsi di nuovi regimi di incentivazione, che talora hanno

<sup>11</sup> Sui limiti delle misure di comando e controllo per raggiungere gli obiettivi di tutela ambientale si v. W. J. Oates, *The Theory of Environmental Policy*, 2 ed., Cambridge, 1988.

<sup>12</sup> Per una riflessione in tal senso si v. F. Mastragostino (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica 2011, 8.

influito sulla durata prevista di quelli già vigenti, abbia leso aspettative degli operatori economici meritevoli di tutela; si indicheranno, infine, i possibili correttivi da introdursi affinché gli strumenti di mercato permettano di raggiungere il livello ottimale di incentivazione.

L'indagine sul tema richiederà necessariamente l'utilizzo di un approccio metodologico interdisciplinare in cui le nozioni della scienza economica costituiranno il contesto concettuale nel quale situare l'analisi giuridica diretta ad individuare i modi e gli strumenti più adeguati dell'intervento pubblico in tale settore<sup>13</sup>.

## 2. Il quadro normativo europeo

L'introduzione di un'azione di promozione delle fonti rinnovabili, da parte del legislatore europeo, è coinciso con il processo di liberalizzazione del settore ed è avvenuto, per la prima volta, con la direttiva 2001/77/CE, poi abrogata con l'entrata in vigore della direttiva 2009/28/CE. Tali discipline definiscono il quadro normativo generale di promozione della produzione di energia rinnovabile ma affidano agli Stati membri la predisposizione e la scelta dei meccanismi nazionali di incentivazione (25 considerando dir. 2009/28/CE)<sup>14</sup>.

Differenti risultano, infatti, i potenziali degli Stati membri in materia di generazione di energia rinnovabile: risulta quindi determinante, per il legislatore europeo, che «i costi» e «gli effetti» dei regimi di sostegno nazionali siano adeguati a questi. La disciplina europea si limita, dunque, a favorire il sostegno transfrontaliero alla generazione di tali forme di energia senza compromettere indebitamente l'autonomia degli Stati nella scelta dei regimi di sostegno nazionali.

Per la verità, al fine di attivare i meccanismi di cooperazione fra gli Stati membri contemplati dalla direttiva 28/2009/CE era stato istituito, dalla Commissione europea, un tavolo di lavoro con il coinvolgimento di tutti gli Stati. L'obiettivo era quello di definire Linee guida dirette a favorire il miglioramento dei regimi nazionali di sostegno nel senso di eliminare barriere e cercare soluzioni per rendere effettivi i meccanismi di cooperazione.

Questi tavoli erano concepiti dalla stessa Commissione come veri e propri sistemi di *trading*, ossia meccanismi che dovevano permettere ai Paesi di raggiungere effettivamente i propri obiettivi a costi sostenibili; nella realtà, tuttavia, l'avvio di quest'iniziativa ha avuto ben scarsa applicazione, mantenendo a livello nazionale l'effettivo baricentro delle politiche di incentivazione.

La presenza di regimi nazionali di sostegno è resa ancor più obbligata dall'imposizione agli Stati membri, in sede europea, della quota di consumo finale del 20% di energia rinnovabile nel contesto del cd. «pacchetto clima» per il 2020, composto da direttive e altri atti comunitari finalizzati anche al raggiungimento di un obiettivo di riduzione delle emissioni di gas serra (20% rispetto al 1990) e di un obiettivo di efficienza energetica (20% di risparmio rispetto al momento dell'approvazione).

Il ricorso a tali strumenti è concepito dalla disciplina europea come *necessario* e, al tempo stesso, come *provvisorio*, nel senso che è obbligato finché lo sviluppo delle tecnologie per la generazione di energia da fonti rinnovabili e delle infrastrutture di rete comporti una diminuzione dei costi per tali forme di energia e le renda competitive con le altre, senza il sostegno di regimi d'incentivazione. Tale riduzione dovrebbe permettere il traguardo della cd. *grid parity* ovvero l'equiparazione fra i

<sup>13</sup> Per la fecondità di un approccio metodologico di questo tipo sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 269.

<sup>14</sup> Sul tema, *amplius*, B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009.

costi sostenuti per l'installazione d'impianti di energia rinnovabile rispetto ad altri sistemi di generazione di elettricità<sup>15</sup>.

Non appare casuale che la scienza giuridica, proprio in considerazione del carattere normalmente derogatorio delle discipline d'incentivazione rispetto al funzionamento del mercato secondo una logica concorrenziale, ne abbia sempre prospettato l'esigenza di temporaneità. Tale carattere è sempre stato ritenuto necessario unitamente all'applicazione del principio di ragionevolezza che impone la persistenza di un nesso costante fra i meccanismi posti in essere dal legislatore e gli scopi sociali perseguiti attraverso l'erogazione di incentivi, ai sensi dell'art. 41 Cost.<sup>16</sup>.

La stessa Commissione europea<sup>17</sup>, di recente, ha evidenziato l'opportunità che gli Stati membri si adoperino affinché gli interventi di sostegno alla produzione di energia rinnovabile siano conformi all'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto sia necessario per raggiungerlo, nella rigorosa applicazione del principio di proporzionalità. In tale ottica se ne prospetta una durata necessariamente limitata nel tempo e la loro immediata cessazione quando siano conseguiti i risultati voluti dal legislatore europeo e la produzione di fonti rinnovabili diventi effettivamente conveniente per gli operatori economici.

La cessazione dell'intervento pubblico incentivante non è imposta, in tale prospettiva, unicamente per il venir meno della ragione insita nella disciplina che li contempla (*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*) o perché sono stati raggiunti i fini sociali che, ai sensi dell'art. 41 Cost., legittimano l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica privata, anche in un settore liberalizzato. Il venir meno dell'intervento pubblico risulta ancor più obbligato, in tal caso, perché la sua prosecuzione risulterebbe distorsiva del funzionamento del mercato europeo integrato dell'energia elettrica e violerebbe la disciplina europea sugli aiuti di Stato. Sulla base di questa, infatti, l'erogazione di incentivi alle fonti rinnovabili è, ad alcune condizioni<sup>18</sup>, legittima (artt. 92 e 93, par. 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea, ora 108, par. 1, TFUE) perché in grado di ottenere risultati ambientali non conseguibili attraverso il solo funzionamento del mercato e il rispetto delle regole della concorrenza (art. 87 e 88, paragrafo 3 del TCE)<sup>19</sup>. In presenza di tali condizioni questi sono esenti dall'obbligo di notifica e il potere della Commissione di inibirne l'erogazione risulta rigorosamente limitato<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Tale termine fu coniato da Winfried Hoffman del 1998. Vi sono diversi livelli di equiparazione, se il primo si riferisce ai meri costi di installazione degli impianti, il secondo livello viene raggiunto quando l'impianto a fonte rinnovabile diviene competitivo con il prezzo dell'energia sul mercato «*retail*» ed il terzo con quello sui mercati all'ingrosso.

<sup>16</sup> Si v. in tal senso Rigano, *Le leggi promozionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 10 dell'estratto.

<sup>17</sup> Si v. Comunicazione della Commissione, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica*, cit., 11.

<sup>18</sup> Alla luce del Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione (6 agosto 2008) che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli artt. 87 e 88 del trattato, gli aiuti agli investimenti per la tutela dell'ambiente per promuovere la produzione di energia da fonti rinnovabili sono compatibili, ai sensi dell'art. 23, con il mercato comune ai sensi dell'art. 87, paragrafo 3 del trattato e esenti dall'obbligo di notifica di cui all'art. 88, paragrafo 3, del trattato, purché l'intensità dell'aiuto non superi il 45 % dei costi ammissibili. Tali costi corrispondono ai sovraccosti sostenuti dal beneficiario rispetto ai costi connessi ad un centrale elettrica tradizionale di pari capacità in termini di produzione effettiva di energia.

<sup>19</sup> Sulla necessità di aiuti pubblici nel settore delle fonti rinnovabili, al fine di evitare gli effetti negativi, per la società, dell'eventualità che i produttori e i consumatori di elettricità ignorino il costo dei danni ambientali, si v. Comunicazione della Commissione, *Realizzare il mercato interno*, cit., 8.

<sup>20</sup> Sul divieto di aiuti di Stato quale limite condizionato si v. G. Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 1993, 404-5; S. Battini, *Gli aiuti pubblici alle imprese*, in A. Massera (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, 1994, 300-2; J. A. Winter, *Re(de)fining the notion of State aids in article 87 of the EC*

Giova mettere in luce che anche gli atti di erogazione di incentivi assumono, per una parte della scienza giuridica, un profilo autoritativo, anche se unicamente indiretto. Benché infatti non abbiano effetti imperativi per coloro che ne beneficiano, li producono in chi appartiene alla stessa categoria e ne viene escluso, incidendo sulla sua libertà d'iniziativa economica<sup>21</sup>.

Nello stesso tempo la necessità del sostegno pubblico discende, altresì, dalla mancata inclusione delle esternalità negative per l'ambiente nelle tariffe elettriche dell'energia convenzionale (27 considerando dir. 2009/28). Fino a quando, infatti, le tariffe elettriche presenti nel mercato interno non mostreranno compiutamente i costi ambientali e sociali delle fonti convenzionali e, nel contempo, i vantaggi delle fonti energetiche rinnovabili, queste non potranno competere, per il legislatore europeo, alle stesse condizioni di offerta.

L'aumento del prezzo dei combustibili fossili e l'inclusione del prezzo del carbonio all'interno di quello dell'energia elettrica per esplicitare i costi sopportati dall'ambiente favorirebbero, dunque, il raggiungimento della *grid parity*.

In questa direzione, sia il G20<sup>22</sup> sia il Consiglio europeo<sup>23</sup>, a suo tempo, hanno rinnovato un appello diretto ad abolire gradualmente le sovvenzioni a favore dei combustibili fossili entro il 2020.

Al tempo stesso la disciplina europea evidenzia che l'efficacia complessiva delle politiche di promozione non si esaurisce nell'introduzione di regimi d'incentivazione ma investe la qualità della legislazione, la semplificazione dei procedimenti amministrativi, l'adeguamento della rete nazionale di distribuzione e, infine, i possibili ostacoli alla localizzazione degli impianti sul territorio (art. 23, comma 2, dir. 28/2009). La scarsa qualità della normazione, la presenza di limiti insiti nei procedimenti autorizzatori, nell'insufficienza della rete nazionale o nell'integrazione degli impianti nel paesaggio, invero, è in grado di escludere i benefici discendenti, per la generazione di energia rinnovabile, dall'adozione di regimi di sostegno.

Assimilabili agli incentivi, infine, sono le priorità assicurate in alcuni Stati agli impianti alimentati a fonti rinnovabili per favorire la loro integrazione nella rete di distribuzione elettrica. Il contesto normativo del nostro Paese, ad esempio, prevede una serie di norme dirette ad agevolare la connessione alla rete elettrica nazionale degli impianti alimentati da fonte rinnovabile<sup>24</sup>. Lo stesso «principio di priorità» per quanto riguarda la connessione degli impianti alimentati a fonti rinnovabili rispetto a quelli funzionanti con fonti convenzionali è contemplato dalla disciplina tedesca (§ 5 I EEG)<sup>25</sup>.

Molto più discusso, allo stesso fine, è risultato il meccanismo del *capacity payment* ovvero la forma di contributo pubblico destinato a coprire i costi sostenuti per assicurare l'adeguatezza del

Treaty, in *Common market law review*, 2004, 475; I. Borello, S. Cassese, E. Chiti, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012, 56; G. Della Cananea, *Le «diseguaglianze sostenibili» nella disciplina della concorrenza e del sostegno alle imprese*, in F. Astone e altri (a cura di), *Le diseguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, 2006, 59-60; G. L. Tosato, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato tra economia di mercato e interessi generali*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 249.

<sup>21</sup> Si v. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, 103.

<sup>22</sup> Si v. la Dichiarazione dei leader del g20 al Vertice di Pittsburgh (settembre 2009), al Vertice di Toronto (giugno 2010) e del gruppo di ricerca del G20: rapporto definitivo di conformità del G20 di Cannes, 2011.

<sup>23</sup> Si v. le conclusioni del Consiglio del 22 maggio 2013.

<sup>24</sup> Si contemplava anzitutto, già dal cd. decreto Bersani, che le energie rinnovabili godano di priorità sia nell'allacciamento alla rete di trasmissione (art. 10, comma 4, d.lgs. n. 79/1999) sia di precedenza nel dispacciamento (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 79/1999).

<sup>25</sup> Si v. in tal senso amplius S. Rupprecht, *Disciplina delle energie rinnovabili in Germania*, in F. Cortese, F. Guella, G. Postal, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, 176.

sistema elettrico nelle situazioni che vedono la produzione di fonti intermittenti discostarsi dalle previsioni. Tale contributo, di recente, è stato erogato a favore delle centrali termoelettriche per compensare i danni prodotti a causa dello sviluppo delle fonti rinnovabili, di regola caratterizzata dall'imprevedibilità e discontinuità di generazione<sup>26</sup>.

L'erogazione d'incentivi non è dunque l'unica strategia che gli Stati membri devono intraprendere per ottenere le percentuali di consumo finale di energia da fonti rinnovabili imposte a livello europeo, ma è necessario agire su più fronti, sia quello della disciplina normativa sia quello dell'efficienza del sistema amministrativo.

La stessa disciplina europea, tuttavia, insiste sui caratteri che devono presentare i regimi di sostegno nazionale, ossia «mantenere la fiducia degli investitori» (considerando n. 25) e «creare certezza per gli investitori» (considerando n. 14).

Il recepimento, nel nostro Paese, della dir. 28/2009/CE è stato affidato al d.lgs. n.3 marzo 2011, n. 28 che, all'interno del Titolo V, traccia il quadro in cui dovrà avvenire il riordino dei regimi d'incentivazione attraverso la «predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione» e, soprattutto, «la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori (art. 23). Ulteriori principi generali della disciplina di riordino sono costituiti, al secondo comma dell'art. 23, «(dal)la gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti effettuati e (dal)la proporzionalità agli obiettivi, nonché (dal)la flessibilità della struttura dei regimi di sostegno, *al fine di tener conto dei meccanismi del mercato e dell'evoluzione delle tecnologie delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica*».

### 3. Le tipologie dei regimi di sostegno

Venendo a una prima classificazione dei regimi di sostegno adottabili dagli Stati membri è necessario premettere che la scienza economica li distingue fra i meccanismi fondati sulla quantità (come lo scambio di certificati verdi, rappresentativi di quantitativi di produzione) e quelli basati sul prezzo dell'energia (come l'imposizione di una tassa o l'erogazione di incentivi commisurati al ritiro o, in percentuale, al prezzo dell'energia prodotta)<sup>27</sup>.

Entrambi questi meccanismi producono benefici, ma di natura differente: la loro introduzione, quindi, dev'essere attentamente valutata dal legislatore in base alle finalità prioritarie che intende conseguire. Si tratta, più esattamente, di quella valutazione degli «effetti» e dei «costi» dei regimi di sostegno imposta agli Stati dalla direttiva europea (25° considerando, dir. 28/2009).

Tale valutazione, tuttavia, risulta difficoltosa per il fatto che i benefici all'ambiente generati dalle fonti rinnovabili sono incommensurabili in una prospettiva unicamente economica poiché non ricadono solo sulla generazione attuale ma, soprattutto, sul soddisfacimento dei diritti delle generazioni future.

I costi sostenibili per tali fonti, inoltre, non riguardano unicamente quelli d'investimento; a questi si aggiungono i costi di sistema necessari a rendere la rete nazionale di distribuzione adeguata

<sup>26</sup> A tal proposito, il comma 153 della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità per il 2014) prevedeva un *capacity payment* transitorio rappresentato da un sostegno temporaneo al termoelettrico «nella misura strettamente necessaria a garantire la sicurezza del sistema elettrico e la copertura dei fabbisogni effettuata dai gestori di rete, senza aumento dei prezzi e delle tariffe dell'energia elettrica per i clienti finali».

<sup>27</sup> Si v. P. Ranci, *Economia dell'energia*, Bologna, 2011, 167 ss.

all'inserimento di volumi di generazione di energia discontinua ed imprevedibile, com'è generalmente quella da fonte rinnovabile<sup>28</sup>.

I sistemi di tipo quantitativo presentano, per un versante, il vantaggio di assicurare il raggiungimento degli specifici obiettivi politici contemplati dal legislatore; inoltre, quando si concretizzano nella creazione di mercati artificiali, dovrebbero garantire meglio che i costi complessivamente sostenuti dal sistema economico nel processo di transizione siano minimizzati. Con tali sistemi, gli operatori economici sono spinti ad investire laddove il costo della transizione da fonti convenzionali a rinnovabili sia valutato come comparativamente minore.

Per l'altro versante, i meccanismi basati sui prezzi o sulla fiscalità offrono una maggiore certezza alle imprese riguardo ai costi complessivi sostenuti dagli attori economici per conseguire gli obiettivi ambientali e, quindi, pongono gli stessi dinanzi ad un grado meno elevato di rischio. Nel contempo, proprio per offrire tale certezza, il loro ammontare deve persistere nel tempo, al di là dell'avanzamento delle tecnologie o del cambiamento delle condizioni di contesto, e tale persistenza può essere fonte di un eccesso di incentivazione quando l'avanzare del progresso tecnico consentirebbe un abbassamento degli incentivi erogati.

In una prospettiva principalmente economica, gli incentivi fondati su meccanismi di mercato dovrebbero risultare più efficienti di quelli basati su strumenti amministrativi poiché permettono di minimizzare i costi sostenuti dal sistema economico nel graduale processo di diversificazione delle fonti di energia<sup>29</sup>.

La stessa Commissione europea, di recente, ha espresso il proprio favore per tali meccanismi sostenendo che «possono rivelarsi uno strumento più efficace per mettere in concorrenza fra loro le varie tecnologie e rendere i produttori più attenti ai segnali del mercato»<sup>30</sup>.

L'analisi dell'esperienza messa in atto dagli Stati europei ha evidenziato, tuttavia, come i sistemi basati sui prezzi siano risultati più efficaci ed efficienti di quelli fondati sulla negoziazione di certificati nel conseguire gli obiettivi di tutela ambientale insiti nella promozione delle fonti rinnovabili. Sono stati più efficaci perché hanno permesso di conseguire in maggior misura un aumento effettivo di produzione di energia rinnovabile; la loro più elevata efficienza, viceversa, è consistita in una minor differenza fra il sostegno assicurato all'energia elettrica rinnovabile e i costi sostenuti per la sua generazione<sup>31</sup>.

Tale apparente paradosso è stato dovuto al fatto che, a parere di chi scrive, nel nostro Paese il sistema di negoziazione dei certificati è stato accompagnato da un intervento correttivo pubblico che non si è limitato, come si vedrà, a fissare la quantità di energia rinnovabile desiderata ma ha anche influito sulla formazione del suo prezzo. Si è impedito in tal modo a questo di rappresentare un adeguato segnale di mercato per gli investitori.

Inoltre gli Stati europei che hanno adottato meccanismi basati sui prezzi ne hanno migliorata l'efficienza agendo sugli altri ostacoli all'incremento delle fonti rinnovabili, ovvero la complessità

<sup>28</sup> Sulle difficoltà di quantificazione dei benefici e dei costi insiti nella generazione di energia rinnovabile si v. M. Grillo, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, 2013, 61 ss. La consapevolezza della rilevanza delle infrastrutture di rete a realizzare una politica energetica sostenibile ha indotto il Presidente degli Usa Obama in un Memorandum lasciato a tutti i Dipartimenti governativi ad affidare loro il compito di intraprendere una *Energy Review Quadriennale* concernente soprattutto le infrastrutture per ottenere lo sviluppo di una «strategia energetica completa ed integrata».

<sup>29</sup> In seno alla teoria economica propone un approccio liberale alla tutela dell'ambiente, J. Simon, *The State of Humanity*, Cambridge (MA), 1995, spec. 503 ss.

<sup>30</sup> Si v. ancora la Comunicazione, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, cit. 11.

<sup>31</sup> In tal senso si v. D. Bobbio, M. Cirillo, *Le fonti di energia rinnovabili*, in P. Ranci (a cura di), *Economia dell'energia*, cit., 167.

dei procedimenti autorizzatori e la scarsa qualità della normazione che rappresentano viceversa, nel nostro Paese, gli ostacoli più significativi all'incremento delle fonti rinnovabili<sup>32</sup>.

Nei paragrafi seguenti saranno analizzati i limiti e i pregi dei meccanismi introdotti dal nostro legislatore nazionale per favorire la generazione di energia rinnovabile in ottemperanza agli obblighi europei. Tale analisi sarà svolta con particolare attenzione all'equilibrio, presente al loro interno, fra strumenti di mercato e intervento correttivo pubblico, alle deviazioni rispetto alla sua configurazione ottimale e alla progressiva sostituzione di meccanismi di mercato con altri improntati ad un'azione di pianificazione pubblica.

#### 4. I limiti dei meccanismi quantitativi: la negoziazione di certificati verdi

I sistemi quantitativi sono caratterizzati dal fatto che il legislatore definisce, al loro interno, la quantità di energia rinnovabile desiderata, che ne rappresenta la domanda, e affida al mercato la determinazione del suo prezzo. Questo si formerà, di conseguenza, attraverso l'incontro della curva di tale domanda con la curva dell'offerta di tale energia.

Nel sistema basato sui certificati verdi, ad esempio, il legislatore, dopo aver fissato tale quantità, ne affida il raggiungimento ad un obbligo imposto ai produttori di energia non rinnovabile relativo all'immissione annuale, nel sistema elettrico nazionale, di una percentuale di energia rinnovabile aggiuntiva e nuova rispetto a quella non rinnovabile<sup>33</sup>. La finalità del sistema è di coniugare i benefici insiti nel raggiungimento di *target* quantitativi prefissati - tipici dei meccanismi di *command and control* - con quelli della maggior efficienza economica, tendenzialmente discendenti dal ricorso a meccanismi di mercato.

In sostanza, il legislatore crea un mercato artificiale e ne supporta le dinamiche al fine di indurlo a trasmettere agli investitori i segnali più appropriati per compiere le proprie scelte secondo logiche di razionalità economica ma anche a fare in modo, al tempo stesso, che soddisfi gli interessi pubblici da lui identificati.

L'obbligo dei produttori discende, nel nostro Paese, dall'art. 11, comma 1, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ed è stato inizialmente fissato nel 2% del quantitativo di energia non rinnovabile prodotta eccedente i 100 MWh da impianti entrati in esercizio o potenziati dopo l'1 aprile 1999; lo stesso può essere adempiuto non solo con l'installazione di appositi impianti ma anche attraverso l'acquisto di certificati verdi rappresentativi di un certo quantitativo della sua produzione da produttori di energia rinnovabile o dallo stesso Gestore dei servizi energetici (GSE).

Al di fuori di tale alternativa, i certificati possono essere acquistati da soggetti terzi, *traders* o operatori di mercato, interessati principalmente al profitto che può discendere dalla loro vendita.

Ciascun certificato verde rilasciato dall'autorità pubblica ai produttori di energia rinnovabile rappresenta un quantitativo di energia rinnovabile corrispondente attualmente a 1 MWh prodotto da impianti IAER (Impianti alimentati da fonte rinnovabile), come tali qualificati da una certificazione rilasciata dal GSE sulla base della loro conformità a determinati parametri e requisiti tecnici.

<sup>32</sup> In tal senso mi si consenta il rinvio a M. Cocconi, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in F. Merusi, V. Messerini, V. Giomi, *Profili giuridici e problematiche istituzionali dell'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili*, Napoli, 2012, 75. Si v., altresì, Commissione europea, *Relazione sui progressi nel campo delle energie rinnovabili*, COM (2013), 175 final.

<sup>33</sup> Per una disamina più analitica di tale meccanismo si v. A. Benedetti, *Le certificazioni ambientali*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2011, 195; M. Allen, *I mercati artificiali dei certificati verdi e bianchi*, in F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *Climate change: la risposta del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 207 ss.

Si tratta di meccanismi di mercato informati da un intervento pubblico che, in diverse fasi, segna l'avvio, il funzionamento ed il controllo dell'intero sistema. L'obbligo di acquisto dei certificati, anzitutto, è imposto dal legislatore e si traduce in un costo ulteriore per i produttori di energia convenzionale che comporta un aumento della tariffa elettrica per i consumatori finali con riferimento alla voce di costo A3 che oggi rappresenta oltre il 90% della componente «oneri di sistema» della bolletta.

I certificati, inoltre, costituiscono titoli negoziabili o attraverso scambi bilaterali tra gli operatori destinatari dell'obbligo di legge ed i produttori o su un mercato artificiale regolato dallo stesso Gestore e disciplinato da norme e atti amministrativi. Nessun valore è riconducibile a questi se non all'interno delle dinamiche mercantili artificialmente poste in essere dal legislatore.

Il meccanismo tuttavia, almeno nel suo disegno originario, si fondava su segnali offerti dal mercato stesso e attraverso il loro ascolto doveva permettere agli operatori di minimizzare i costi da sostenere e di improntare le proprie scelte a criteri di razionalità economica, pur assicurando i *target* definiti dal legislatore.

L'ammontare dell'incentivo, infatti, doveva essere quello necessario a produrre la quantità di energia rinnovabile fissata dal legislatore e la sua formazione era affidata al mercato attraverso il segnale del relativo prezzo: se la produzione di energia rinnovabile non avesse raggiunto l'obiettivo fissato, il numero di certificati avrebbe scarseggiato e di conseguenza il loro prezzo sarebbe salito; se, viceversa, la quantità fosse stata superata, il prezzo sarebbe sceso e così sarebbe diminuito l'incentivo a installare nuovi impianti.

I limiti del sistema introdotto sono stati principalmente due. Anzitutto l'oscillazione del prezzo dei certificati, dato il suo elevato grado di incertezza, era avvertita come un fattore di rischio per gli investitori e, quindi, poteva inibirne le scelte.

Inoltre il funzionamento dei meccanismi di mercato è stato viziato, in realtà, da un intervento correttivo pubblico che ha attutito la sua capacità di offrire segnali informativi efficaci per guidare le scelte degli operatori secondo criteri di convenienza economica.

Dapprima, dato l'elevato livello degli incentivi generatosi a seguito dell'aumento del prezzo di vendita dei certificati, a sua volta dovuto al ritardo nell'attivazione di impianti di nuova generazione e alla conseguente offerta insufficiente, il Gestore ha incrementato l'offerta di certificati. Inevitabilmente, a quel punto, il prezzo cui questi sono stati immessi nel sistema ha rappresentato un limite massimo all'aumento praticabile.

A sua volta un successivo intervento del Gestore, imposto dal legislatore, doveva contenere la discesa successiva del valore dei certificati, ovvero dell'incentivo erogato per la produzione di energia rinnovabile, derivante dall'eccesso di titoli in circolazione rispetto alla domanda attraverso il loro acquisto. Tale prezzo di acquisto, tuttavia, è inevitabilmente divenuto quello di riferimento per gli operatori del mercato.

I vincoli introdotti dal legislatore al funzionamento autonomo del mercato, di conseguenza, hanno limitato la sua capacità di offrire segnali efficienti per la promozione di energia rinnovabile attraverso la formazione di prezzi derivanti dalle dinamiche della domanda e dell'offerta. Si è verificato, pertanto, un parziale fallimento dei meccanismi di mercato introdotti per la promozione di energia da fonti rinnovabili per la loro parziale sostituzione con meccanismi basati su prezzi amministrati.

Il funzionamento di tale sistema, pertanto, ha garantito al nostro Paese elevati livelli di sostegno senza che l'erogazione di incentivi si sia tradotta nell'aumento desiderato e obbligato di generazione di energia da fonte rinnovabile.

L'emersione di tali criticità ha indotto il legislatore, con l'art. 25, comma 4, del d.lgs. n. 28/2011, a disporre l'esaurimento del meccanismo dei certificati verdi quale strumento di incentivo alla

produzione di energia da fonti rinnovabili a partire dal 2015, prevedendo che il GSE ritirerà i certificati non acquistati sul mercato relativi agli anni 2011-2015 ad un prezzo pari al 78% di quello fissato ex art. 2, par. 148, l. n. 244/2007.

## 5. I pregi degli strumenti basati sui prezzi: le tariffe incentivanti

In tali sistemi il legislatore fissa il livello di incentivo e affida al mercato la determinazione del quantitativo di energia rinnovabile che sarà prodotta sulla base di un giudizio di convenienza formulato dagli operatori economici. Il pregi di tale sistema è l'efficacia che deriva dalla sicurezza garantita dal ritorno stabile e prevedibile dell'investimento effettuato dall'imprenditore.

Tali sistemi si suddividono in due tipologie: quelli basati sulle tariffe incentivanti con cui il Gestore garantisce il ritiro dell'energia rinnovabile prodotta ad un prezzo prefissato (da qui la qualificazione di *feed-in tariff*<sup>34</sup>), più elevato di quello di mercato poiché comprensivo di una componente di incentivo della fonte rinnovabile. I livelli delle tariffe possono essere differenziati per tipologia di fonte e dimensioni dell'impianto, in modo da riflettere effettivamente i costi sostenuti per la generazione.

L'onere dell'incentivo viene di regola trasferito dal Gestore al consumatore finale di energia attraverso specifiche componenti tariffarie della bolletta elettrica. Benché tale sistema garantisca certezza circa il ritorno dell'investimento, questo meccanismo presenta tuttavia il profilo critico per cui la fissazione di un prezzo predefinito in via amministrativa sottrae la sua formazione al mercato. Tale sistema è stato introdotto nel nostro Paese, a partire dal 2008, riguardo agli impianti di taglia uguale o inferiore a 1 MW.

Il meccanismo del *feed in tariffs* costituisce, ad esempio, il principale sistema di erogazione di incentivi nei Paesi dell'ambiente alpino in cui la necessità di supportare il ricorso alle fonti rinnovabili si innesta con le peculiarità tipiche dell'ambiente montano che caratterizza quei territori.

Nella legislazione austriaca, ad esempio, l'*Ökostromgesetz* (ÖStG, 2002), che costituisce, tuttora, la principale fonte normativa sul tema, si prevede un sistema basato sull'erogazione di tariffe incentivanti onnicomprese in base alla quale l'operatore dell'impianto ha diritto a concludere un contratto con l'Agenzia di compensazione e di regolamento dell'energia verde. La stessa Agenzia, a sua volta, acquista l'elettricità prodotta da fonte rinnovabile ad un prezzo superiore a quello di mercato e la distribuisce fra i gestori, anch'essi tenuti a sostenere un onere economico più elevato di quello propriamente mercantile. Quest'onere è poi sopportato dagli utenti finali su cui grava una tassa di supporto che si aggiunge alla tariffa della bolletta per il consumo dell'elettricità<sup>35</sup>.

Allo stesso modo, in Germania, l'EEG, la disciplina tedesca sulle fonti rinnovabili del 1 agosto 2004, adottata per recepire la direttiva 2001/77/CE contempla una tariffa incentivante, stabilita per legge, versata dal gestore della rete all'operatore per la durata di vent'anni e variabile in base al tipo di fonte considerata<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Per l'utilizzo di tale terminologia, si v. *Council of European Regulators, Report on Renewable Energy Support*, 2011.

<sup>35</sup> Per l'esperienza austriaca si v. il saggio di E. D'Orlando, *Energie rinnovabili: l'esperienza austriaca*, in F. Cortese, F. Guella, G. Postal, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013, 266.

<sup>36</sup> L'ultima riforma della EEG è stata decisa dal *Bundestag* nel giugno 2011 e è entrata in vigore il 1 gennaio 2012. Per l'esperienza tedesca si v. S. Rupprecht, *Disciplina delle energie rinnovabili in Germania*, in F. Cortese, cit, 305.

L'altra tipologia, qualificata come *feed in premium*, e che ha progressivamente sostituito il sistema dei certificati verdi, destinato ad esaurirsi nel 2015<sup>37</sup>, consiste nell'erogazione di un incentivo che si aggiunge, in percentuale, alla remunerazione discendente dalla vendita di energia sul mercato; il relativo prezzo si forma, quindi, attraverso l'incontro fra domanda ed offerta di energia rinnovabile. Pur costituendo questo, dunque, un sistema amministrato, il produttore sopporta in ogni caso il rischio relativo alla formazione del prezzo che, a sua volta, invia al mercato segnali appropriati al fine di compiere scelte efficienti.

L'adozione di tale sistema presenta l'aspetto critico di un eccesso di incentivazione e, quindi, di costi troppo onerosi gravanti sul consumatore finale, nel caso in cui il prezzo dell'energia venduta, per una determinata fonte, risulti molto elevato; viceversa se il prezzo dell'energia fosse troppo basso, la componente incentivante potrebbe risultare insufficiente a rendere conveniente la produzione di energia rinnovabile e, di conseguenza, a raggiungere gli obiettivi europei.

Gli elevati incentivi sul fotovoltaico introdotti tra il 2007 ed il 2011, senza alcun vincolo massimo alla capacità di generazione attivabile, hanno indotto le imprese ad accelerare gli investimenti in quel settore, facendo gravare sui consumatori un costo sociale molto accentuato<sup>38</sup>. Tali incentivi sono stati erogati senza tener conto che l'avanzare del progresso tecnologico nel settore avrebbe prodotto una diminuzione dei costi di investimento e quindi consentito, negli anni successivi, di installare impianti a condizioni economicamente meno onerose per i consumatori finali.

Se l'introduzione di tale meccanismo fosse stato preceduto da un'accurata analisi dell'impatto della regolazione, come peraltro implicitamente presuppone la dir. 28/2009, nell'obbligare gli Stati a calcolare gli «effetti» e i «costi» dei sistemi nazionali di sostegno, si sarebbero certamente risparmiati costi sociali molto elevati.

Nel nostro Paese, l'erogazione di incentivi per l'energia fotovoltaica e quella solare termodinamica si è fondata in prevalenza su meccanismi cd. *feed in premium* con durata del sostegno fra i 20 e 25 anni nella forma del Conto energia. Tale Conto costituisce un sistema di incentivazione caratterizzato dall'erogazione di una tariffa incentivante proporzionale all'energia prodotta dagli impianti aggiuntiva rispetto a quella di vendita o di valorizzazione mediante lo scambio sul posto o l'autoconsumo di energia prodotta. Tali sistemi sono stati introdotti nell'attuazione della Dir. 2001/77/CE con il D.lgs. n. 287/2003. L'applicazione di tale decreto è avvenuta, di volta in volta, con i D.M. 28 luglio 2005 (I Conto energia), 19 febbraio 2007 (II Conto energia) ed, infine, 6 agosto 2010 (III Conto energia).

## 6. Incertezza e lesione dell'affidamento nel meccanismo di iscrizione ai registri per l'accesso alle tariffe incentivanti

L'erogazione eccessiva di incentivi per gli impianti fotovoltaici, registratisi nel 2011 e non correlata agli effettivi costi degli investimenti, con un aggravio eccessivo della relativa componente presente nella tariffa elettrica a carico dei consumatori, ha indotto il legislatore, con l'art. 24 del D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, ad un mutamento significativo del regime di incentivazione. Tali

<sup>37</sup> Si v. in particolare la legge finanziaria 2008 (i.e. l. 24 dicembre 2007, n. 244), come modificata dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

<sup>38</sup> Si tenga presente che nel solo 2012 il GSE ha ricevuto oltre 145.000 richieste di incentivazione per l'entrata in esercizio di nuovi impianti fotovoltaici. Complessivamente, in Italia, a fine 2012, risultano in esercizio quasi 477.000 impianti fotovoltaici, per una potenza di circa 16.350 MW.

mutamenti sono stati dapprima introdotti, per il fotovoltaico, con il Quarto conto energia, contenuto nel d. m. 5 maggio 2011, Decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con quello dell'ambiente.

Il nuovo sistema di incentivi per il fotovoltaico ha prodotto una riduzione consistente delle tariffe rispetto al periodo precedente e spinto ad ideare un meccanismo nuovo i cui criteri, tuttavia, hanno generato incertezza non solo sul quando e sul quanto ma anche sul se i nuovi impianti sarebbero stati finanziati.

In sostanza, gli attuali livelli di incentivazione sono stati fissati sulla base di tetti di spesa annuali ritenuti ragionevoli e differenziati in base alle dimensioni e alle caratteristiche degli impianti, tenuto conto, in particolare, di quelli integrati con caratteristiche innovative e di quelli a concentrazione. La loro definizione è stata motivata principalmente dal fine di contenere il prezzo dell'energia gravante sui consumatori finali mentre non si è tenuto conto dell'andamento dei costi di ciascuna fonte in relazione all'avanzare del progresso tecnologico e, in considerazione di questo fattore, del suo livello ottimale di incentivazione.

Si era prevista infatti, per gli impianti a potenza superiore a 12 kW, l'istituzione di un registro presso il GSE, in cui ogni nuovo impianto doveva iscriversi durante un periodo temporale intercorrente fra il 20 maggio 2011 e il 30 giugno 2011 sulla base di criteri successivi relativi all'effettiva entrata in esercizio, all'ultimazione dei lavori, alla precedenza della data di rilascio del titolo autorizzativo, alla potenza dell'impianto ed alla data di iscrizione al registro. L'iscrizione, inoltre, era possibile, alle condizioni previste, fino al raggiungimento di un *plafond* annuo (cd. «limite di costo degli incentivi») stabilito in ciascun Conto energia.

L'individuazione di tali criteri, tuttavia, non offriva una certezza sufficiente circa il regime applicabile e le condizioni richieste per l'accesso alle tariffe incentivanti. Alcune delle condizioni fissate dal decreto, infatti, non erano realizzabili unicamente dal proponente, come quella dell'effettiva connessione all'impianto o del rilascio dell'autorizzazione unica e potevano produrre, pertanto, una differenza di trattamento fra gli imprenditori. La connessione effettiva all'impianto, infatti, può dipendere in modo significativo dall'intervento del Gestore e non sono equiparabili, sotto il profilo della data del provvedimento autorizzatorio, procedimenti in cui, sulla base delle dimensioni dell'impianto, il rilascio del provvedimento finale è affidato all'amministrazione (art. 5, D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28) e altri in cui si forma attraverso il silenzio-assenso sulla base della sola istanza del richiedente (art. 6, dello stesso Decreto)<sup>39</sup>.

Questo sistema, inoltre, è stato introdotto con valenza retroattiva per tutti gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 maggio 2011 che, quindi, dovranno accedere alle tariffe del IV Conto Energia anziché, come originariamente previsto, a quelle del III Conto Energia, riducendone in tal modo l'efficacia di due anni.

L'incertezza normativa è stata ulteriormente accresciuta dalla proroga delle tariffe incentivanti previste dal Secondo Conto Energia (D.M. 19 febbraio 2007), estesa dal d.l. 25 gennaio 2010, n. 3 (cd. decreto Salva Alcoa)<sup>40</sup>, a tutti i soggetti che avessero concluso l'installazione dell'impianto fotovoltaico entro il 31 dicembre 2010, avessero dato comunicazione all'amministrazione competente per il rilascio dell'autorizzazione e fossero entrati in esercizio entro il 30 giugno 2011. Tale proroga ha ulteriormente limitato l'efficacia del Terzo conto energia unicamente agli impianti entrati in esercizio fra il 1 gennaio 2011 e il 31 maggio 2011.

<sup>39</sup> Sui profili critici delle norme previste dal d.lgs. n. 28/2011 e dal Decreto del Ministero dello Sviluppo economico del 5 maggio 2011, si v. *Position Paper Assoconsult*, Settore Tax & Legal, Gruppo di Lavoro Energy, ottobre 2011.

<sup>40</sup> Il d.l. è stato convertito con modificazioni nella l. 22 marzo 2010, n. 41 (cd. «decreto salva-Alcoa»).

È oltretutto ipotizzabile che molti operatori, mossi dall'intento di ottenere le tariffe ben più generose garantite dal Secondo conto, abbiano affrettato i tempi di installazione degli impianti per poter rientrare nei termini previsti dal decreto «salva Alcoa» e quindi, nella sostanza, sfuggire al mutamento di disciplina nel frattempo intervenuto.

Il mancato rispetto della durata triennale inizialmente prevista per l'erogazione delle tariffe contemplate dal Terzo conto energia sollecita una riflessione sulla necessaria stabilità normativa dei regimi di sostegno e, in caso di mutamenti che investano il passato, sulla possibile lesione delle aspettative riposte dagli operatori economici sulla loro vigenza temporale.

L'esplicarsi su un arco triennale degli incentivi contemplati dal Terzo Conto energia aveva proprio il fine di permettere agli investitori di tener conto dei vantaggi conseguibili attraverso la scelta di installare impianti fotovoltaici e di accedere ad eventuali richieste di finanziamenti bancari sulla base di tale aspettativa. Tali aspettative sono state deluse dall'inaspettata riduzione anticipata del periodo di durata di tale meccanismo e il conseguente abbassamento degli incentivi erogati.

Le modifiche introdotte, non casualmente, erano state ritenute dal Commissario europeo Oettinger<sup>41</sup> in grado di alterare il ritorno finanziario dei progetti esistenti e, di conseguenza, di compromettere la stabilità degli investimenti nel settore con possibili ripercussioni sulla ripresa economica. La presenza di tali rischi, inoltre, aveva indotto lo stesso Commissario ad auspicare che il nostro Paese si dotasse di un quadro di incentivazione «chiaro, stabile e prevedibile», tale da garantire uno sviluppo delle fonti rinnovabili coerente con il raggiungimento degli obiettivi europei.

La stessa Commissione europea, di recente, ha sostenuto che «le misure di intervento pubblico devono rappresentare un impegno stabile, a lungo termine, trasparente, prevedibile e credibile nei confronti degli investitori e dei consumatori»<sup>42</sup>; il che ha indotto la stessa a sconsigliare l'applicazione retroattiva delle modiche di regimi incentivanti, in quanto tali da compromettere la fiducia degli investitori.

La modifica introdotta dal Quarto conto energia, benché non producesse effetti propriamente retroattivi, aveva comunque un notevole impatto su legittime aspettative degli operatori economici da considerarsi, a parere di chi scrive, comunque meritevoli di una qualche tutela<sup>43</sup>. Si pensi, ad esempio, alle aspettative di coloro il cui impianto non fosse già entrato in esercizio ma avessero comunque posto in essere operazioni economiche (come la richiesta di finanziamenti bancari) per procedere all'installazione dell'impianto, confidando nella persistenza di un certo regime incentivante o addirittura avessero intrapreso i lavori di installazione ma non li avessero ultimati, confidando nella vigenza di determinate tariffe incentivanti.

La necessità di tutelare l'affidamento del cittadino sulla certezza delle statuizioni giuridiche assume com'è noto, in relazione al fenomeno dell'incentivazione economica, ossia dell'azione pubblica con una funzione promozionale verso l'ottenimento di determinate finalità «sociali», profili assai delicati perché incide sull'esplicazione della libertà d'iniziativa economica privata alla luce dell'art. 41 Cost<sup>44</sup>. Tale principio, in effetti, è stato ritenuto dalla Corte costituzionale, fin dalla

<sup>41</sup> Si v. la lettera del 15 aprile 2011 indirizzata dal Commissario Oettinger al Ministro dello sviluppo economico, Paolo Romani.

<sup>42</sup> Si v. COM (2013), 7243 final, 13.

<sup>43</sup> Sui profili connessi alla tutela dell'affidamento, nella disciplina degli incentivi, si v. B. Caravita di Torritto, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico finanziaria*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario*, cit., 99; si v. altresì, G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *AIC, Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2012, 20 marzo 2012.

<sup>44</sup> Sul nesso stretto esistente fra tutela dell'affidamento e libertà di iniziativa economica, si v. Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Giur. cost.*, 1990, 962.

sent. n. 155 del 1990, strettamente connesso a questa libertà «non solo nel momento iniziale, ma anche durante il suo dinamico sviluppo» e quindi tale da investire, senza dubbio, anche gli atti di destinazione del capitale finanziario.

La sua applicazione, peraltro, assume una forza assai pregnante, nel caso del susseguirsi delle discipline di incentivazione, per la connotazione sostanzialmente contrattuale della relazione che si instaura fra potere pubblico e soggetto privato attraverso l'introduzione di un regime incentivante<sup>45</sup>. Non sarebbe dunque accettabile che lo Stato, assunte le sembianze del dispensatore di benefici a fronte del compimento, da parte degli operatori economici, di determinate attività produttive, se ne spogliasse all'improvviso senza tutelare le legittime aspettative di chi, nel volto assunto dal diritto premiale, aveva confidato a tal punto da svolgere atti di esercizio di iniziativa economica diretti ad ottenere gli incentivi promessi.

L'intervenire di modifiche sulla durata della vigenza, inizialmente fissata, di determinati regimi di incentivazione può dunque ledere legittime aspettative degli operatori economici su cui questi avevano fondato proprie decisioni di investimento e che quindi paiono da ritenersi, in quanto espressione di libertà di iniziativa economica, comunque meritevoli di qualche tutela.

La questione va correttamente inquadrata, nel caso in esame, a parere di chi scrive, non tanto sul rapporto fra le diverse fonti legislative che si susseguono nel disciplinare un determinato regime di sostegno, facendo leva sulla protezione costituzionale «rinforzata» rispetto all'abrogazione di cui godrebbero le leggi di incentivazione economica<sup>46</sup>. A tacer d'altro, tale prospettiva non pare comunque applicarsi alle fattispecie in esame perché la modifica dei regimi incentivanti, pur contemplata, nella sua necessità, dal legislatore, all'art. 24 del D.lgs. 28/2011, si è poi effettivamente esplicata in decreti ministeriali attuativi del dettato legislativo, ossia i Conti energia.

Si tratta di valutare piuttosto se sia ipotizzabile, nel caso del susseguirsi di modifiche incidenti sul passato, l'esistenza di un affidamento tutelabile degli operatori, ad esempio attraverso la previsione di un regime transitorio, anche al di fuori del caso specifico di applicazione retroattiva della nuova disciplina.

Tale ricerca può rivelarsi feconda se viene fondata su una duplice premessa concettuale. La prima è quella del progressivo riconoscimento, da parte anzitutto del giudice europeo e poi di quello costituzionale, dei principi del legittimo affidamento del cittadino e di certezza delle situazioni giuridiche quale valori autonomi ossia non ancorati ad una contestuale lesione di altri interessi costituzionali<sup>47</sup>.

L'autonomia di tali principi, infatti, li mette in grado di rappresentare, in quanto tali e non attraverso la ponderazione con altri valori costituzionali, limiti di legittimità rispetto ad interventi del legislatore diretti a disciplinare situazioni già consolidate non improntati al necessario rispetto del principio di ragionevolezza. Anche l'adozione di tale premessa, tuttavia, si rivela insufficiente, poiché anche la particolare pregnanza assunta da tali principi rispetto al susseguirsi di nuovi regimi incentivanti è ritenuta generalmente operante, per i giudici costituzionali, unicamente rispetto a situazioni già consolidate.

L'altra premessa necessaria, dunque, a cui la prima va necessariamente affiancata, è quella intrapresa dalla scienza costituzionalistica nell'avviare un ripensamento della nozione di retroattività della legge, ritenuta di significato sfuggente e di incerto fondamento giuridico,

<sup>45</sup> Secondo l'impostazione, già citata, di G. Guarino, *Sul regime costituzionale*, cit., spec. 132. A favore di un'impostazione in termini di ricerca di indici di esistenza di un affidamento tutelabile, in grado di invalidare la norma lesiva sopravvenuta si v. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, 34.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> In tal senso si v. Corte cost., 1 aprile 2010, n. 124, in Giur. Cost., 2010, 2, 1490, con nota di N. Rangone, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*.

ricavando comunque da tale principio legislativo - quale implicazione essenziale - «un imperativo di minimo impatto nel passato», in forza del quale, in relazione alle fattispecie pregresse, è la legge precedente a dover prevalere su quella nuova e non viceversa<sup>48</sup>.

A partire, dunque, dal concetto di «retrovalutazione» del passato operata dalla nuova disciplina, tale teoria offre una gamma delle possibili incidenze operate da questa su fattispecie pregresse, tutte considerate meritevoli di qualche tutela da parte dell'ordinamento. Si pensi a quella che lo studioso citato qualifica come «retrocontemplazione» ossia quando la legge elimina un beneficio incentivante previsto in precedenza, senza tutelare la posizione di chi ha già compiuto atti economici tali da integrare uno specifico aspetto della fattispecie normativa (ad es. ha richiesto un finanziamento bancario per ottenere il minimo di capitale richiesto).

Tale impostazione concettuale consente, pertanto, un'applicazione più ampia della tutela del legittimo affidamento del cittadino sulla certezza e stabilità di un certo regime di incentivazione, anche oltre il necessario rispetto di fattispecie già consolidate. Ne discende la possibilità - anzi la necessità - da parte del legislatore di evitare gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla nuova disciplina su aspettative ritenute comunque meritevoli di protezione attraverso l'introduzione di specifiche disposizioni transitorie destinate a chi ha già compiuto operazioni economiche che integrino qualche frammento della fattispecie normativa.

Al fine di rimediare agli eccessi di incentivazione verificatisi nel settore del fotovoltaico, infine, è intervenuto il Quinto Conto energia<sup>49</sup>, contenuto nel D.M. 5 luglio 2012; questo ha introdotto un potere di pianificazione dell'autorità politica che potrà determinare la massima capacità di generazione incentivabile per ciascuna tipologia di impianto e l'ammontare complessivo annuale degli incentivi, corrispondente a 6,7 miliardi di euro. L'erogazione di tariffe incentivanti sarà in parte riconosciuta con accesso diretto<sup>50</sup> e, in parte, ancora attraverso il meccanismo di iscrizione al Registro, mentre l'art. 24, comma 4, D.lgs. n. 28/2011 prevedeva, altresì, un sistema di aste al ribasso

Si tratta, in sostanza, di un sistema improntato ad una logica opposta a quella su cui era fondato il meccanismo dei certificati verdi laddove il legislatore fissava la capacità di generazione di energia rinnovabile da raggiungere e lasciava che il livello di incentivazione erogabile fosse definito dalle scelte degli operatori economici; in tal caso, infatti, la fissazione della soglia massima annua di incentivi erogabile è definita a priori dal legislatore.

Da un sistema d'incentivi improntato dunque, principalmente, a meccanismi di mercato, sia pure supportati e corretti, talora indebitamente, dall'intervento pubblico, si è passati al riconoscimento di

<sup>48</sup> In tal senso si v. M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 2089.

<sup>49</sup> Tale Conto è stato disciplinato dal d. m. 5 luglio 2012, divenuto operativo il 27 agosto 2012 «Attuazione dell'art. 25 del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici».

<sup>50</sup> L'accesso diretto alle tariffe incentivanti è riconosciuto, ai sensi dell'art. 3 del D.M. 5 luglio 2012: agli impianti fotovoltaici di potenza fino a 50 kW realizzati su edifici con moduli installati in sostituzione di coperture su cui è operata la completa rimozione dell'eternit o dell'amianto; impianti fotovoltaici di potenza non superiore a 12 kW, ivi inclusi gli impianti realizzati a seguito di rifacimento, nonché i potenziamenti che comportano un incremento della potenza dell'impianto non superiore a 12 kW; impianti fotovoltaici con caratteristiche innovative fino al raggiungimento di un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi di 50 ML di euro; impianti fotovoltaici a concentrazione fino al raggiungimento di un costo indicativo cumulato degli incentivi di 50 ML di euro; impianti fotovoltaici realizzati da amministrazioni pubbliche mediante procedure di evidenza pubblica, fino al raggiungimento di un costo indicativo cumulato degli incentivi di 50 ML di euro; impianti fotovoltaici di potenza superiore a 12 kW e non superiore a 20 kW, che richiedono una tariffa ridotta del 20% rispetto a quella spettante ai pari impianti iscritti al registro.

un potere di pianificazione centralizzata dell'autorità politica nella definizione dell'ammontare massimo d'incentivazione erogabile.

Inoltre, con il sistema delle aste al ribasso previsto dall'art. 24 del D.lgs. 28/2011, sicuramente il più innovativo, il GSE può indire una procedura cui possono partecipare imprese dotate di un'adeguata solidità finanziaria ed economica rispetto alle iniziative per cui chiedono l'accesso all'incentivo, a seguito di un'attestazione in tal senso rilasciata da un istituto bancario. Le offerte devono essere presentate con una riduzione percentuale rispetto al valore posto alla base dell'asta, corrispondente alla tariffa favorente base contemplata per l'ultimo scaglione di potenza nel momento di entrata in funzione dell'impianto. Queste saranno accettate ovviamente in ordine crescente di prezzo e la capacità di generazione sarà dunque assegnata ai soggetti disponibili a ricevere remunerazioni più basse.

Nello stesso tempo la tariffa incentivante minima riconosciuta non potrà essere sotto il 30% di quella posta alla base dell'asta. In tal modo non si permette ai partecipanti di offrire energia a prezzi inferiori ai propri costi; tale circostanza, infatti, potrebbe pregiudicare l'effettiva realizzazione d'investimenti per la capacità assegnata e quindi rallentare e non favorire il raggiungimento degli obiettivi europei.

Il ricorso all'asta presenta il beneficio di far emergere informazioni preziose circa i costi e i rendimenti delle varie fonti in relazione all'evoluzione della ricerca tecnologica e al mutare delle condizioni di contesto; l'adozione di tale meccanismo permette, quindi, di evitare eccessi d'incentivazione nonostante l'abbassamento dei costi d'investimento o la loro allocazione alle fonti economicamente più convenienti. Tale meccanismo concorrenziale per l'accesso agli incentivi, inoltre, può produrre una maggior disponibilità a investire nella ricerca e nello sviluppo tecnologico del settore.

La stessa Commissione europea, di recente<sup>51</sup>, ha sostenuto che «nel caso di regimi di aiuto, il meccanismo *standard* di concessione dovrebbe essere quello di una vera e propria messa in concorrenza delle offerte nell'ambito di gare, in modo da contribuire ad abbassare al minimo il livello di sostegno necessario e da evitare ogni sovraccompensazione, rendendo trasparenti i costi dell'energia ed evitando il sistema della tariffa unica di sostegno».

La loro efficienza, tuttavia, non è elevata in quanto, nel caso in cui l'accesso all'asta sia permesso solo agli impianti autorizzati, accade che alcuni di questi non ricevano l'incentivo pur avendo sostenuto i costi per avviare il procedimento autorizzatorio; nel caso, viceversa, l'accesso sia permesso anche agli impianti non autorizzati, sulla possibilità di ricevere l'incentivo grava l'incertezza circa l'ottenimento effettivo dell'autorizzazione<sup>52</sup>.

Tali limiti giustificano lo scarso successo delle aste nei Paesi, come la Francia, il Regno Unito e l'Irlanda, dove in realtà sono stati conseguiti elevati risultati nella promozione delle fonti rinnovabili.

Più di recente il d.l. «Destinazione Italia», emanato il 23 dicembre 2013, n. 145, ha introdotto uno strumento volontario, che può essere attivato dai singoli operatori di propria iniziativa per dilazionare nel tempo parte degli oneri economici per l'incentivazione dell'energia da fonti rinnovabili e valorizzare l'intera vita degli impianti. L'opzione per tale meccanismo conferisce il diritto a un aumento del periodo di erogazione dell'incentivo di sette anni a fronte di una riduzione immediata della sua entità per ciascun anno.

<sup>51</sup> V. la Comunicazione, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica*, cit., 11.

<sup>52</sup> Si v. *Le aste per l'incentivazione alle rinnovabili*, Studio Aper, 2012.

## 7. Le questioni irrisolte: l'individuazione del livello ottimale degli incentivi, la copertura dei costi del sostegno e la tutela dell'affidamento degli investitori

L'analisi svolta ha dimostrato, evidenziando gli elementi di criticità delle scelte politiche via via compiute dal legislatore nazionale, la necessità di un profondo riordino della disciplina sugli incentivi alle fonti rinnovabili. Si è messo in luce infatti che, in una prima fase, fra gli anni 2007 e 2011, tale disciplina ha puntato, nel settore del fotovoltaico, a un aumento della capacità di generazione attivabile per ottemperare agli obblighi europei senza porre alcun limite alla sua crescita o verificare le potenzialità offerte da altre fonti alternative di energia.

Gli elevati livelli d'incentivo si sono riflessi, a catena, sulla moltiplicazione di altre componenti del costo, inducendo chiunque fosse detentore di rendite di posizione (come, ad esempio, i proprietari dei terreni su cui sarebbero stati installati gli impianti) ad aumentarle in modo consistente<sup>53</sup>.

Si è permesso, pertanto, che fossero gli investitori a decidere la quantità di energia elettrica da fonte fotovoltaica da produrre e, di conseguenza, quale onere far gravare sui consumatori finali sulla base del loro consumo. Questo sistema, tuttavia, ha determinato un aumento della capacità di generazione attivabile ben superiore alle previsioni effettuate dallo stesso legislatore. L'incremento eccessivo ha provocato, inoltre, effetti distorsivi sulle dinamiche concorrenziali del mercato elettrico, come ha mostrato di recente anche il *Council of European Energy Regulators* («Ceer»)<sup>54</sup> e ha arrecato un significativo pregiudizio ai consumatori finali per l'aumento eccessivo delle tariffe dell'energia tradizionale<sup>55</sup>.

L'elevato grado d'incertezza normativa, insito nel susseguirsi di continui mutamenti dei regimi di sostegno, ha fatto inoltre correttamente presumere agli operatori economici che, in una fase successiva, sarebbero stati posti vincoli agli incentivi superiori all'abbassamento dei costi d'investimento e, quindi, che fosse più conveniente effettuare scelte immediate, ponendo di conseguenza sui consumatori finali oneri sociali elevatissimi<sup>56</sup>.

Attualmente, infatti, la copertura dei costi di sostegno grava unicamente sui consumatori finali di energia elettrica; non è politicamente proponibile, in effetti, porre tali costi a carico della collettività generale tramite il prelievo fiscale progressivo, dato il livello già elevatissimo d'imposizione fiscale, benché tale modalità di copertura dei costi risulti più equa (ad esempio, i nuclei familiari più numerosi caratterizzati da consumi elevati, ma, talora, da un basso reddito pro capite con l'attuale sistema sono stati costretti a sopportare costi assai significativi).

Negli ultimi anni si è assistito a una riduzione significativa delle tariffe incentivanti ma, anche in tal caso, si è avuto più di mira l'abbassamento dell'onere sociale gravante sui consumatori che la definizione di un livello d'incentivazione ottimale per ciascun impianto sulla base della maturità della tecnologia utilizzata e la conseguente diminuzione dei costi d'investimento.

<sup>53</sup> Devo tale osservazione a G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi*, cit., 86.

<sup>54</sup> Si v. *Ceer position paper on the European Commission's Communication «Making the internal energy market work»*, May 2013.

<sup>55</sup> Il prezzo del fotovoltaico, infatti, è in media di quasi 300 euro/MWh rispetto ad un prezzo all'ingrosso dell'energia elettrica che, in Italia, si aggira intorno ai 70 euro. Per una ricostruzione più analitica di tale profilo, si v. G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in G. Napolitano, A. Zoppini, cit., 79.

<sup>56</sup> Sull'incertezza normativa come fattore problematico in vista della promozione delle fonti rinnovabili si v. C. Ammanati, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. Quadr. Dir. amb.*, n. 3/2012, 2 ss.; in tal senso si v. anche G. F. Cartei, *Tutela dell'ambiente e mercato energetico europeo nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Dir. economia* 2013, n. 3.

Tali interventi normativi avrebbero dovuto essere preceduti, di volta in volta, da un'accurata analisi dei costi e benefici della nuova regolazione introdotta, in modo da evidenziare l'effettivo livello ottimale dell'incentivo da erogare<sup>57</sup>.

La scienza economica evidenzia, in una prospettiva teorica, la maggiore efficienza dei meccanismi d'incentivo affidati al mercato a definire questo livello, in quanto possono consentire la minimizzazione dei costi sopportabili, unita a una massimizzazione dei benefici conseguibili. Il ricorso a meccanismi di questo tipo poi, risulta il più coerente con la decisione fondamentale di sistema di liberalizzare il mercato della produzione e distribuzione dell'energia, intrapresa con la direttiva 96/92/CE e la sua progressiva integrazione a livello europeo.

Non è un caso che di recente la Commissione europea<sup>58</sup> abbia ritenuto più efficaci «i regimi basati su volumi necessari di produzione anziché su entrate garantite della produzione» poiché, nonostante elevino il livello di rischio degli investitori, possono «mettere in concorrenza tra loro le varie tecnologie e rendere i produttori più attenti ai segnali del mercato».

Tali meccanismi funzionano tuttavia in modo adeguato, com'è stato evidenziato, se supportati da una disciplina normativa che li contempla e definisce le finalità di tutela ambientale da conseguire. Il quadro normativo di supporto si rende necessario per la natura precettiva assunta dai vincoli posti dal legislatore europeo circa i quantitativi obbligatori da generare di energia da fonti rinnovabili destinati al consumo finale.

In tale logica tuttavia, l'intervento pubblico che regola il funzionamento di tali meccanismi non dovrebbe sostituirsi indebitamente a questi, annullando la capacità del mercato di offrire segnali appropriati agli operatori economici circa le decisioni più convenienti da assumere perché in tal caso sono pregiudicati i benefici stessi insiti nel ricorso a strumenti di mercato.

Come sostenuto di recente anche dalla Commissione<sup>59</sup>, tale intervento dev'essere sottoposto a un rigoroso test di proporzionalità che valuti la sua conformità all'obiettivo perseguito e la necessità della sua esplicazione per ottenerlo<sup>60</sup>. Seguendo la nota tassonomia utilizzata prima dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa tedesca e poi dalla Corte di giustizia, la necessarietà della misura introdotta, definita anche «la regola del mezzo più mite» (*Gebot des mildesten Mittels*) dovrebbe orientare l'intervento pubblico sulla scelta che comporta il minor sacrificio possibile della libertà d'iniziativa economica. In tale prospettiva la proporzionalità rappresenta un precipitato di un principio di natura pre-giuridica, quello di ragionevolezza, che impone all'amministrazione di porre in essere azioni logiche, coerenti e razionali per perseguire i propri obiettivi.

Tali meccanismi, inoltre, dovrebbero essere talmente flessibili da adeguare gradualmente l'intensità dell'incentivazione al progredire dell'evoluzione tecnologica e al mutamento delle condizioni di contesto in modo da evitarne gli eccessi o, viceversa, da determinarne la scarsità.

La disciplina degli incentivi, dunque, dovrebbe porre agli strumenti di mercato vincoli coerenti con quei principi di proporzionalità, di ragionevolezza e di parità di trattamento che, in base già alla giurisprudenza costituzionale<sup>61</sup> più risalente, devono necessariamente assistere i limiti all'esercizio della libertà d'iniziativa economica.

<sup>57</sup> Auspicava l'introduzione dell'analisi di impatto della regolazione nella disciplina sugli incentivi N. Rangone, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 2010, 1490.

<sup>58</sup> Si v. COM (2013), 7243 cit.

<sup>59</sup> Ibidem, cit. 11.

<sup>60</sup> Sul principio di proporzionalità dell'azione amministrativa si v. A. Sandulli, *La proporzionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D. Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011.

<sup>61</sup> Si v. sent. Corte cost., n. 38 dell'8 giugno 1960.

Il mutare nel tempo della disciplina sui regimi degli incentivi, infine, dovrebbe essere improntata ad assicurare la tutela del legittimo affidamento dei cittadini nella certezza del diritto che, come affermato in più occasioni dalla Corte costituzionale<sup>62</sup>, costituisce un presidio ineludibile della libertà d'iniziativa economica contemplata dall'art. 41 della Costituzione, a tutela del legittimo affidamento delle scelte degli operatori economici. Tale principio è diretto a garantire un quadro normativo chiaro e stabile, condizione essenziale per garantire il funzionamento ottimale di un'economia di mercato improntata sul calcolo razionale secondo quanto affermato da Max Weber: «ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina»<sup>63</sup>.

Non a caso gli stessi principi corrispondono ai criteri esplicitati sia dalla direttiva 28/2009, sia dalla disciplina domestica (art. 23 del d.lgs. n. 28/2011) in sede di recezione della disciplina europea sul riordino dei regimi di sostegno nazionali.

La stessa Commissione Europea, nella Comunicazione *Renewable Energy: a major player in the European Energy market* del giugno 2012, ha ribadito la necessità di dare continuità e stabilità al quadro politico e normativo poiché solo garantendo certezze agli investitori sarà possibile garantire uno sviluppo costante delle fonti rinnovabili e permettere la maturazione di tecnologie sempre più perfezionate. Al tempo stesso ha mostrato la necessità di meccanismi incentivanti il più possibile flessibili, ossia in grado di adattarsi al graduale abbassamento del costo delle tecnologie.

Si ritorni dunque a meccanismi di incentivazione fondati sul mercato, ma supportati da un intervento pubblico correttivo e basati su regole certe in grado di garantirne un funzionamento adeguato senza venir meno, tuttavia, al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e ai principi informatori del processo di liberalizzazione del mercato europeo dell'energia elettrica, principalmente quello della tutela dell'affidamento del cittadino nella certezza giuridica.

<sup>62</sup> Si v. sent. Corte cost. n. 302 del 22 ottobre 2010, n. 264 del 7 luglio 2005, n. 236 del 24 luglio 2009 e 206 del 9 luglio 2009.

<sup>63</sup> Si v. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen; trad. It., *Economia e società*, Milano, 1995. La citazione è ripresa anche da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 151.

**Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo  
affidamento del cittadino**  
di Monica Cocconi

**Abstract.** Lo scritto si interroga sui regimi di sostegno alle fonti rinnovabili introdotti in questi anni dal legislatore nazionale per adempiere agli obblighi europei di promozione di queste fonti di energia.

Dopo aver analizzato, nella prima parte e in generale, i pregi e i difetti del ricorso a meccanismi di mercato o a strumenti amministrativi al fine di sostenere la produzione di tali fonti di energia, ci si interroga sulla qualità e intensità dell'intervento pubblico destinato a supportare i meccanismi di mercato. Si suggeriscono, in tale prospettiva, i possibili correttivi da introdurre perché tale intervento non supplisca al funzionamento stesso del mercato annullando i segnali che questo trasmette ma si limiti, in coerenza con il principio di proporzionalità, a correggere i suoi stessi fallimenti, in modo che questo sia in grado di raggiungere il livello ottimale di incentivazione.

Ci si interroga, infine, sul susseguirsi di nuovi regimi di incentivazione che talora ha influito sulla durata, inizialmente prevista, di quelli già vigenti e sulla possibile lesione delle aspettative degli operatori economici, alla luce del principio del legittimo affidamento del cittadino.

**Parole chiave:** incentivi alle fonti rinnovabili, principio di proporzionalità, tutela della libertà di iniziativa economica, principio di affidamento del cittadino.

**Renewable energies support schemes and the principles of proportionality and fairness  
towards citizens**  
By Monica Cocconi

**Abstract.** This essay investigates the support schemes on renewable energies that have been introduced by the national legislator in order to meet the European objectives about the promotion of these sources of energy.

In the first part, the Author examines the virtues and weaknesses of the utilization of market instruments and administrative tools to enhance the production of renewable energies. Moreover, the essay questions the quality and the level of public support of market trends. The Author suggests the potential changes that could prevent public intervention from substituting and voiding the market flows and its signals; consistent with the principle of proportionality, public intervention should only correct market failures, in order to let the market reach the optimal level of incentive. In conclusion, the essay analyzes the new support schemes that sometimes has negatively affected the duration of those already existing, as well as the expectations of stakeholders, in contrast with the principle of fairness towards the citizens.

**Keywords:** Renewable energies support schemes, principle of proportionality, freedom of economic initiative, principle of fairness towards the citizen.