



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il Meccanismo “*a due vie*” al vaglio della Corte di Giustizia dell’Unione Europea

Maria Gabriella Laratta*

1 ottobre 2024

Abstract: Il contributo costituisce un commento all’ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 926 del 30 gennaio 2024 con cui il Consiglio di Stato ha sollevato profili di incompatibilità tra il sistema di incentivazione di cui al decreto ministeriale 4 luglio 2019 (Incentivazione dell’energia elettrica prodotta dagli impianti eolici on shore, solari fotovoltaici, idroelettrici e a gas residuati dei processi di depurazione) e la normativa europea in materia di promozione della diffusione dell’energia rinnovabile. Lo scritto si propone di esaminare, nello specifico, le singole questioni di compatibilità sollevate dal Consiglio di Stato del meccanismo di compensazione c.d. “*a due vie*” previsto dal decreto di che trattasi rispetto principi dettati dall’ordinamento europeo in materia di incentivazione alla produzione di energia da fonte rinnovabile.

The contribution is a commentary on preliminary ruling referral No. 926 of January 30, 2024, where the Council of State raised issues of incompatibility between the incentive system outlined in the ministerial decree of July 4, 2019 (Incentives for electricity produced by onshore wind, solar photovoltaic, hydroelectric, and gas residual from purification processes) and European regulations on the promotion of renewable energy. The paper aims to specifically examine the individual compatibility issues raised by the Council of State regarding the "two-way" compensation mechanism described in the mentioned decree in relation to the principles established by European regulations on incentives for renewable energy production.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La vicenda. – 3. Il meccanismo di compensazione c.d. “*a due vie*”. – 4. Le questioni oggetto di rinvio pregiudiziale. – 5. I sistemi di sostegno alla produzione di energia da fonte rinnovabile. - 6. Le leggi di incentivazione tra tutela del legittimo affidamento e l’instabilità normativa e amministrativa. - 7. Conclusioni

1. Premessa

Con ordinanza n. 926 del 30 gennaio 2024 il Consiglio di Stato ha promosso un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea paventando profili di

* Dottoranda in Diritto Amministrativo, Curriculum Amministrazione, mercato, giustizia penale, XXXVIII ciclo, presso l’Università di Pisa. Ricopre, inoltre, la qualifica di Funzionario Amministrativo presso la Città Metropolitana di Genova.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

incompatibilità tra il sistema di incentivazione di cui al Decreto Ministeriale 4 luglio 2019 (*Incentivazione dell'energia elettrica prodotta dagli impianti eolici on shore, solari fotovoltaici, idroelettrici e a gas residuati dei processi di depurazione*) e la normativa europea in materia di promozione della diffusione dell'energia rinnovabile. L'ordinanza *de qua* è degna di nota in quanto solleva profili di incompatibilità tra il meccanismo di incentivazione alla diffusione della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile, c.d. "a due vie", e la relativa normativa europea finora timidamente affrontati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria.¹

2. La vicenda

La società appellante è titolare di un impianto fotovoltaico ammesso alle tariffe incentivanti di cui al già menzionato decreto 4 luglio 2019 stipulando per l'effetto il contratto per il riconoscimento di tali incentivi con il GSE S.p.a. Dinanzi al TAR, la società aveva censurato il provvedimento di ammissione e il contratto nella parte in cui si prevedeva che, nel caso in cui il valore dell'incentivo, ottenuto come differenza tra la tariffa spettante e il prezzo zonale orario, risultasse negativo, il GSE S.p.a. (Gestore dei servizi energetici) avrebbe provveduto a richiedere la restituzione di tale differenza, sostenendo che il meccanismo non garantisce l'equa remunerazione dei costi; viola i principi di concorrenza sostanziosi nell'imposizione di un ricavo; contrasta con l'obiettivo di garantire condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per le imprese che investono in energia rinnovabili; lede il diritto di proprietà e il legittimo affidamento nella conservazione di un "bene" ex articolo 1 del Prot. 1 alla CEDU.

Il giudice amministrativo di primo grado ha respinto il ricorso; pertanto, la società ha proposto appello, sostenendo che lo stesso non abbia considerato che, in caso di aumenti del prezzo dell'energia, il meccanismo comporta l'azzeramento dell'incentivo, precludendo la remunerazione dei costi d'investimento e di esercizio, in contrasto con la logica della normativa, interna ed euro unitaria, di porre l'imprenditore che abbia investito al riparo dall'aleatorietà del prezzo di mercato dell'energia assicurandogli un'entrata fissa.

¹ Il giudice del rinvio ricorda che dinanzi alla Corte di Giustizia è pendente un'altra analoga questione pregiudiziale, sollevata con ordinanza n. 7673 dell'8 agosto 2023. Si tratta della causa C- 514/23, *Tiberis Holding*, con la quale si è posto il seguente quesito: "dica la Corte di giustizia se i principi recati dagli articoli 3 della Direttiva 2009/28/CE 1 e 4 della direttiva 2018/2001/UE 2 ostano o non ostano a una normativa interna che nell'ambito di un regime nazionale di incentivi prevede, con riferimento a fattispecie in cui i produttori vendono l'energia sul libero mercato, una tariffa incentivante che garantisce un prezzo minimo, che è al contempo anche un prezzo massimo, in virtù di un meccanismo di conguaglio – restituzione delle somme eccedenti il valore dell'incentivo qualora il prezzo di mercato sia superiore a quest'ultimo (cosiddetto incentivo negativo) applicandosi inoltre il meccanismo di conguaglio soltanto laddove il produttore che vende l'energia sul libero mercato acceda all'incentivo mediante iscrizione al pertinente registro e non anche laddove vi acceda mediante partecipazione a una procedura di asta".



3. Il meccanismo di compensazione C.D. "a due vie"

Oggetto di rinvio pregiudiziale della Seconda Sezione del Consiglio di Stato è lo specifico meccanismo detto "a due vie" di cui all'articolo 7 comma 7 del decreto, il quale prevede, con riferimento a fattispecie in cui i produttori vendono l'energia sul libero mercato, un meccanismo incentivante in forza del quale, rispetto ai soli impianti di nuova costruzione di potenza pari o superiore a 250 kW, l'incentivo è calcolato come differenza tra la tariffa spettante all'impresa² e il prezzo zonale orario, con conseguente obbligo di riversare le somme eccedenti il valore della tariffa spettante quando il prezzo zonale orario sia a essa superiore (c.d. "incentivo negativo").

In altre parole, è prevista la possibilità per il GSE di richiedere al soggetto responsabile la restituzione della differenza dell'incentivo, laddove questa differenza, calcolata tra la tariffa e il prezzo zonale orario di mercato, sia negativa.

Il decreto ministeriale prevede anche il meccanismo incentivante rappresentato dal ritiro dell'energia elettrica prodotta da parte del GSE, il quale eroga all'operatore la tariffa a questi spettante.

Mentre gli impianti di potenza non superiore a 250 kW possono optare tra uno dei due meccanismi, quelli di potenza pari o superiore, come quello dell'appellante, possono accedere al solo incentivo³.

Il c.d. meccanismo a due vie è alla base anche di recenti interventi normativi finalizzati a intercettare i supposti "extraprofitti" energetici.

Il riferimento è all'articolo 15 bis del d.l. n. 4/2022, convertito con legge n. 25 del 28 marzo 2022, c.d. "Decreto sostegni Ter". La norma rubricata "Ulteriori interventi sull'elettricità prodotta da impianti a fonti rinnovabili" dispone che, a decorrere dal 1° febbraio 2022 e fino al 31 dicembre 2022, termine poi prorogato al 30 giugno 2023, è applicato un meccanismo di "compensazione a due vie", sul prezzo dell'energia elettrica immessa in rete da due tipologie di impianti. Il meccanismo prevede un prezzo di riferimento dell'energia che rappresenterà l'equa remunerazione del prezzo dell'energia, il c.d. *prezzo equo* o *prezzo di riferimento*. Tale "*prezzo equo*" o "*prezzo di riferimento*" viene stabilito dallo stesso Decreto Sostegni Ter a seconda della localizzazione geografica dell'impianto, e se il prezzo di mercato eccede tale soglia la differenza è considerata un "*extra profitto*" e va versata, dunque, al GSE.

Altra norma che ha introdotto un meccanismo di compensazione a due vie è l'articolo 16 bis del D.L. n. 17 del 1° marzo 2022, convertito con legge 34 del 27 aprile 2022. La disposizione disciplina il meccanismo di incentivazione meglio conosciuto come "*energy*

² La tariffa è determinata tenendo conto, da un lato, delle tariffe di riferimento previste per ciascuna tipologia d'impianto e d'intervento, dalla normativa applicabile e, dall'altro, delle riduzioni offerte al ribasso dall'operatore nell'ambito delle procedure di asta o registro, nonché delle ulteriori decurtazioni previste in via generale dalla normativa interna.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

release”, volto a garantire la piena integrazione e remunerazione di medio termine degli investimenti in fonti rinnovabili nel mercato elettrico.

In attuazione del comma 3 del medesimo articolo 16 bis, il prezzo di vendita offerto dal GSE e le modalità con le quali il GSE può cedere l'energia nella sua disponibilità derivante da impianti a fonte rinnovabile sono stati definitivi dal MITE con il D.M. n. 341 del 16 settembre 2022. In particolare, il decreto attuativo di cui sopra è intervenuto allo scopo di ridurre in maniera urgente ed efficace il prezzo dell'energia, il quale ha registrato incrementi significanti per effetto del protrarsi del conflitto russo-ucraino.

Come si legge nello stesso decreto, l'intervento normativo *de quo* si è reso necessario: “in considerazione della grave difficoltà incontrata dal sistema delle imprese dovuta al caro energia e delle possibili conseguenze anche in termini sociali ed occupazionali”.

Per tali ragioni, mediante il già menzionato decreto è stato introdotto un *price cap* al prezzo dell'energia ceduta dal GSE, stabilendo che “il prezzo dell'offerta di cessione da parte del GSE è pari a 210 €/MWh” (fermi restando possibili successivi adeguamenti ai sensi del medesimo decreto).

I contratti di cessione stipulati dal GSE con i soggetti assegnatari a seguito della procedura gestita dal Gestore dei Mercati Energetici rientrano nella tipologia dei cd. contratti “a due vie” e regolano la differenza tra il prezzo di allocazione dell'energia nella disponibilità del GSE offerta in cessione (i.e. 210 €/MWh) e il prezzo medio mensile di vendita sul mercato organizzato dell'energia elettrica regolato dal GME.

In sintesi, il Decreto Energy release ha previsto che il GSE sottoscriva dei contratti di cessione dell'energia da fonti rinnovabili per differenze a due vie con le imprese energivore ad un prezzo pari alla differenza tra il prezzo amministrato definito dallo stesso decreto e il prezzo medio mensile di vendita sul mercato organizzato dell'energia elettrica. Tale differenza, se negativa (i.e. price cap inferiore al prezzo di mercato), sarà erogata dal GSE alla controparte del contratto di cessione di energia. Qualora, invece, il *price cap* risulti più elevato del prezzo di mercato dell'energia, sarà il soggetto acquirente a dover corrispondere la differenza al GSE.

4. Le questioni oggetto di rinvio pregiudiziale

L'ordinanza in commento mette in discussione la legittimità del meccanismo “a due vie”, sopra descritto, rispetto al diritto dell'Unione Europea.

Il dubbio sulla compatibilità tra il diritto nazionale e le direttive discende da tre considerazioni: alla luce del diritto dell'Unione Europea, il meccanismo incentivante dovrebbe agevolare la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili, favorendo l'investimento nella realizzazione di nuovi impianti o nel potenziamento di quelli esistenti, mediante un contributo pubblico a sostegno dei relativi costi, mentre l'incentivo negativo configurato dall'articolo 7 comma 7, comporta che, nel caso in cui il prezzo zonale orario dell'energia aumenti, le imprese, pur avendo effettuato degli



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

investimenti, non ottengono alcuna sovvenzione che ne riduca il costo, anzi debbano riversare al GSE parte degli introiti derivati dalla vendita sul mercato dell'energia prodotta, con la conseguenza che queste potrebbero essere indotte ad abbandonare l'incentivo.

Inoltre, l'incentivo negativo non può considerarsi una contropartita della garanzia di una tariffa costante, considerato che l'impresa vende l'energia sul mercato, soggiace alle sue dinamiche ed è esposta ai relativi rischi; dunque, l'obbligo di versare la differenza tra il prezzo zonale e la tariffa spettante al singolo operatore potrebbe pregiudicarne la capacità di reazione alle dinamiche del mercato.

Infine, la tariffa "a due vie", la quale può tradursi nell'applicazione dell'incentivo negativo, è imposta quale unico meccanismo incentivante per tutti gli impianti di potenza pari o superiore a 250 KW, mentre i titolari di impianti inferiore possono optare per il diverso regime che prevede il ritiro dell'energia da parte del GSE con corresponsione della tariffa spettante a loro favore.

Viene paventata, dunque, la violazione dell'articolo 3 della direttiva 2009/28 CE e dell'articolo 4 della Direttiva 2018/2001, nella parte in cui prevedono che i sistemi di sostegno alla diffusione di energia elettrica da fonti rinnovabili nel mercato dell'energia elettrica si basino su principi di non discriminazione e criteri di mercato, evitando inutili distorsioni dei mercati dell'energia elettrica.

5. I sistemi di sostegno alla produzione di energia da fonte rinnovabile

Il decreto ministeriale 4/2019, cosiddetto decreto FER 1, si colloca tra la rete di interventi normativi susseguitesi nel corso del tempo finalizzati alla massima diffusione dell'energie rinnovabili e al loro utilizzo nei processi produttivi.

Il principio della massima diffusione delle fonti rinnovabili⁴ è alla base delle scelte politiche messe in atto dal legislatore europeo il cui fine ultimo è raggiungere entro il 2030 la quota di produzione di energia da fonti rinnovabili in misura pari ad almeno il 42,5%, nel consumo finale di energia, con l'obiettivo di raggiungere il 45%.⁵

Lo sfruttamento delle fonti di energia rinnovabile rappresenta, dunque, un tassello fondamentale e decisivo della transizione ecologica e assume una dimensione multifunzionale. L'energia rinnovabile dovrà arrecare non soltanto benefici nella prospettiva più strettamente ecologica, sul profilo della "decarbonizzazione" finalizzata

⁴ Sul principio della massima diffusione dell'energia da fonti rinnovabili si veda A. DICAGNO, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico in AmbienteDiritto*, 4/2022.

⁵ Gli obiettivi sono stati aggiornati in questi termini dalla nuova Direttiva 2023/2413, sulla promozione dell'energia da fonti rinnovabile, entrata in vigore il 20 novembre 2023. Per una disamina della nuova direttiva si veda A. MURATORI, *Più spazio alle fonti rinnovabili con la nuova direttiva 2023/2413/UE*, in *Ambiente&Sviluppo*, 12/2023 pp. 725 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

all'azzeramento delle emissioni di gas serra dell'uso dei combustibili fossili, ma anche sul fronte economico sociale.

I sistemi di sostegno costituiscono meccanismi riconducibili alla previsione di un beneficio diretto a stimolare il compimento di un'attività produttiva che, altrimenti, non sarebbe economicamente conveniente per il soggetto privato, tanto da collegarne l'attribuzione al suo effettivo svolgimento.⁶

La necessità di sostenere la produzione di energia rinnovabile trova la base giuridica nell'articolo 194 TFUE⁷ e si collega al fine ultimo di "preservare e migliorare l'ambiente."⁸

L'esigenza di azioni comuni e di lungo termine definisce, come opportunamente osservato, il fenomeno climatico come un problema giuridico universale da governare con gli strumenti del diritto pubblico, gli unici in grado di superare, in nome di un interesse superiore, i numerosi interessi individuali potenzialmente in conflitto e di poter investire in politiche di lungo termine.⁹

La scienza economica distingue tra meccanismi fondati sulla quantità, come lo scambio di certificati verdi¹⁰, rappresentativi di quantitativi di produzione,¹¹ 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.¹²

È stato sottolineato che 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 membri dalla direttiva europea 28/2009. Tale valutazione, tuttavia, risulta difficoltosa¹³ per il fatto che i benefici all'ambiente generati alle fonti rinnovabili sono incommensurabili in una

⁶ R. MICCÙ, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, Torino, 2020, in particolare da pagina 93 ss.

⁷ Per una ricostruzione si rimanda a F. Donati, *Il Green Deal e la governance europea: l'espansione del ruolo di coordinamento della commissione e il ruolo degli stati membri*, in *L'attuazione dell'European Green Deal*, E. Bruti Liberati, M. De FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), Milano, Wolters Kluwer, 2022, pp. 43 ss.

⁸ L. Ammannati, *La transizione energetica nell'Unione Europea il nuovo modello di Governace*, in *Introduzione allo studio del diritto dell'Energia Questioni e prospettive* (a cura di) G. DE MAIO, 2019, pp. 11 ss.

⁹ B. TONOLETTI, *Il cambiamento climatico come problema di diritto pubblico universale* in *Riv. giur. amb.*, 2021,

¹⁰ Si veda V. COLCELLI, *La natura giuridica dei certificati verdi*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2/2012, pp. 179 ss.

¹¹ Si veda M. Allena, *I mercati artificiali dei certificati verdi e bianchi*, in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *Climate change: la risposta del diritto*, pp. 207 ss.

¹² Si veda, A. GRATANI, *L'UE favorisce la proliferazione dei certificati energetici "multicolori" diversamente regolamentati*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 6/2014.

¹³ Sulla difficoltà di quantificazione dei benefici e dei costi insiti nella generazione di energia rinnovabile si veda 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.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

prospettiva unicamente economica¹⁴ poiché non ricadono solo sulla generazione attuale, ma, soprattutto, sul soddisfacimento dei diritti delle generazioni future.¹⁵

I sostegni di incentivazione sono stati considerati, fin dalla prime misure adottate fondamentali; tuttavia, il ricorso a tali strumenti è concepito dalla disciplina europea, da un lato, 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 altre, senza il sostegno di regimi d'incentivazione. Tale riduzione dovrebbe permettere il traguardo della c.d. *grid parity* ovvero l'equiparazione fra i costi sostenuti per l'installazione d'impianti di energia rinnovabili rispetto ad altri sistemi di generazione di elettricità.

Non appare causale che la scienza giuridica, proprio in considerazione del carattere normalmente derogatorio delle discipline d'incentivazione¹⁶ 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'articolo 41 della Costituzione.¹⁷

¹⁴ Sui benefici e gli svantaggi del ricorso a strumenti di mercato per conseguire finalità ambientali, di veda M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell'Ambiente*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 181 ss.; M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto Pubblico*, 2007, pp. 219 ss.

¹⁵ Così M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Amministrazione in Cammino*, 2014. L'autrice spiega che 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 autori 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.

¹⁶ Per la nozione giuridica di incentivazione si veda G. GUARINO, *Sul sistema costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962.

¹⁷ Lo ricorda E. TRAINA, *Incentivi alla produzione di energie rinnovabili, poteri amministrativi e legittimo affidamento nella giurisprudenza*, in *Federalismi.it*, 13/2023.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Già la prima direttiva 2001/77/CE¹⁸ sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità¹⁹, con la quale l'Unione Europea, a seguito degli impegni alla riduzione delle emissioni inquinanti previste in ambito internazionale dal Protocollo di Kyoto²⁰, adottato nel 1997, nel definire il quadro comune per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili, devolveva agli Stati membri l'adozione di misure appropriate finalizzate a promuovere l'aumento del consumo di elettricità prodotta da fonti energetiche rinnovabili. Allo stesso tempo prescriveva che le misure dovevano essere proporzionate all'obiettivo e prevedeva che la Commissione valutasse "l'applicazione dei meccanismi utilizzati negli Stati membri attraverso i quali un produttore di elettricità, in base a una normativa emanata da autorità pubbliche, percepisce, direttamente o indirettamente, un sostegno e che potrebbero avere un effetto restrittivo sugli scambi, tenendo conto che essi contribuiscono a perseguire gli obiettivi stabiliti negli articoli 6 e 174 del trattato". La direttiva 2001/77/CE rappresenta la prima fonte normativa organica in materia di energie rinnovabili.²¹ In questa sede è sufficiente ricordare che, tra le varie conferenze delle Parti (COP), tenutesi dopo la stipula del Protocollo di Kyoto, la più importante è rappresentata dall'Accordo sul clima siglato a

¹⁸ Come sottolinea L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, in R. MICCÙ (a cura di) *Multilevel Regulation and Government in Energy Market*, Jovene, Napoli, 2016, p. 107 ss., la direttiva 2001/77/CE dedicava particolare attenzione alla riduzione e semplificazione degli oneri normativi e amministrativi, le c.d. *non-cost barriers*. La direttiva, all'articolo 6, par. 1, chiedeva agli Stati membri di rivedere il proprio quadro normativo in materia di energia da fonti rinnovabili, per attuare la riduzione degli ostacoli normativi e promuovere la razionalizzazione e l'accelerazione delle procedure amministrative.

¹⁹ Le direttive di prima generazione comprendono sia la Direttiva 96/92/CE "recante norme comuni per il mercato dell'energia elettrica", sia la Direttiva 98/30/CE "relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale", in quanto contemporaneamente alle vicende del settore elettrico anche nel mercato del gas si è dato avvio ad un processo analogo.

²⁰ Sull'argomento, tra i tanti, L. MASSAI, *L'applicazione del Protocollo di Kyoto e il dibattito sulla fase post-Kyoto*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2006, pp. 769 ss. V.S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Parigi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/2016.

²¹ In questa sede è sufficiente ricordare che la direttiva ha introdotto, all'articolo 12, il regime autorizzatorio unico per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili. La disposizione *de qua* ha introdotto un modello unico e semplificato di procedura, tramite l'istituto dell'autorizzazione unica preceduta da una conferenza di servizi ai sensi della legge generale sul procedimento amministrativo (L. n. 241/1990). B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, in *L'attuazione dell'European Green Deal*, E. Bruti Liberati, M. De FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), Milano, Wolters Kluwer, 2022, pp. 90 ss. Sul tema si vedano G. PIZZANELLI, *Buona amministrazione e regime delle energie rinnovabili. Complessità, nodi, cause e rimedi*, Pisa University press, 2023; S. Spuntarelli, *Le energie rinnovabili per la Transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Diritto amministrativo*, 1/2023, pp. 69- 95; A. MARZANATI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 5/2012, pp. 499 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Parigi nell'ambito della COP- 21 del 2015²², in quanto segna una tappa fondamentale dell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente.²³

L'Accordo di Parigi sul clima del dicembre 2015, firmato da 195 paesi, ricchi e poveri, costituisce una svolta epocale nella lotta contro il riscaldamento del pianeta. Prima del Patto di Parigi in quanto la realtà dei cambiamenti climatici, e la necessità di interventi urgenti per limitarne le conseguenze, hanno costituito oggetto di precedenti accordi internazionali, con meno adesioni e obiettivi meno ambiziosi, come l'Accordo di Rio de Janeiro del 1995 e il Protocollo di Kyoto del 1997, firmato da 35 paesi industrializzati ad eccezione degli Stati Uniti.²⁴

La direttiva²⁵ comunitaria 2001/77/CE è stata recepita con l'approvazione del Decreto legislativo 387 del 2003, che ha introdotto il meccanismo del Conto Energia. Il sistema del Conto Energia è una modalità di finanziamento in conto esercizio della produzione

²² Si veda S NESPOR., *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1/2016 pp. 81-121.

²³ In questo senso, F. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica neutralità climatica. Profili di governance; efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1/2022. Sull'argomento, si richiamo, tra i tanti, M. Montini, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2017, pp 719 ss. L'autore distingue tre fasi anteriori all'Accordo di Parigi. La prima fase corrisponde al periodo 1990-1995, nell'ambito del quale si svolsero i negoziati che portarono alla firma della Convezione-quadro sui cambiamenti climatici in occasione della Conferenza di Rio su ambiente e sviluppo del 1992 e successivamente all'entrata in vigore della medesima Convezione nel 1995. La seconda fase corrisponde al periodo 1995-2005, durante il quale si svolsero i negoziati finalizzati alla conclusione del Protocollo di Kyoto, ossia un accordo internazionale di attuazione degli obiettivi della Convezione – quadro che contenesse obblighi vincolanti di riduzione delle emissioni di anidride carbonica a carico dei Paesi più industrializzati del mondo, di cui all'allegato I della Convezione stessa, poi confluito nell'Allegato B del Protocollo B del Protocollo di Kyoto. La terza fase corrisponde, infine, al periodo 2005-2015: essa ha avuto avvio all'indomani dell'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto e ha visto un lungo processo negoziale volto alla definizione di un'architettura più flessibile finalizzata a promuovere e sostenere la cooperazione internazionale in materia di cambiamenti climatici nei prossimi decenni. Con l'entrata in vigore dell'Accordo di Parigi, avvenuta nel novembre 2016, ha preso avvio una nuova fase (dunque la quarta) del processo evolutivo della normativa internazionale in materia di cambiamenti climatici. L. Aristei, *L'Accordo di Parigi: obiettivi e disciplina*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'Ambiente*, 2017. G. De MAIO, *Cambiamento climatico ed energia rinnovabile decentrata: il ruolo dei governi locali*, in *Federalismi.it*, 8/2019.

²⁴ R. BIANCHI, *I finanziamenti europei per il clima dopo il Patto di Parigi*, in *Ambiente & sviluppo* 5/2016, pp. 349 ss.

²⁵ Con l'obiettivo dell'incentivazione dell'accesso dell'energia prodotta da fonti rinnovabili alle reti di trasporto e di distribuzione nel mercato interno dell'elettricità, la direttiva prescriveva che gli Stati membri instaurassero un quadro giuridico, o, in alternativa, obbligassero gli operatori del settore a realizzare dei sistemi di garanzia del trasporto e della distribuzione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili. In ogni Stato dovevano, inoltre, essere definitivi e pubblicati standards relativi all'assunzione dei costi di adeguamento tecnico necessari alla connessione alla rete elettrica di nuovi produttori di energia rinnovabile. I Paesi membri erano tenuti a garantire regole standardizzate sulla ripartizione dei costi di installazione dei sistemi di trasporto e di distribuzione e di miglioramento delle reti e tra tutti i produttori che intendessero allacciarsi alle reti una previsione dettagliata dei costi di connessione. Gli Stati membri erano tenuti a vigilare affinché la ripartizione delle spese e dei costi di trasporto e di distribuzione non provocasse discriminazioni nei confronti dei produttori di energie rinnovabili.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

elettrica, diventato operativo con l'entrata in vigore dei Decreti interministeriali del 28/07/2005 e del 06/02/2006, che costituisce il I Conto Energia.²⁶

Successivamente è stata adottata la Direttiva 2009/28 CE, la quale, abrogando la direttiva 2001/77 CE, ha recepito il c.d. Pacchetto 20-20-20²⁷ fissato dalle politiche dell'UE in materia di energia e clima, in base al quale l'Unione Europea ha fissato per il 2020 l'obiettivo di conseguire un aumento del 20% dell'efficienza energetica, di garantire una riduzione del 20% delle emissioni di gas serra e di coprire il 20% della domanda di energia dell'Unione europea attraverso il ricorso a fonti rinnovabili.

²⁶Con il Decreto ministeriale 19 febbraio 2007 è stato introdotto il II Conto Energia, con il quale sono state introdotte alcune novità come l'applicazione della tariffa incentivante su tutta l'energia prodotta dall'impianto, la semplificazione delle regole di accesso alle tariffe incentivanti e la differenziazione delle tariffe anche in funzione del tipo di integrazione architettonica e della taglia dell'impianto. È stato inoltre previsto un premio per impianti fotovoltaici abbinati all'uso efficiente dell'energia. Nel 2010, con il Decreto Ministeriale del 06 agosto 2010 è entrato in vigore il III Conto Energia, applicabile agli impianti entrati in esercizio a partire dal 1° gennaio 2011 e fino al 31 maggio 2011, che ha introdotto specifiche tariffe per impianti fotovoltaici integrati con caratteristiche innovative e impianti fotovoltaici a concentrazione. Con la Legge n. 129/2010 (cosiddetta "legge salva Alcoa") sono poi state confermate le tariffe dell'anno 2010 del II Conto Energia a tutti gli impianti in grado di certificare la conclusione dei lavori entro il 31 dicembre 2010 e di entrare in esercizio entro il 30 giugno 2011. Dopo l'emanazione del D.lgs. 28/2011 è stato pubblicato il D.M. 05/05/2011 (IV° Conto Energia) che ha definito il meccanismo di incentivazione riguardante gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 maggio 2011 con l'obiettivo di allineare il livello delle tariffe all'evoluzione dei costi della tecnologia fotovoltaica e di introdurre un limite di costo cumulato annuo degli incentivi, fissato in 6 miliardi di euro. Con l'avvicinarsi del limite di costo individuato dal IV° Conto Energia è stato pubblicato il D.M. 05/07/2012 (quinto Conto Energia) che ha confermato in parte le disposizioni previste dal D.M. 05/05/2011 e ha fissato il costo cumulato degli incentivi pari a 6,7 miliardi di euro. Le disposizioni di incentivazione del Conto Energia non sono state più applicate dal 6 luglio 2013 dopo il raggiungimento del tetto di 6,7 miliardi di euro. Per una disamina dei vari Conti energia si veda A. Marzanati, Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili, in Rivista giuridica dell'Ambiente, 5/2012, pag. 499 ss.

²⁷ Si tratta dell'insieme delle misure pensate dalla UE per il periodo successivo al termine del Protocollo di Kyoto, il trattato realizzato per il contrasto al cambiamento climatico. Il "pacchetto", contenuto nella Direttiva 2009/29/CE, è entrato in vigore nel giugno 2009 e sarà valido dal gennaio 2013 fino al 2020. Il Pacchetto 20-20-20, lo si ricorda, si è sostanziato nell'adozione di due direttive: la Direttiva 2009/29/CE (recepita con il D.lgs. n. 30/2013) e la Direttiva 2009/28/CE (recepita con il D.lgs. n. 28/2011); alle due menzionate direttive del 2009, nel solco della cornice normativa tracciata dal «Pacchetto 20-20-20», ha poi fatto seguito la Direttiva 2012/27/UE, la quale, nella consapevolezza che l'efficienza energetica «migliora la sicurezza di approvvigionamento dell'Unione, riducendo il consumo di energia primaria e diminuendo le importazioni di energia», è stata adottata in ragione del fatto che «l'obiettivo di efficienza energetica dell'Unione non è in via di realizzazione e che sono necessari interventi decisi per cogliere le notevoli possibilità di risparmio energetico nei settori dell'edilizia, dei trasporti, nei prodotti e dei processi di produzione. Trattasi di otto provvedimenti, improntati, appunto, alla logica integrata energia-clima, che incidono profondamente nel settore energetico nel suo complesso: il Regolamento UE n. 2018/1999 sulla governance dell'Unione dell'energia, la Direttiva UE 2018/2002 sull'efficienza energetica, la Direttiva UE 2018/2001 sulla promozione delle energie rinnovabili (c.d. Red II), la Direttiva n. 2018/844/UE sulle prestazioni energetiche nell'edilizia, il Regolamento n. 2019/943/UE sul mercato interno dell'energia elettrica, la Direttiva n. 2019/944/UE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, il Regolamento n. 2019/941/UE sulla preparazione ai rischi nel settore dell'energia elettrica e il Regolamento n. 2019/942/UE sull'istituzione di una Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione tra i regolatori nazionali dell'energia (ACER).



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La Direttiva, nella definizione del quadro normativo volto a favorire la promozione delle energie rinnovabili, prende atto delle differenti situazioni di partenza degli Stati membri e del fatto che le possibilità di sviluppo delle energie rinnovabili ed il mix energetico variano da uno Stato membro all'altro. A tal proposito, essa ha provveduto a tradurre l'obiettivo complessivo comunitario del 2020 in obiettivi specifici per ogni Stato Membro, procedendo ad un'allocazione adeguata che tenga conto della diversa situazione di partenza e delle possibilità degli Stati membri, ivi compreso il livello attuale dell'energia da fonti rinnovabili e il mix energetico. A questo scopo la direttiva ha previsto che la ripartizione tra gli Stati membri dell'obiettivo relativo alla copertura della energia ricorrendo a fonti rinnovabili sia effettuata sulla base di un aumento uguale della quota di ogni Stato membro ponderato in funzione del PIL, modulato in modo da tenere conto della loro situazione di partenza, ed effettuando i calcoli in termini di consumo finale lordo di energia, tenuto conto dell'impegno precedente profuso dagli Stati membri in merito all'uso da fonti rinnovabili.²⁸

La Direttiva, come si evince dal Considerando n. 25 della stessa, rimette agli Stati membri la definizione dei meccanismi di incentivazione²⁹ che rimangono liberi di scegliere i meccanismi di incentivazione nazionale. La disciplina europea si limita a favorire il sostegno transfrontaliero, senza interferire sull'autonomia degli Stati e quindi nella scelta dei regimi di sostegno nazionali.³⁰ Tali interventi pubblici devono correggere le debolezze del mercato supportandolo, utilizzando i suoi stessi segnali: per questo devono essere posti sempre all'insegna delle regole della concorrenza e della *par condicio* fra gli operatori economici al fine di generare distorsioni irragionevoli che portino il mercato a non elaborare parametri autonomi.³¹

Questo ha dato luogo a quella serie di politiche di incentivazione³² di cui il Decreto ministeriale del 4 luglio 2019 ne costituisce una diretta applicazione.

²⁸ In piena attuazione del principio di sussidiarietà, la Direttiva fissa, le modalità per raggiungere i predetti obiettivi, prestando attenzione ai profili relativi alle procedure amministrative (che devono essere certe e proporzionate alle dimensioni dei progetti, snelle, non discriminatorie, semplificate e trasparenti), alla pianificazione urbanistica e al governo dell'edilizia (la cui regolamentazione è chiamata a promuovere l'impiego delle fonti rinnovabili, il risparmio e l'efficienza energetica), all'informazione e alla formazione (considerate componenti fondamentali per la diffusione della cultura e dell'impiego dell'energia rinnovabile), nonché alle problematiche relative alle garanzie di origine e all'accesso alla rete.

²⁹ Sul tema si veda B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009.

³⁰ Riguardo ai meccanismi di cooperazione fra gli Stati membri contemplati dalla direttiva 2009/28/CE si veda M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia. Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale*, Milano, Franco Angeli, Collana di studi pubblicistici diretta da Aldo Sandulli e Roberto Bin, 2014.

³¹ R. Miccù, *Lineamenti di diritto europeo dell'energia. Nuovi paradigmi di regolazione e governo multilivello*, cit.

³² C. SCARPA, *Le politiche di incentivazione*, in *L'attuazione dell'European Green Deal*, E. BRUTI LIBERATI, M. De FOCATIIS, A. TRAVI (a cura di), Milano, Wolters Kluwer, 2022, pp. 69 ss., in cui l'autore fornisce una prospettiva prettamente economica della nuova politica energetica europea.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il legislatore italiano ha recepito la direttiva in questione con il D.lgs. n. 28/2011, che ha parzialmente modificato il D.lgs. n. 387/2003, il quale ha introdotto un regime abilitativo semplificato calibrato in funzione della potenza degli impianti alimentati da energie rinnovabili e la riduzione dei termini del procedimento autorizzatorio unico introdotto dal D.lgs. n. 387/2003.

Meritano di essere menzionati due sistemi introdotti per conseguire gli obiettivi del pacchetto 20-20-20, il quale costituiscono una pietra miliare nella politica europea di contrasto ai cambiamenti climatici che riguarda le industrie europee a più alta intensità energetica produttrici di gas climalteranti³³

Il primo è rappresentato dal c.d. meccanismo di "Condivisione degli sforzi" – ESR-*Effort sharing Regulation* - il quale si fonda sulla previsione di obiettivi vincolanti di riduzione delle emissioni per i settori esclusi dall'ETS, assegnati, in base al PIL pro capite a ciascun stato membro³⁴.

L'altro strumento chiave per le politiche climatiche dell'UE è l'*European Trading System* (ETS)³⁵, il sistema di scambio di permessi di emissioni di gas serra. Il sistema era pensato con l'idea di assegnare a ciascuna delle imprese operanti nei settori dell'energia e della grande manifattura, dei permessi di emissione di gas serra. Se un'impresa avesse avuto meno esigenza di utilizzare questi permessi ed emettesse meno gas serra della quota che le era assegnata, avrebbe potuto cedere questo permessi, eventualmente a titolo oneroso. Chi, invece, non fosse riuscito a conseguire questi obiettivi, rimanendo all'interno del tetto che era stato assegnato, poteva acquistare questi permessi dai soggetti più virtuosi.³⁶ Quello dell'ETS³⁷ è stato tuttavia una decisione di compromesso di fronte alla irrealizzabilità di una carbon tax in tutta l'Unione Europea alla forzata accettazione della proposta, sostenuta dagli Stati Uniti, di includere nel protocollo di Kyoto meccanismi flessibili, come il commercio internazionale dei diritti di emissione.

Ad oggi la principale fonte normativa sulla disciplina degli incentivi, è rappresentata dal d.lgs. n. 199/2021 (c.d. "Decreto RED II"), a sua volta attuativa della Direttiva (UE)

³³ A. BONOMO, Il potere del clima, Funzioni pubbliche e legalità della transizione ambientale, Bari, 2023

³⁴ Il sistema è regolato dal Regolamento sulla condivisione degli sforzi, Reg. (UE) 2018/842 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021- 2030 come contributo all'azione per il clima per onorare gli impegni assunti a norma dell'Accordo di Parigi e recante modifica al regolamento UE n. 525/2013. In argomento si veda G.F. FERRARI, *La complessità dei mercati energetici e la necessità di una regolamentazione multilivello*, in *Economica delle fonti di energia e dell'ambiente*, 3/2008, 121 ss.

³⁵ Sul Emission Trading system nella prospettiva europea ed interna si veda G. Mastrodonato, *Profili procedurali nella nuova amministrazione condivisa in Europa*, Cacucci, Bari, in particolare 209 ss; A. MARRONI, *Protocollo di Kyoto, Emission Trading Scheme, meccanismi flessibili e politiche climatiche. Il caso italiano*, in *astridonline*, 2018.

³⁶ Definito da J.H. JANS, H.H.B. VEDDER, *European Environmental Law after Lisbon*, Europa Law Publishing, Groningen, 2012, 441, "the flagships instrument used to EU to combat the climate change".

³⁷ Per una disamina del meccanismo si veda M. NARDINI, *L'evoluzione dell'emission trading system europeo e l'impiego dei proventi delle aste CO2* in *Amministrazione in cammino*, 28 novembre 2020.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (c.d. "Direttiva RED II").³⁸

Tutta la normativa in materia di incentivi gravita attorno alla necessità di rimanere ancorati ad una serie di principi generali richiamati dall'art. 4 del d.lgs. n. 199/2021, quali il rispetto della normativa in materia di aiuti di Stato,³⁹ e "la necessità di assicurare un'equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio, escludere l'incentivazione delle opere di manutenzione ordinaria e delle opere effettuate per adeguamenti dell'impianto, trovare copertura finanziaria dalle componenti delle tariffe dell'energia elettrica e del gas; essere riconosciuti mediante procedure amministrative massimamente semplificate".

In tal senso, assume particolare rilievo l'enunciazione delle finalità che il d.lgs. n. 199/2021 intende perseguire mediante la strutturazione del regime di sostegni. Si afferma, infatti, che tale normativa si pone "l'obiettivo di accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese, recando disposizioni in materia di energia da fonti rinnovabili, in coerenza con gli obiettivi europei di decarbonizzazione del sistema energetico al 2030 e di completa decarbonizzazione al 2050», (art. 1 d.lgs. n. 199/2021). Alla base, quindi, si pongono esigenze di sostenibilità ambientale", perseguibili mediante un superamento delle citate "barriere"⁴⁰ poste allo sviluppo delle fonti di energia rinnovabile, facendo in modo che queste ultime finiscano gradualmente col soppiantare le fonti fossili nel sostegno allo sviluppo economico e sociale.⁴¹

Ed è in attuazione dell'articolo 8 del menzionato decreto legislativo 2021 n. 199 che è stato adottato il decreto del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica n. 414/2023 e le relative "Regole Operative" adottate dal GSE S.p.a. "sull'individuazione

³⁸ Per completezza: la Direttiva, agli articoli 15 e ss., si occupa espressamente delle procedure autorizzative relative agli impianti rinnovabili, le quali devono essere strutturate dagli Stati membri, in un'ottica di semplificazione, razionalizzazione e speditezza, disponendo termini chiari e prevedibili per gli adempimenti. Si richiede che le norme di autorizzazione, certificazione e concessione di licenze siano oggettive, trasparenti e proporzionate, non contengano discriminazioni tra partecipanti e tengano pienamente conto delle specificità di ogni singola tecnologia per le energie rinnovabili. All'articolo 16 viene introdotto un termine di conclusione della procedura autorizzativa pari a due anni, per le centrali elettriche, comprese tutte le pertinenti procedure delle autorità competenti e di un anno per gli impianti con capacità elettrica inferiore a 150 KW, così come per gli interventi comportanti la variazione della potenza di impianti esistenti. In entrambi i casi, il termine può essere prorogato fino ad un anno in ragione di circostanze straordinarie. È, inoltre, previsto che gli Stati membri debbano facilitare la revisione della potenza degli impianti garantendo una procedura autorizzativa semplificata e rapida, anch'essa sottoposta al termine di un anno.

³⁹ M. CHITI, *Gli aiuti di stato nel prisma degli interessi pubblici. Per un rinnovato approccio*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4/2022, pp 403 ss.

⁴⁰ D. ARDOLINO, *Produzione di energia da fonti rinnovabili: barriere amministrative e sociali e misure di compensazione*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.

⁴¹ Sul punto anche A. MURATORI, *Lo sviluppo delle FER in Italia e il freno della burocrazia al centro e in periferia*, in *Ambiente&Sviluppo*, 3/2024, pp. 153 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di una tariffa incentivante per impianti a fonti rinnovabili inseriti in comunità energetiche rinnovabili e nelle configurazioni di autoconsumo singolo a distanza e collettivo.”⁴²

6. Le leggi di incentivazione tra tutela del legittimo affidamento e l'instabilità normativa e amministrativa

Le leggi di incentivazioni sono da anni al centro di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale che muove dall'esigenza di tutelare il legittimo affidamento che l'operatore economico riversa sulla posizione di vantaggio acquisita con la stipula della convenzione di attribuzione dell'incentivo.

Sono tre le caratteristiche principali delle leggi di incentivazione: il primo elemento di distinzione risiederebbe nel fatto che con tali leggi lo Stato si propone di provocare, al fine di garantire l'interesse collettivo, il compimento di una determinata specifica attività da parte dei privati: il destinatario di queste leggi è, dunque, sempre un soggetto formalmente di diritto privato e l'attività desiderata dal legislatore è genericamente sociale ma quasi sempre di carattere economico. Il secondo elemento di differenziazione è rappresentato dalla circostanza che il legislatore, per ottenere l'attività desiderata, predispone un vantaggio a favore del privato. Il terzo elemento di individuazione è che l'attività sollecitata dallo Stato, se non vi fosse la legge, non sarebbe compiuta o sarebbe

⁴² In questa sede basta ricordare che il decreto prevede due differenti sistemi di incentivazione. Il primo è disciplinato dal TITOLO II del decreto e prevede la definizione degli incentivi sotto forma di tariffa incentivante sulla quota di energia condivisa per gli impianti a fonti rinnovabili inseriti in configurazioni di autoconsumo. Il secondo sistema è definito dal TITOLO III che disciplina l'erogazione di contributi in conto capitale fino al 40% dei costi ammissibili per lo sviluppo delle comunità energetiche e delle configurazioni di autoconsumo collettivo nei comuni con popolazione inferiore ai 5 000 abitanti attraverso la realizzazione di impianti a fonti rinnovabili, anche abbinati a sistemi di accumulo di energia in attuazione della Missione 2. Componente 2, Investimento 1.2 del PNRR per la promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'autoconsumo. Per una prima riflessione si rinvia a G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull' "affidabilità" del sistema di incentivazione di cui al decreto RED II*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 1/2022. Sulla figura delle comunità energetiche si veda: M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, pp. 640 ss; C. MARI, *Le comunità energetiche: un nuovo modello di collaborazione pubblico- privato per la transizione ecologica*, *Federalismi.it*, 29/2022, pp- 111-134; R. MICCÙ, M. BERNARDI, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in *Federalismi.it*, 4/2022, pp. 603 -646; P. BRAMBILLA, *Le comunità energetiche e la sagacia di Pirandello*, in *AmbienteDiritto.it* 1/2024; N. ROSETTO, *Comunità Energetiche e fonti rinnovabili*, in *Energia*, 2/2022; L. DI CERBO, *Le comunità energetiche – il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, in *Giurisprudenza italiana*, n.12/2023, pp. 381 ss; C. BEVILACQUA, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, *amministrazioneincammino.it*, 13 maggio 2020. C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. la questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2/1° febbraio 2023, pp. 385 ss; S. CARRARA, A.G. Dato, M. LISANTI, M. MACCHIA, G. SFERRAZZO, *L'amministrazione sostenibile: il modello delle comunità energetiche*, in *amministrazioneincammino.it*, 11 gennaio 2024.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

compiuta con forme o quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse collettivo.⁴³

Se questi sono i tratti caratterizzanti delle leggi di incentivazione non vi è dubbio che uno dei più seri fattori di rischio per l'economia di un Paese sia costituito dall'incertezza delle regole che presiedono al corretto esercizio dei poteri pubblici (amministrativi e giurisdizionali) con i quali gli operatori e gli investitori sono costretti a rapportarsi.⁴⁴ Infatti, una incentivazione, anche quando sia stata introdotta da una regolazione temporanea viene percepita ragionevolmente dagli operatori come un "segnale" forte e non equivoco d'invito a un investimento: la regolazione, in tali casi, è essa stessa fonte di affidamento.⁴⁵

Il principio della tutela dell'affidamento è stato posto innanzitutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e portato a livello europeo dalla Corte di Giustizia, rielaborato e restituito agli Stati membri, secondo un processo definito "circolarità germanica" in quanto ha riguardato la formazione di quasi tutti i principi dell'ordinamento comunitario.⁴⁶ Invero la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea è solita trarre i principi dai diritti nazionali con il metodo induttivo, per rielaborarli e restituirli agli ordinamenti degli Stati membri, dando luogo ad un processo di omogeneizzazione dei loro sistemi giuridici.⁴⁷

La giurisprudenza comunitaria ricollega la tutela dell'affidamento all'idea dello stato di diritto e al principio di certezza giuridica, divenuta norma di chiusura dell'ordinamento europeo su impulso della giurisprudenza amministrativa e costituzionale della Repubblica Federale Tedesca.⁴⁸

La Corte di giustizia intende il principio di certezza del diritto essenzialmente come prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici e riconosce la tutela dell'affidamento sostanzialmente al ricorrere di due presupposti, il primo sostanziandosi nell'imprevedibilità, da parte di un operatore economico prudente e accorto, della modifica legislativa che vada ad incidere su rapporti giuridici sorti nella vigenza della precedenza disciplina; il secondo presupposto, di carattere oggettivo, è rappresentato dalla base affidante: un precedente atto, su cui interviene la modifica o l'annullamento, o atti di vari genere che assumano il carattere di "assicurazioni precise", "categoriche e

⁴³ G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 132.

⁴⁴ M.A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *federalismi.it*, 2018.

⁴⁵ A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare alla incentivazione ad attività economiche)* in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016.

⁴⁶ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

⁴⁷ B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi su "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia" Varenna 20-22 settembre 2007.

⁴⁸ F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino 2012.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

concordanti”, nonché provenienti di fonti autorizzate e affidabili, con i quali la Comunità si autovincola⁴⁹

Peraltro, la Corte di Giustizia esclude che gli operatori economici possano fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali.⁵⁰

Inoltre, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, nel settore delle organizzazioni comuni di mercato, il cui scopo implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica, gli operatori economici non possono legittimamente attendersi di non essere soggetti a restrizioni dovute ad eventuali regole della politica o della politica strutturale.⁵¹

Nell'ordinamento italiano il tema della tutela del legittimo affidamento⁵² si è posto con riguardo a due distinte situazioni: la prima rispetto alle modifiche normative che intervengono su rapporti giuridici in essere; l'altra con riferimento all'esercizio del potere amministrativo che caduca il beneficio all'erogazione pubblica precedentemente concessa.

Volendo partire dalla prima delle questioni menzionate, in dottrina si suole distinguere⁵³ tra “retroattività propria” quando la legge attribuisce una nuova qualificazione giuridica a fatti già avvenuti, incidendo in senso modificativo su effetti giuridici già prodotti, e tra “retroattività impropria”⁵⁴ quando la legge reca, per il futuro, innovazioni sui presupposti e sugli elementi costitutivi del trattamento giuridico di rapporti già in corso, sorti sulla

⁴⁹F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economica*, 1/2019, pp 229-267.

⁵⁰ Così Corte di Giustizia CE, 10 settembre 2009, C- 201/08, *Plantanol GmbH- Co KG v. Hauptzollamt Darmstadt*

⁵¹ Corte di Giustizia CE, sez. VI, 15 aprile 1997, C-22/94, *The Irish Farmers Association e a.v. Minister for Agriculture, Food and Forestry, Ireland*.

⁵² Sul principio del legittimo affidamento e le leggi di incentivazione la letteratura è vastissima. Tra gli altri si menzionano: E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Rossi*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2017; E. Mariani, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 26 luglio 2017; V. PAMPANIN, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2015; P. CARNEVALE, G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014; M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit.

⁵³ D.U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 1899-1925. L'autrice osserva che la distinzione tra retroattività propria e impropria è stata introdotta dalla giurisprudenza costituzionale tedesca a partire dalla pronuncia dell'11 maggio 1960, in *BVerfGE*, 11, 139 e ss.

⁵⁴ A. SANDULLI, *Il principio di irretroattività delle leggi e la Costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, II, 73 e ss., qualifica il principio di irretroattività in materia *extra* penale come più un “impegno morale, che come un impegno giuridico”.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

base delle norme preesistenti, e destinati a durare nel tempo, per effetto di nuove valutazioni del legislatore.⁵⁵

È stato sottolineato che l'intervento dello Stato, nel caso delle leggi d'incentivo, si pone sotto un duplice profilo: di causa efficiente della situazione giuridica soggettiva dell'operatore economico (che non sarebbe stato indotto al compimento di una data attività se non in ragione dell'incentivo statale) e di caducazione della stessa. In questo caso l'intervento retroattivo del legislatore appare ancora più lesivo della certezza delle situazioni giuridiche, proprio in quanto la posizione soggettiva frustrata è venuta ad esistere solo e soltanto in ragione dell'incentivo statale. In tal caso, con le leggi incentivo lo Stato si pone pertanto, come autore di poi "carnefice" di posizioni giuridiche soggettive.⁵⁶

Nel tempo la dottrina ha costruito in vario modo la tendenziale immodificabilità delle leggi incentivanti.

Secondo alcuni autori queste leggi godrebbero di un particolare regime costituzionale⁵⁷, consistente nel divieto di abrogare retroattivamente le leggi stesse e nel divieto di assoggettare i destinatari delle leggi di incentivo ad oneri di carattere speciale. Tale regime sarebbe garantito dall'articolo 41 Cost, ma si desumerebbe anche dagli articoli 3 e 25 Cost.⁵⁸

Questa dottrina sottolinea che il principio della tutela dell'affidamento e della buona fede hanno una portata generale e valgono non solo per i contratti formalmente privati, ma per ogni rapporto paritario.

⁵⁵ V. ONIDA, *Poteri Pubblici e tutela dell'affidamento*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici*, Milano, 2017, pp. 21 ss.

⁵⁶ G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista dell'AIC*, 20 marzo 2012.

⁵⁷ . Per una rassegna delle principali tesi sul fondamento costituzionale del principio di tutela dell'affidamento si veda P. CARNEVALE - G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014. Gli Autori sottolineano l'opportunità di individuare un fondamento costituzionale autonomo del principio in questione per evitare il rischio che «una tutela parcellizzata e frantumata attraverso le svariate disposizioni che compongono la "Costituzione dei diritti", possa causare una riduzione della stessa ai soli ambiti "costituzionalizzati", cioè a dire limitatamente alle posizioni soggettive che possono vantare un presidio costituzionale. (...) Ne conseguirebbe, peraltro, una tutela il cui statuto costituzionale sembrerebbe emergere solo "per relationem", in secondario, perché tutto dipendente dalla dignità costituzionale, non già del principio di tutela del legittimo affidamento, bensì della situazione giuridica soggettiva volta a volta implicata». Sul punto si veda anche P. Carnevale, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3671.

⁵⁸G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *A proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovraccanoni elettrici*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, Milano, 1968, pp.174 ss.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Altra dottrina, pur condividendo le premesse dell'impostazione appena riportata, finisce poi per ammettere la modificabilità delle leggi di incentivazione in presenza di stringenti finalità costituzionali delle leggi di incentivazione. Invero, il principio di affidamento si presenta, nel caso di queste leggi, «con una forza peculiare, a causa della struttura essenzialmente contrattuale del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato. [...] In definitiva: se il principio dell'inesauribilità della produzione normativa è (logicamente) connesso all'essenza stessa del diritto e (storicamente) legato alla forma di Stato e di governo democratica: se, dunque, al legislatore non può essere negato il potere di ritornare sui suoi passi e di abrogare o neutralizzare (imponendo oneri corrispettivi) precedenti norme concessive di benefici (economici), tale potere deve essere esercitato nei rigorosi limiti imposti da stringenti finalità costituzionali».⁵⁹

E ancora, autorevole autore ritiene che l'esame dell'incidenza della disposizione sopravvenuta sulla legge incentivante non vada impostato alla stregua dei rapporti tra fonti ma in termini di ricerca di indici di esistenza di un affidamento giuridicamente tutelabile, tale da invalidare la norma lesiva sopravvenuta.⁶⁰

Altra dottrina ancora ritiene che una legge di incentivazione instabile di cui sia quindi prevedibile la modifica è intrinsecamente contraddittoria poiché lo stato una volta che abbia indotto operatori economici ad impegnarsi in investimenti che altrimenti non avrebbero sostenuto, dovrebbe poter modificare le regole poste solo in ipotesi del tutto straordinarie e come tali imprevedibili. Invece l'instabilità prevedibile intrinseca della legge di incentivazione contraddice il fine della legge stessa: non consentendo di fare affidamento sugli incentivi promessi nel decidere i propri investimenti, sostanzialmente disincentiva gli stessi.⁶¹

È nota la vicenda che ha riguardato il cosiddetto decreto spalma incentivi in particolare l'articolo 26 del d.l. 24 giugno 2014 n. 911 convertito in legge 11 agosto 2014 n.11 il quale prevedeva che a decorrere dal 2015 le tariffe incentivante in corso di erogazione per l'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici con potenza nominale superiore a 200 KW fossero rimodulate sulla base di condizioni che veniva prefissate dal decreto medesimo.⁶²

⁵⁹M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività, Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in G. Cocco (a cura di), *L'economia e la legge (Atti del convegno di Milano del 4 dicembre 2006)*, Milano, 2007, 1 ss.

⁶⁰F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano 2001.

⁶¹V. ONIDA, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, Op. cit.

⁶²Art. 26, comma 3, d.l. n. 91/2014: "[a] decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell'operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014: a) la tariffa è erogata per un periodo di ventiquattro anni, decorrente dall'entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all'allegato 2 al presente decreto; b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Si è trattato di un intervento normativo che ha prodotto un'efficacia retroattiva «impropria», in quanto ha inciso, sia pure con effetti *ex nunc*, su rapporti giuridici di durata sorti in ragione della precedente disciplina.

Sulla legittimità della norma si è pronunciata sia la Corte costituzionale con la sentenza n. 16 del 2017 sia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza del 15 aprile 2021.⁶³ Entrambi le Corti hanno ritenuto la norma compatibile con il diritto interno, l'una, e con l'ordinamento dell'Unione europea, l'altra sostanzialmente per due ordini di ragione: il primo concernete la natura pubblicistica dell'intervento normativo e la necessità di coniugare la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione con quelli di armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e che quindi un operatore economico prudente e accorto avrebbe potuto (quindi deve aggiungere io) tener conto della possibile evoluzione normativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza proprie dei regimi di sostegno; il secondo aspetto valorizzato dalla Corte è la previsione contenuta all'interno della convenzione tipo (adottata dall'AEEG il 6 dicembre 2012-già ARERA) della clausola che riservava al GSE di modificare unilateralmente le clausole della convenzione stessa che per effetto di eventuali evoluzioni normative e regolamentari, siano in contrasto con il vigente quadro di riferimento.

In particolare, la Consulta ha statuito che *“la tutela dell'affidamento non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni, le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata”*, in attuazione di un interesse pubblico o generale, anche se il loro oggetto consiste in diritti soggettivi già perfetti.⁶⁴

prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all'attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in egual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di tutti gli aventi titolo all'opzione, un risparmio di almeno 600 milioni di euro all'anno 2015-2019, rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti; c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell'incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità: 1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW; 2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 500 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW; 3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW. In assenza di comunicazione da parte dell'operatore il GSE applica l'opzione di cui alla lettera c)”.

⁶³ Si veda, F. SCALIA, *Dopo la Corte costituzionale, anche la Corte di giustizia promuove la rimodulazione degli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Diritto agroalimentare*, 2021, pp. 397, in cui l'Autore riscontra rispetto alla sentenza più rilievi critici.

⁶⁴ Per un commento alla sentenza si vedano: C. De STEFANO, *Spalma Incentivi, aiuti di Stato e legittimo affidamento: una riflessione sugli arbitrati internazionali d'investimento sulle energie rinnovabili*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2/2019, pp. 406 ss. E. Mariani, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 26 luglio 2017.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Dal canto suo, la Corte di Giustizia ha ribadito il proprio costante orientamento affermando che la tutela del legittimo affidamento non possa essere invocata qualora un operatore economico prudente e avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi e che gli operatori economici non possono fare affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali.⁶⁵

Successivamente la Corte di Giustizia ha avuto modo di ribadire nuovamente il proprio orientamento in materia di legittimo affidamento. Nello specifico, l'art. 25, comma 10, del decreto legislativo n. 28 del 2011 indica, fra i principi cui i decreti ministeriali attuativi devono attenersi, «la determinazione di un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono ottenere le tariffe incentivanti». Conseguentemente, il d.m. 5 maggio 2011, che ha approvato il quarto conto energia, ha fissato un obiettivo indicativo di potenza di circa 23.000 MW, «corrispondente ad un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi stimabile tra i 6 e 7 miliardi di euro», prevedendo la possibilità di rivedere con decreto le modalità di incentivazioni al raggiungimento del minore dei valori di costo indicati. È così accaduto che, nonostante il quarto conto energia prevedesse vari semestri di incentivazione - ciascuno con differenti tariffe, limiti di costo e di potenza - riferiti al periodo dal 1° giugno 2011 al 31 dicembre 2016, il limite di costo fissato è stato raggiunto già il primo anno, tanto da indurre il Governo a adottare il quinto conto energia con il d.m. 5 luglio 2012, che ha ridotto notevolmente le tariffe incentivanti. Da ciò è nato un contezioso che ha portato poi alla pronuncia dell'11 luglio 2019⁶⁶.

In questo caso, l'intervento normativo non aveva carattere retroattivo, neanche «improprio», non incidendo su convenzioni in atto, ma era comunque lesivo dell'affidamento che gli investitori avevano riposto sulla durata programmata del sistema incentivante, ancorché la disciplina dello stesso rendesse tale durata incerta.

L'instabilità amministrativa del sostegno incentivante precedentemente concesso, invece, è stato il conseguente precipitato della configurazione e della natura dei poteri riconosciuti in capo al GSE, collegato anch'esso alla tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico, beneficiario dell'incentivo.

Il Gestore dei Servizi Energetici nasce con il D.lgs. n. 79/1999 (c.d. decreto Bersani), il quale prevede la costituzione, da parte di Enel S.p.A., di una società cui conferire la gestione della rete elettrica e l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica. Successivamente sono state attribuite al GSE ulteriori e sempre più rilevanti funzioni in materia di incentivazione della produzione elettrica da energia solare,

⁶⁵ Per un approfondito commento alla sentenza della Corte di Giustizia si veda F. SCALIA, *Dopo la Corte costituzionale, anche la corte di giustizia promuove la rimodulazione degli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Diritto agroalimentare*, 2/2021, pp. 397 ss.

⁶⁶ Corte di giustizia 11 luglio 2019, in cause riunite C-180/18, C-286-18 e C-287/18, *Agreenergy S.r.l. e Fusignano Due S.r.l. v. Ministero dello sviluppo economico e GSE*, ECLI:EU:C:2019:605.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di qualifica degli impianti di cogenerazione ad alto rendimento, nonché di erogazione del servizio di ritiro dedicato e scambio sul posto e di riconoscimento delle qualifiche di impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile (qualifica IAFR), quale prerequisite per il riconoscimento degli incentivi.

Il crescente ampliamento e la diversificazione dei compiti assegnati al GSE sono quindi elementi caratterizzanti la storia della società, che riflettono l'evoluzione normativa registratasi a livello europeo e, poi, nazionale nel settore energetico; dall'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, la funzione principale della società è progressivamente divenuta quella di promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso il riconoscimento di qualifiche e l'erogazione di incentivi in materia di energia da fonti rinnovabili e di efficienza energetica.⁶⁷

Per quello che in questa sede maggiormente interessa rispetto ai poteri attribuiti al GSE, la questione controversa ha riguardato la disposizione contenuta nell'articolo 42 del D.lgs. n. 28 del 2011 concernente "*Controlli e sanzioni in materia di incentivi*" che attribuisce un generale potere di controllo volto a verificare la sussistenza dei requisiti per accedere o mantenere l'incentivo ricevuto in capo agli operatori economici.

Intorno all'attività svolta dal Gestore in applicazione della riportata norma generale, nonché delle specifiche analoghe disposizioni settoriali, si formato un notevole contenzioso giurisprudenziale. Il punto di arrivo è sicuramente rappresentato dalla sentenza n. 18 resa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁶⁸ ha espresso principi di portata generale in materia di natura giuridica delle attività di verifica e controllo del GSE. Nello specifico il Consiglio di Stato ha affermato che: "la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva, ex tunc (o in alcuni casi ex nunc), di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio), è istituto che, pur presentando tratti comuni col più ampio genus dell'autotutela, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificatamente:

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

⁶⁷ F. VETRÒ, *Evoluzioni del diritto europeo dell'energia, transizione energetica e sistema istituzionale: il ruolo del GSE S.p.A.*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2020, pp. 501-537.

⁶⁸ Si ricorda che la decisione è stata assunta con riferimento alla formulazione dell'art. 42 del citato decreto legislativo n. 28 del 2011 antecedente alle complesse modificazioni apportate alla norma dapprima con l'art. 1, comma 960, lett. a), della legge 27 dicembre 2017, n. 2059 e, successivamente, dall'articolo 13-bis, comma 1, lettera a), del decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, convertito, con modificazione, dalla legge 2 novembre 2019, n. 128, nonché da ultimo, dall'articolo 56, comma 7, lettera a) del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, nella quale era contemplata, «una generica "decadenza dagli incentivi", causalmente collegata alla rilevanza delle violazioni».



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

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

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

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

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

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

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

5.1. Non v'è dubbi alcuno che la decadenza, cui la disposizione citata fa riferimento, sia appieno sussumibile nel concetto di decadenza pubblicistica sinora descritto, potendosi pacificamente escludere un'improprietà del linguaggio legislativo, tale da ricondurre sotto il nomen iuris utilizzato altri istituti di carattere sanzionatorio. Lo ha già chiarito la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2017, n. 50) puntualmente richiamata dall'ordinanza di rimessione, che qui deve integralmente confermarsi nella sua impostazione”.

La giurisprudenza amministrativa prevalente, per non dire, la totalità ⁶⁹ritiene che non ci possa essere spazio per la tutela dell'affidamento a fronte dei poteri amministrativi di

⁶⁹ Consiglio di Stato, sez. II, 5 aprile 2022 n. 2536: “*legittima pienamente il provvedimento di decadenza secondo le regole di validità che hanno riguardo ai presupposti della normativa pubblicistica che presidia al meccanismo incentivante, indipendentemente dal profilo della “correttezza” dell’operato dell’amministrazione, inerente al comportamento secondo regole di buona fede oggettiva, che può semmai rilevare, qualora ne ricorrano i presupposti, sotto il profilo della violazione delle regole di responsabilità che, tuttavia, non rende illegittimo l’atto*”; Consigli di Stato Sezione II, sentenza 4 aprile 2022 n. 2501 che sul punto richiama il precedente della sezione VI, n. 2362 del 30 aprile 2013; TAR Lazione, sezione III-ter, sentenza 24 febbraio 2022, n. 2022, n. 2226, secondo cui “*il GSE essendo deputato all’erogazione di incentivi pubblici, mantiene in ogni fase del procedimento il potere di verifica e controllo circa la spettanza degli stessi; pertanto neppure può ritenersi configurabile, nella materia all’esame, un affidamento meritevole tutela nel caso in cui le condizioni per l’accesso ai benefici non siano rigorosamente rispettate*”; Consiglio di Stato, sezione II sentenza del 7 aprile 2022 n. 2579 secondo cui “*nemmeno può ravvisarsi, come ulteriormente dedotto da parte appellante, una qualche lesione dell’affidamento che la società avrebbe riposto sulla correttezza delle proprie autovalutazioni, in quanto per tutto il decorso procedimentale il GSE si riserva di effettuare controlli sull’autodichiarazione annuale presentata dal produttore così come stabilito dall’articolo 5, comma 8 del .m. 24 ottobre 2005(L’emissione, da parte del Gestore della rete, dei certificati verdi e l’erogazione delle tariffe omnicomprensive sono subordinate alla verifica dell’attendibilità dei dati forniti. A tal fine, il GSE dispone verifiche e controlli sugli impianti in*



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

verifica e controllo, alla luce delle peculiarità del procedimento di ammissione agli incentivi e della rilevanza degli interessi sottesi all'erogazione di questi ultimi. L'attuale formulazione della norma è frutto di diversi interventi legislativi⁷⁰ (nonché di una pronuncia di incostituzionalità)⁷¹ finalizzati a creare un più equo bilanciamento tra l'esigenza di tutela della corretta gestione e ripartizione dei fondi pubblici e la garanzia del legittimo affidamento.⁷²

Ad oggi, infatti, l'attuale formulazione del comma 3 dell'articolo 42, così recita: "nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241 dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481.

esercizio o in costruzione, anche al fine di verificare la loro conformità all'articolo 2, comma 1, e all'articolo 17 del decreto legislativo n. 387/2003"

⁷⁰ Da ultimo a cura del c.d. decreto semplificazione il Decreto-legge. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla Legge 11 settembre 2020, n. 120. Si veda 52 Cfr. M. PROTTO, *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti. La riscrittura dei poteri di controllo del GSE nell'ambito dell'autotutela*, in *Giur. It.*, 5/2021, pp.1242 ss.

⁷¹ La Corte (Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237 in *Giur. Cost.* 2020, 6, 2803; *Foro Amm (II)*, 2021, 5, 738) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 4-sexies della disposizione (come inserito dall'art. 57-quater, comma 1, del decreto- legge 24 aprile 2017, n. 50). La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal TAR del Lazio (sez. III-ter, 24 settembre 2019, n. 237), secondo cui la disposizione sarebbe stata irragionevole dal momento che non consentiva "la riammissione agli incentivi a fronte di una domanda nella quale sia stata indicata erroneamente, senza che ciò abbia influito sulla graduatoria finale, la data della concessione per gli impianti idroelettrici rispetto alla previsione, di contro, di tale riammissione per gli impianti eolici, in virtù della ratio comune e della conseguente regolamentazione omogenea, sia in ambito europeo che nazionale, degli incentivi previsti per favorire la diffusione di energie rinnovabili". La norma censurata secondo la Corte, determinava, sotto un duplice aspetto, un'illegittima disparità di trattamento tra situazioni simili, laddove - a parità di condizioni, ossia sul comune presupposto che l'errata indicazione della data del titolo autorizzativo non abbia effettivamente portato all'impianto alcun vantaggio in relazione alla sua posizione in graduatoria - non contemplava la "riammissione" agli incentivi per impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, diversi da quelli che producono energia eolica, ovvero per impianti eolici iscritti in registri differenti da quello (EOLN-RG2012) relativo all'anno 2012. Infatti, "non si rinvengono, né nel d.lgs. n. 28 del 2011, né nelle direttive europee delle quali lo stesso costituisce attuazione, differenze significative nella considerazione delle fonti energetiche rinnovabili, la cui massima diffusione tali normative si propongono di incentivare" (parr. 11 ss. della decisione). Per tali ragioni, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non prevedeva "la riammissione agli incentivi in favore anche di altri impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili di cui al medesimo decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 luglio 2012, collocati utilmente nella graduatoria relativa ad altro registro informatico, a condizione che l'errata indicazione della data del titolo autorizzativo o concessorio, quale unica causa del diniego di accesso agli incentivi, non abbia effettivamente portato all'impianto alcun vantaggio in relazione alla loro posizione in graduatoria"(par. 15 della decisione). Per un'analisi approfondita della sentenza v. C. VIVIANI, F. TRIVERI, *I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi*, in *Giur. cost.*, 10/2021, pp. 2191 ss.

⁷² A. COIANTE, *I poteri del GSE, nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile: stato dell'arte e persistenti perplessità*, in *federalismi.it*, 22 giugno 2022.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'intento del legislatore – secondo quanto si legge nella relazione illustrativa – è quello di garantire che l'adozione di provvedimenti di decadenza dai benefici, che è spesso intervenuta anche a distanza di anni dall'ammissione agli incentivi e dalla stipula delle correlate convenzioni, avvenga attraverso un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco e comunque nel rispetto dei limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies* l. 241/1990, fatte salve le rigorose e tassative eccezioni previste dal comma 2-*bis* di tale articolo.⁷³

7. Conclusioni

Come anticipato in premessa le questioni sollevate dal Consiglio di Stato con l'ordinanza di commento sono inedite. Infatti, se finora nelle vicende sottoposte al giudizio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la stessa è stata chiamata, per lo più, a pronunciarsi sulla violazione del legittimo affidamento e della legittimità di una normativa retroattivamente incidente su una posizione di vantaggio già acquisita, nel caso *de qua* il giudice del rinvio pone l'accento sulla possibile violazione del principio della massima diffusione delle energie rinnovabili, del principio di non discriminazione e del principio di proporzionalità.

A parere di chi scrive le censure sollevate dal Consiglio di Stato sono condivisibili.

Alla luce del diritto dell'Unione Europea il meccanismo incentivante, in quanto tale, dovrebbe agevolare la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili, favorendo l'investimento nella realizzazione di nuovi impianti o nel potenziamento di quelli esistenti in applicazione del principio della massima diffusione delle energie rinnovabile.

La Corte costituzionale ha più volte⁷⁴ sancito l'esistenza di un principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, il quale discende direttamente dalle direttive europee. Ma non solo.

Già il Regolamento n. 2022/2577, istitutivo di un quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili, considera la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabile la loro connessione alla rete, gli impianti di stoccaggio e la rete stesse quale interesse pubblico prevalente.

Successivamente, la nuova direttiva sulla promozione dell'energia rinnovabile n. 2023/2413, già menzionata, qualifica la diffusione dell'energia rinnovabile alla stregua di un interesse pubblico prevalente. Si legge, infatti nel considerando 44 della direttiva che "Ai fini del pertinente diritto ambientale dell'Unione, nelle necessarie valutazioni caso per caso intese ad accertare se un impianto di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tale impianto alla rete, la rete stessa o i mezzi di stoccaggio sono

⁷³ A. COIANTE, *I poteri del GSE, nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile: stato dell'arte e persistenti perplessità*, Op. cit.

⁷⁴ Corte Cost., sentenza nn. 224/2012, 237/2020, 46/2019/, 177/2018 e 275/2012.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

d'interesse pubblico prevalente in un determinato caso, gli Stati membri dovrebbero considerare tali impianti di produzione di energia rinnovabile e la relativa infrastruttura d'interesse pubblico prevalente e d'interesse per la salute e la sicurezza pubblica eccetto se vi sono prove evidenti che tali progetti hanno effetti negativi significativi sull'ambiente che non possono essere mitigati o compensati, o se gli Stati membri decidono di limitare l'applicazione di tale presunzione in circostanze specifiche e debitamente giustificate, quali motivi connessi alla difesa nazionale. Tali progetti possono beneficiare di una valutazione semplificata nel momento in cui tali impianti di produzione di energia rinnovabile sono considerati d'interesse pubblico prevalente e funzionali alla salute e alla sicurezza pubbliche." E ancora l'articolo 16 septies, rubricato "interesse pubblico prevalente", così dispone: "gli Stati membri provvedono affinché, nella procedura di rilascio delle autorizzazioni, la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio siano considerati di interesse pubblico prevalente".

Inoltre, come già esposto nella trattazione del presente contributo, uno dei principi a cui gli Stati membri devono attendersi nel disciplinare sistemi di sostegno alla produzione di energia da fonte rinnovabile è il principio di proporzionalità. Ebbene, il meccanismo "a due vie" sembra essere non proporzionale rispetto a quei fini, fra tutti la massima diffusione dell'energia rinnovabile, per cui l'incentivo stesso è stato erogato. Infatti, dal momento in cui il prezzo zonale dell'energie aumenti le imprese, pur avendo effettuato degli investimenti, da un lato non ottengono alcuna sovvenzione che ne riduca il costo, dall'altro si versasse nella fattispecie del cosiddetto "*incentivo negativo*", l'operatore economico si troverebbe a restituire integralmente ricevuto al GSE.

Così come descritto, il meccanismo sembra essere lesivo anche del principio di non discriminazione nella parte in cui prevede che gli impianti di potenza superiore a 250 KW non possano optare per il meccanismo del ritiro dell'energia prodotta da parte del GSE, ma al contrario possano accedere al solo incentivo.

Possiamo, infine, anche constatare che un meccanismo così congegnato violi il principio della concorrenza e del libero mercato su cui tutto l'assetto regolatorio dell'Unione Europa si fonda e che per il cui perseguimento è nata.