



*Ufficio del massimario
della Giustizia amministrativa*



RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA

a cura di Diana Caminiti – 15 novembre 2023

Le controversie in materia di incentivi energetici. Il G.s.e.

Premessa. § 1. Il Gestore dei servizi energetici (G.s.e.). § 2. Le procedure di vendita dell'energia
§ 3. Il *favor* della normativa internazionale ed eurounitaria per l'energia prodotta da fonti rinnovabili. § 3.1. I gas ad effetto serra. I certificati CO2. § 3.2. Le principali questioni esaminate dalla giurisprudenza. 3.3. Cenni sulla nuova disciplina del 2023. § 4. La natura degli atti del G.s.e.: il potere di verifica sulla quota d'obbligo e i certificati verdi. § 4.1. Il potere di verifica. § 4.2. I certificati verdi.
§ 5. Il superamento dei certificati verdi: le tariffe omnicomprendenti. § 6. Gli incentivi per gli impianti fotovoltaici. § 6.1 I conti energia. § 6.2. L'aggiornamento delle tariffe. § 6.3. Il quarto conto energia. La disciplina transitoria. § 6.4. Il quinto conto energia. § 7 L'Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico. Gli impianti idroelettrici. § 8. Regimi di sostegno per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili e per l'efficienza energetica. § 8.1. Il conto termico. § 8.2. I certificati bianchi. § 8.2.1. La posizione della giurisprudenza.
§ 9. Impianti a biomasse, bioliquidi, biogas. § 10. Gli impianti di cogenerazione. §10.1. La posizione della giurisprudenza. § 10.2. I Gas ad effetto serra prodotti da impianto di cogenerazione. § 11.

Il potere di disporre l'erogazione dei benefici e la decadenza. §11.1. L'attribuzione del beneficio. § 11.2. La decadenza. § 11.3. Il rilascio dell'autorizzazione e la titolarità dell'impianto come presupposto per la concessione degli incentivi. § 11.4. Decadenza, rimodulazione delle tariffe, autoresponsabilità e tutela dell'affidamento. § 11.5. Applicabilità *ratione temporis* del nuovo testo dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011, come modificato dall'art. 56, comma 7, del d.l. n. 76 del 2020 e ricadute processuali. § 11.6. Decadenza e violazione del divieto di artato frazionamento degli impianti. § 11.7. Inammissibilità dell'azione sul silenzio a seguito dell'adozione di un provvedimento di decadenza. § **12. Divieto di cumulo delle tariffe incentivanti e della detassazione.** § **13. La forza vincolante delle regole tecniche dettate dal G.s.e.** § **14. Casistiche particolari.** § 14.1. Impianto fotovoltaico su stalla. § 14.2. Impianto fotovoltaico installato su manufatto parzialmente aperto. §14.3. Impianto fotovoltaico su cava. § **15 Obbligo di cooperazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia** § **16. Questioni di giurisdizione.** § **17 La competenza territoriale del T.a.r. per il Lazio.** § **18. Conclusioni.**

Premessa

Il presente studio esamina, senza alcuna pretesa di esaustività, la giurisprudenza delle giurisdizioni superiori, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia U.E. relativamente alle controversie in cui è parte il Gestore dei servizi energetici (d'ora in poi per brevità G.s.e., già Gestore della rete di trasmissione nazionale, secondo la denominazione contenuta nel d.lgs. 16 marzo 1999 n.79) nonché a quelle connesse (seppure non riferite alle controversie con il G.s.e.) concernenti le problematiche dei gas ad effetto serra e i certificati C02.

Data la complessità della materia si è ritenuto di fare altresì riferimento espresso alla normativa di settore.

Relativamente alle questioni più generali, concernenti gli impianti di energia da fonti rinnovabili e gli impianti industriali, si rinvia alla precedente rassegna monotematica pubblicata in data 1 agosto 2023.

1. Il Gestore dei servizi energetici (G.s.e.).

Il G.s.e. è persona giuridica di diritto privato, costituita nelle forme della società per azioni, le cui azioni sono integralmente riservate alla mano pubblica, stante la partecipazione totalitaria del ministero dell'economia e delle finanze al capitale della società; inoltre, la società è sottoposta al potere di controllo sulla gestione finanziaria da parte della Corte dei conti, che si esercita ai sensi dell'art. 12 l. 21 marzo 1958 n. 259.

Ai sensi dell'art. 4 dello statuto sociale, allegato all'atto costitutivo, la società ha per oggetto l'esercizio delle funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare le attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica di cui all'art. 3, commi 12 e 13, e di cui all'art. 11, comma 3, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 (*Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica*) e successive modifiche e integrazioni, nonché le attività correlate di cui al d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387 e successive modifiche e integrazioni, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare e le altre competenze, diritti e poteri ad esse inerenti. Secondo l'art. 8 dello statuto della società, i diritti

dell'azionista sono esercitati d'intesa tra il ministro dell'economia e delle finanze ed il ministro dello sviluppo economico, ai sensi dell'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 79 del 1999.

Il G.s.e. rientra pertanto nel novero dei soggetti privati svolgenti pubbliche funzioni, posto che, pur rivestendo formalmente la veste di società di capitali di diritto privato, è nondimeno soggetto munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate - tra l'altro - alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile, al controllo ed alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza ed all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico [Cons. Stato Ad. plen. n. 9 del 2019; in precedenza Cons. Stato, sez. VI, n. 5241 del 2003 secondo cui in uno alla prescritta imputazione dell'intero pacchetto azionario al Ministero del tesoro (art. 3, comma, 4, d.lgs. n. 79/99) assume rilievo l'iscrizione in capo a soggetti pubblici non soci di peculiari poteri il cui esercizio consente di influire sulla gestione, anche strategica, dell'ente e della sua attività; da ciò la natura anche soggettivamente amministrativa degli atti dallo stesso adottati nell'esercizio di attività fortemente procedimentalizzata e funzionalizzata quale quella espletata nella gestione delle procedure di vendita dell'energia di cui al successivo § 2].

2. Le procedure di vendita dell'energia.

L'art. 3, comma 12, d.lgs. n. 79 del 1999, individua il Gestore della rete di trasmissione nazionale (G.r.t.n. s.p.a.), poi G.s.e., quale soggetto cessionario, previo decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, dei diritti e delle obbligazioni dell'Enel relativi, tra altro, all'acquisto di energia elettrica nominata CIP6.

Il decreto legislativo, in particolare, prescrive la successione legale del G.r.t.n. nei contratti preesistenti di acquisto dell'energia elettrica già facenti capo all'Enel e la successiva cessione al mercato della risorsa.

In attuazione della disposizione di cui al citato comma 12, l'art. 4, comma 1, d.m. 21 novembre 2000, come modificato dal successivo d.m. 10 dicembre 2001, prevedeva in via transitoria che l'energia in argomento fosse allocata sul mercato mediante procedure concorsuali disciplinate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nel rispetto dei parametri di pubblicità (ARERA), trasparenza e non discriminazione gestite dal G.r.t.n. Con delibera n. 308/01 l'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha quindi disciplinato la procedura concorsuale per l'assegnazione per l'anno 2002 della energia cd. CIP6, prevedendone la eventuale articolazione in due fasi, la seconda subordinata alla presenza di un numero di offerte superiore alle bande disponibili e caratterizzata da possibili offerte al rialzo.

Ciò posto, secondo il Consiglio di Stato è legittima la scelta del Gestore del passaggio alla seconda fase della procedura concorsuale, anche qualora all'esito di tale fase le richieste risultino inferiori al numero delle bande disponibili, in quanto, a prescindere dalla verifica degli interessi ultimi cui funzionalizzare la gestione della procedura, lo stesso meccanismo di gara, così come regolamentato dalla delibera n. 308/01 da ARERA, non consente di imputare a difetto di serietà o trasparenza la scelta delle imprese partecipanti alla prima fase di non prendere parte alla seconda, potendo detta scelta essere dettata dalla maturata determinazione imprenditoriale di partecipare al procedimento alla sola condizione di ottenere l'energia al prezzo indicato con l'offerta presentata nella prima fase,

senza sottoporsi al gioco competitivo tendenzialmente al rialzo tipico della fase successiva. Pertanto, qualora all'esito di tale seconda fase, le richieste risultino inferiori rispetto al numero di bande disponibili, non è imposto al Gestore, in assenza peraltro di esplicite previsioni, l'attivazione di poteri di intervento o di autotutela volti a verificare la serietà delle offerte formulate nella prima fase o l'eventuale imputabilità del ritiro ad una preordinata ed illecita volontà di alterare il risultato di gara piuttosto che ad una consentita scelta imprenditoriale (Cons. Stato, sez. VI, n. 5241 del 2003, in riforma della sentenza del T.a.r. per il Lazio, che aveva ritenuto illegittime le modalità con cui il Gestore aveva in concreto espletato la procedura di vendita, ritenendo ingiustificato il passaggio alla seconda fase e pertanto l'aumento del prezzo, mancando la condizione giuridica e fattuale cui la citata disciplina subordinava il ricorso alla procedura concorsuale, ovvero la scarsità del bene rispetto alla domanda del mercato).

3. Il *favor* della normativa internazionale ed eurounitaria per l'energia prodotta da fonti rinnovabili.

La normativa internazionale (Protocollo di Kyoto addizionale alla Convenzione-quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, adottato l'11 dicembre 1997, ratificato e reso esecutivo con l. 1 giugno 2002, n. 120) e quella comunitaria (direttiva 27 settembre 2001, n. 2001/77/CE e direttiva 23 aprile 2009, n. 2009/28/CE) manifestano un *favor* per le fonti energetiche rinnovabili al fine di eliminare la dipendenza dai carburanti fossili.

Il legislatore nazionale ha recepito tali indirizzi con il d.lgs. n. 387 del 2003, dal quale è possibile ricavare i principi fondamentali della sopra indicata materia (ex *plurimis* sentenze Corte cost. n. 124 del 2010 e n. 364 del 2006).

Le norme internazionali (Protocollo di Kyoto) e comunitarie (art. 3 direttiva n. 2001/77/CE), nell'incentivare lo sviluppo delle suddette fonti di energia, individuano soglie minime di produzione che ogni Stato si impegna a raggiungere entro un determinato periodo di tempo.

In ottemperanza agli indirizzi sopra riportati l'art. 2, comma 167, della L. n. 244 del 2007, ha previsto che «*Il Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, emana, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, uno o più decreti per definire la ripartizione fra regioni e province autonome di Trento e di Bolzano della quota minima di incremento dell'energia prodotta con fonti rinnovabili per raggiungere l'obiettivo del 17 per cento del consumo interno lordo entro 2020 ed i successivi aggiornamenti proposti dall'Unione europea*» (Corte cost. n. 124 del 2010 cit.).

La disciplina a livello eurounitario delle fonti energetiche rinnovabili è attualmente prevista dalla direttiva (UE) 2018/2001 la quale dispone che gli Stati membri provvedono collettivamente a far sì che, nel 2030, la quota di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia dell'Unione sia almeno pari al 32% (articolo 1 e articolo 3, par. 1) e la quota di energia da fonti rinnovabili nei trasporti sia almeno pari al 14% del consumo finale in tale settore (articolo 25, par. 1).

Gli Stati membri devono, ciascuno, fissare i contributi nazionali per conseguire collettivamente l'obiettivo vincolante UE 2030 nell'ambito dei loro Piani nazionali integrati per l'energia e il clima-PNIEC (articolo 3, par. 1).

Tale previsione ha contenuto auto-applicativo (articolo 37) ed è stata già adempiuta, posto che - in applicazione del processo di *governance* dell'energia definito nel regolamento (UE) 2018/1999 - il PNIEC nazionale per il periodo programmatorio 2021-2030 è stato già predisposto, a seguito di interlocuzione con la Commissione UE, e notificato nella sua versione definitiva alla Commissione stessa.

Funzionali al raggiungimento degli obiettivi 2030, sono le norme - contenute nella direttiva stessa - che forniscono agli Stati membri i principi e i criteri per disciplinare (articolo 1):

- a) il sostegno finanziario all'energia elettrica da fonti rinnovabili (articoli 4-6 e 13);
- b) l'autoconsumo dell'energia elettrica prodotta da tali fonti (articoli 21 e 22);
- c) l'uso di energia da FER (fonti energetiche rinnovabili) nel settore del riscaldamento e raffrescamento e nel settore dei trasporti (articoli 23-24 e 25-28);
- d) la cooperazione tra gli Stati membri e tra gli Stati membri e i paesi terzi su progetti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (9-12 e 14);
- e) le garanzie di origine dell'energia da FER (articolo 19), le procedure amministrative improntate a garantire un *favor* per la produzione da FER e l'informazione e la formazione sulle FER (articoli 15-18).

La direttiva fissa altresì criteri di sostenibilità e di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra per i biocarburanti, i bioliquidi e i combustibili da biomassa (articoli 29-31).

Strumentale alla nuova disciplina è il quadro definitorio (contenuto nell'articolo 2), integrato - rispetto alla direttiva 2009/28/UE - in base alle novità introdotte. La stessa reca anche la più dettagliata definizione di energia rinnovabile quale l'energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare (solare termico e fotovoltaico) e geotermica, energia dell'ambiente, energia mareomotrice, del moto ondoso e altre forme di energia marina, energia idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas.

Gli Stati membri sono stati obbligati a recepire nel diritto nazionale la direttiva entro il 30 giugno 2021. La direttiva è entrata in vigore a partire dal 1 luglio 2021 (articolo 36). A decorrere da tale data è stata abrogata la precedente direttiva in materia di promozione dell'uso di fonti rinnovabili (direttiva 2009/28/UE, come modificata dalla direttiva 2013/18/UE e dalla direttiva (UE) 2015/1513) (articolo 37 e Allegato X).

3.1. I gas ad effetto serra. I certificati CO2.

Strettamente connessa con il *favor* per l'utilizzo dell'energia prodotta da fonti rinnovabili è la problematica dei gas a effetto serra, responsabili del cambiamento climatico.

La direttiva 2003/87/CE ha al riguardo istituito un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione al fine di promuovere la riduzione di dette

emissioni secondo criteri di validità in termini di costi e di efficienza economica, prevedendo che i gestori che esercitano determinate attività siano in possesso di apposita autorizzazione e controllino e notificano le proprie emissioni di gas a effetto serra specificate in relazione a tali attività.

In tale contesto si inseriscono i certificati CO₂, propriamente detti quote di emissione, che fanno parte dell'EU ETS, ovvero del sistema europeo per lo scambio di quote di emissione, che si rivolgono alle attività produttive di gas a effetto serra e costituiscono il diritto di emettere una tonnellata di biossido di carbonio equivalente in un periodo determinato. L'EU ETS è stato pertanto istituito a livello europeo attraverso l'indicata direttiva 2003/87/CE, in attuazione del Protocollo di Kyoto, per ridurre le emissioni di gas a effetto serra nei settori energivori: viene fissato un tetto massimo di emissioni al di sotto del quale i partecipanti possono emettere CO₂ in ragione delle quote acquistate e vendute sul mercato; il quantitativo complessivo delle quote, fissato a livello europeo, è programmato per conseguire una graduale riduzione delle emissioni di gas serra e per ottenere il target climatico del 2030 al 55% di riduzione rispetto ai livelli del 1990. Pertanto, se un'azienda emette meno CO₂ di quanto le sue quote le consentirebbero, può vendere le quote in eccesso ad altre aziende.

L'articolo 3 della direttiva 2003/87, intitolato «Definizioni», recita: «*Ai fini della presente direttiva valgono le seguenti definizioni:*

u) *“impianto di produzione di elettricità”, un impianto che, al 1° gennaio 2005 o successivamente, ha prodotto elettricità ai fini della vendita a terzi e nel quale non si effettua alcuna attività elencata all'allegato I diversa dalla “combustione di carburanti”».*

L'articolo 10 bis di detta direttiva, intitolato «*Norme comunitarie transitorie per l'armonizzazione delle procedure di assegnazione gratuita delle quote*», dispone, al paragrafo 3: «*Fatti salvi i paragrafi 4 e 8 e a prescindere dall'articolo 10 quater, gli impianti di produzione di elettricità, gli impianti deputati alla cattura di CO₂, le condutture per il trasporto di CO₂ o i siti di stoccaggio di CO₂ non beneficiano dell'assegnazione gratuita di quote*».

L'articolo 11 della medesima direttiva, intitolato «*Misure nazionali di attuazione*», prevede, al paragrafo 1, quanto segue: «*Gli Stati membri pubblicano e trasmettono alla Commissione [europea], entro il 30 settembre 2011, l'elenco degli impianti situati nel loro territorio che ricadono nell'ambito di applicazione della presente direttiva e le quote eventualmente assegnate a titolo gratuito a ciascuno dei suddetti impianti e calcolate a norma dell'articolo 10 bis, paragrafo 1 e dell'articolo 10 quater*.

Entro il 30 settembre 2019 viene presentato un elenco degli impianti disciplinati dalla presente direttiva per [il periodo di] cinque anni [che decorre] dal 1° gennaio 2021. In seguito, gli elenchi per ciascun periodo successivo di cinque anni sono trasmessi a cadenza quinquennale. Ogni elenco include informazioni sulle attività di produzione, i trasferimenti di calore e gas, la produzione di energia elettrica e le emissioni a livello di sottoimpianto relative ai cinque anni civili che precedono la presentazione. Le quote a titolo gratuito sono assegnate unicamente agli impianti per cui sono state trasmesse tali informazioni» (ordinanza Corte di giustizia UE, sez. X, 1° marzo 2023, c-94/22).

Ai fini dell'applicazione di tale direttiva nell'ordinamento interno il comitato ETS è l'organo interministeriale, che, tra le altre funzioni:

- a) determina il quantitativo annuo di quote da assegnare a titolo gratuito ai gestori eleggibili conformemente alle norme unionali, con particolare riferimento alle regole per l'assegnazione gratuita delle quote;
- b) cura l'inoltro alla Commissione UE dell'apposito elenco di cui all'art. 11, par. 1, della direttiva 2003/87/CE.

Non appena ricevuto il citato elenco, la Commissione UE esamina l'inclusione di ogni impianto nell'elenco e i relativi dati comunicati in conformità del paragrafo e, qualora la Commissione non rifiuti l'inclusione dell'impianto nell'elenco, i dati sono usati per il calcolo dei valori riveduti dei parametri di riferimento di cui all'articolo 10 *bis*, par. 2, della direttiva 2003/87/CE; le informazioni richieste agli impianti ricadenti nel campo di applicazione della direttiva, nonché le modalità e le procedure di invio dei dati alla Commissione da parte degli Stati membri sono previste dal regolamento 2019/331/UE della Commissione del 19 dicembre 2018, il cui art. 14 individua i seguenti passaggi:

- c) l'autorità nazionale competente presenta alla Commissione un elenco mediante modello elettronico predefinito, contenente tutte le principali informazioni relative agli impianti sottoposti;
- d) l'elenco viene sottoposto a controlli di completezza e coerenza da parte della Commissione e, dopo eventuali revisioni ed esclusioni, viene usato per definire i quantitativi annuali preliminari di quote gratuite per ciascun impianto.

3.2. Le principali questioni esaminate dalla giurisprudenza.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia:

- a) *“1) L'esame delle questioni dalla prima alla quarta nelle cause C-191/14 e C-192/14, della terza questione nella causa C-295/14 e della prima questione nelle cause C-389/14 e da C-391/14 a C-393/14 non ha rivelato alcun elemento tale da inficiare la validità dell'articolo 15, paragrafo 3, della decisione 2011/278/UE della Commissione, del 27 aprile 2011, che stabilisce norme transitorie per l'insieme dell'Unione ai fini dell'armonizzazione delle procedure di assegnazione gratuita delle quote di emissioni ai sensi dell'articolo 10 bis della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nella parte in cui tale articolo 15, paragrafo 3, esclude la considerazione delle emissioni degli impianti di produzione di elettricità ai fini della determinazione del quantitativo massimo annuo di quote.*
- 2) L'articolo 4 e l'allegato II della decisione 2013/448/UE della Commissione, del 5 settembre 2013, relativa alle misure nazionali di attuazione per l'assegnazione transitoria a titolo gratuito di quote di emissioni di gas a effetto serra ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sono invalidi.*
- 3) Gli effetti della dichiarazione di invalidità dell'articolo 4 e dell'allegato II della decisione 2013/448 sono limitati nel tempo nel senso che, da un lato, tale dichiarazione produrrà effetti solo al termine di un periodo di dieci mesi a decorrere dalla data di pronuncia della presente sentenza, al fine di consentire alla Commissione europea di adottare le misure necessarie, e, dall'altro, le misure adottate entro tale termine sulla base delle disposizioni invalidate non potranno essere rimesse in discussione) (Corte giust. 28 aprile 2016, cause riunite C-191, 192, 295, 389, 391-393/14)”.*

- b) è irricevibile ai sensi dell'art. 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura la domanda di invio pregiudiziale avente ad oggetto i seguenti quesiti:
- “1) se la deliberazione assunta dal Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto, in considerazione della procedura di adozione e, in particolare, del meccanismo di interlocuzione con la Commissione europea previsto dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 in merito all'inclusione degli impianti all'interno dell'elenco per l'assegnazione di quote CO2 possa formare oggetto di autonoma impugnazione innanzi al Tribunale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE laddove l'atto impugnato sia produttivo di effetti giuridici vincolanti e riguardi direttamente l'operatore economico ricorrente;*
- 2) se, in caso contrario, possa il privato operatore economico direttamente leso dall'esclusione dalle assegnazioni di quote CO2 sulla scorta dell'istruttoria condotta di concerto dalla Commissione europea e dal Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto impugnare la decisione assunta dalla Commissione europea di rifiutare l'inclusione dell'impianto nell'elenco ai sensi dell'art. 14 comma 4 del dal Regolamento delegato (UE) 2019/331 innanzi al Tribunale dell'Unione europea ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE (2);*
- 3) se la nozione di «impianto di produzione di elettricità» ai sensi dell'Articolo 3(u) della Direttiva 2003/87/CE, come risultante dalla sentenza della Corte (Quinta Sezione) 20 giugno 2019, Nella causa C-682/17, ExxonMobil Production Deutschland GmbH contro Bundesrepublik Deutschland, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgericht Berlin (Tribunale amministrativo di Berlino, Germania), con decisione del 28 novembre 2017, ricomprenda anche situazioni in cui l'impianto produca energia che è interamente destinata all'autoconsumo, laddove se ne riversi nella rete pubblica in modo intermittente solo quando gli impianti destinati a ricevere l'energia sono interrotti a garanzia del funzionamento dell'impianto ;*
- 4) se una tale interpretazione della definizione di «impianto di produzione di elettricità» sia compatibile con i principi generali di diritto dell'Unione del rispetto delle condizioni concorrenziali tra operatori in caso di concessione di incentivi e di proporzionalità della misura laddove non incentiva l'autoconsumo di energia elettrica attraverso il riconoscimento di quote di emissione CO2 gratuite per quegli impianti che ne facciano utilizzo” [Corte di giustizia UE, X sez., 1 marzo 2023, relativa a rinvio disposto dal T.a.r. per il Lazio, sez. II bis n. 836 del 2022; la Corte dopo avere richiamato la normativa rilevante della direttiva 2003/87 ed avere premesso che la ricorrente di cui al procedimento principale è una società operante nel campo della produzione ecosostenibile, la quale realizza pannelli truciolari con il 100% di legno riciclato, gestendo un impianto situato a Sustinente (Italia), rientrante nell'ambito di applicazione del sistema di scambio di quote di emissioni di gas e qualificato dal comitato ETS quale «impianto di produzione di elettricità», ai sensi dell'articolo 3, lettera u), della direttiva 2003/87, e pertanto non idoneo a beneficiare delle quote di emissioni a titolo gratuito nell'ambito del sistema di scambio di quote di emissioni di gas a*

effetto serra stabilito da tale direttiva, ha ritenuto irricevibile la domanda di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura, non rispettando la decisione di rinvio i requisiti fissati, rispettivamente, alla lettera a) e alla lettera c) dell'articolo 94 del regolamento di procedura].

Secondo la Corte di cassazione:

- c) il certificato CO₂ rappresenta quote di emissioni e si traduce in un'autorizzazione dello Stato o delle autorità pubbliche ad emettere gas ad effetto serra per un periodo determinato;
- d) tale certificato non ha natura di titolo di credito, poiché non conferisce il diritto ad una specifica prestazione collegabile a un rapporto obbligatorio, né ne è determinabile il valore economico, destinato ad emergere solo nel corso della negoziazione, ma va qualificato come bene immateriale, sicché la relativa cessione è assimilata ad una prestazione di servizi che, di conseguenza, sconta l'aliquota ordinaria dell'IVA [Cass. civ., sez. trib., n. 25492 del 2022 che passa in rassegna le possibili opzioni d'inquadramento dei certificati CO₂, per poi qualificarli come beni immateriali (*recte*, come bene similare), oggetto, ai fini IVA, di prestazioni di servizi, le quali per conseguenza scontano l'aliquota ordinaria dell'imposta: in termini, nella giurisprudenza unionale, Corte giust. 8 dicembre 2016, causa C-453/15, citata in motivazione, secondo cui l'art. 56, par. 1, lett. a), della direttiva 2006/112/Ce del consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'IVA, dev'essere interpretato nel senso che gli «altri diritti analoghi» di cui a tale disposizione includono le quote di emissione di gas a effetto serra definite all'art. 3, lett. a), della direttiva 2003/87/Ce del parlamento europeo e del consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella comunità e che modifica la direttiva 96/61/Ce del consiglio. Al fine, poi, di escludere la rilevanza sul tema trattato della direttiva 2014/65/Ue (direttiva MiFID II), la corte fa leva sulle linee guida espresse dal comitato consultivo IVA nel corso della riunione dell'8 luglio 2016 (*taxud* c.1 20166526943-910), secondo cui la definizione delle quote di emissione introdotte dalla direttiva 2003/87/Ce come strumenti finanziari alla luce della direttiva MiFID II non influenza la disciplina IVA a essi applicabile e, pertanto, non comporta l'applicazione delle disposizioni IVA previste per gli strumenti finanziari].

3.3. Cenni sulla nuova disciplina del 2023.

La direttiva 2003/87/CE è stata di recente modificata dalla direttiva (UE) 2023/958 del 10 maggio 2023 al fine di adeguarla agli impegni presi con l'Accordo di Parigi adottato il 12 dicembre 2015 nell'ambito della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change* - UNFCCC) - con cui si è convenuto di mantenere l'aumento della temperatura media mondiale ben al di sotto di 2° C rispetto ai livelli preindustriali e di proseguire l'azione volta a limitare tale aumento a 1,5° C rispetto ai livelli preindustriali, impegno rafforzato con l'adozione, nell'ambito dell'UNFCCC, del patto di Glasgow per il clima il 13 novembre 2021, in cui

la conferenza delle parti dell'UNFCCC, che funge da riunione delle parti dell'accordo di Parigi, riconosce che con un aumento della temperatura di 1,5 °C - invece che di 2 °C - gli effetti dei cambiamenti climatici saranno molto inferiori e decide di proseguire l'azione volta a limitare l'aumento della temperatura a 1,5 °C – nonché al regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio con cui l'Unione ha sancito nella legislazione l'obiettivo della neutralità climatica in tutti i settori dell'economia al più tardi entro il 2050 e l'obiettivo di conseguire successivamente emissioni negative.

Tale regolamento stabilisce inoltre un traguardo vincolante dell'Unione di riduzione interna delle emissioni nette di gas a effetto serra (emissioni al netto degli assorbimenti) di almeno il 55 % entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 e prevede che la Commissione si adoperi per allineare tutte le future proposte di misure o proposte legislative, comprese le proposte di bilancio, agli obiettivi di tale regolamento e, in ogni caso di mancato allineamento, ne fornisca i motivi nell'ambito della valutazione d'impatto che accompagna le proposte.

Secondo quanto specificato nel considerando 15 di tale direttiva *“La definizione degli impianti di produzione di energia elettrica è stata utilizzata per determinare il quantitativo massimo di quote assegnate a titolo gratuito all'industria nel periodo 2013-2020, ma ha comportato una differenza di trattamento tra gli impianti di cogenerazione e gli impianti industriali. Al fine di incentivare l'uso della cogenerazione ad alto rendimento e condizioni di parità per tutti gli impianti che beneficiano di quote gratuite per la produzione di calore e il teleriscaldamento, è opportuno sopprimere tutti i riferimenti agli impianti di produzione di elettricità contenuti nella direttiva 2003/87/CE. Inoltre, il regolamento delegato (UE) 2019/331 della Commissione specifica i dettagli relativi alle condizioni di ammissibilità alle assegnazioni gratuite di tutti i processi industriali. Pertanto, le disposizioni in materia di cattura e stoccaggio del carbonio di cui all'articolo 10 bis, paragrafo 3, della direttiva 2003/87/CE sono diventate obsolete e dovrebbero essere soppresse”*.

4. La natura degli atti del G.s.e.: il potere di verifica sulla quota d'obbligo e i certificati verdi.

4.1. Il potere di verifica.

L'obbligo del rispetto di una quota d'obbligo di energie rinnovabili è stato introdotto in Italia con il d.l.gs. n. 79 del 1999.

In particolare l'articolo 11 prevede che: *«Al fine di incentivare l'uso delle energie rinnovabili, il risparmio energetico, la riduzione delle emissioni di anidride carbonica e l'utilizzo delle risorse energetiche nazionali, a decorrere dall'anno 2001 gli importatori e i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili hanno l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale, nell'anno successivo, una quota prodotta da impianti da fonti rinnovabili entrati in esercizio o ripotenziati, limitatamente alla producibilità aggiuntiva, in data successiva a quella di entrata in vigore del decreto stesso»*. Il successivo comma 3 aggiunge che *«gli stessi soggetti possono adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori»*. Il rispetto della quota d'obbligo può pertanto essere adempiuto anche attraverso il sistema dei certificati verdi, ossia titoli negoziabili che attestano la produzione di 1 MWh di energia rinnovabile e sono emessi dal G.s.e. su richiesta dei produttori di energie rinnovabili.

Il meccanismo è in sostanza è il seguente: un impianto qualificato IAFR (ossia alimentato da fonti rinnovabili) produce energia emettendo meno CO₂ di un impianto alimentato da fonti fossili, per cui può richiedere ed ottenere certificati da rivendere ai soggetti che sono obbligati a rispettare la quota d'obbligo ma che non possono o non riescono a farlo in modo autonomo. Pertanto i produttori e gli importatori di energia proveniente da forme convenzionali (es. petrolio, gas, carbone) hanno l'obbligo di immettere nella rete una quota minima e predeterminata di energia verde, ossia da fonti rinnovabili (circa 2% della propria produzione, quota poi sottoposta a successivi incrementi su base annuale). In alternativa hanno l'obbligo di acquistare un valore corrispondente di "certificati verdi", ossia di titoli negoziabili che sono emessi dai produttori di energia rinnovabile che vengono acquistati dai produttori (od importatori) di energia proveniente soltanto da fonti convenzionali. E tanto proprio al fine di garantire il rispetto della predetta "quota d'obbligo".

La verifica del rispetto della quota d'obbligo è effettuata dal G.s.e. con cadenza annuale al fine di definire entro termini ristretti l'assetto dei rapporti derivanti dall'art. 11 d.lgs. n. 79 del 1999; il G.s.e. valuta il rispetto della quota d'obbligo in relazione alla tipologia di impianto esercito e di energia prodotta e, in caso di esito negativo, il procedimento sanzionatorio (solo attivato dal G.s.e.) è di competenza della ARERA ed ha ad oggetto l'inadempimento rispetto all'obbligo di provvedere entro 30 giorni all'integrazione di certificati verdi richiesti dal G.s.e., e non il riesame dell'*an* che è oggetto dell'attività di verifica già svolta dal G.s.e. autonomamente.

La stessa normativa primaria (art. 11, comma 5, d.lgs. n. 79 del 1999) ha affidato al ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (corrispondente all'odierno ministro dello sviluppo economico), di concerto con il ministro dell'ambiente, il compito di dettare direttive per la concreta attuazione della previsione legislativa inerente alla quota d'obbligo. È stata quindi introdotta, in via di normazione secondaria, una dettagliata disciplina delle modalità di esercizio di tale controllo, attraverso un vero e proprio procedimento amministrativo, affidato al G.s.e. Tali direttive sono state emanate dapprima con il d.m. 11 novembre 1999: ai sensi dell'art. 3 di tale d.m., che disciplina le modalità di quantificazione dell'energia soggetta all'obbligo, i produttori trasmettono un'autocertificazione, riferita all'anno precedente, attestante le importazioni e produzioni di energia non rinnovabile. Successivamente, le direttive attuative sono state aggiornate dal d.m. 24 ottobre 2005 (adottato in attuazione dell'art. 20, comma 8, d.lgs. n. 387 del 2003, e a far tempo dal novembre 2006) ed il d.m. del 1999 è stato abrogato con salvezza degli «effetti dispiegati» e dei «diritti acquisiti». Tale ultimo d.m. conferma il meccanismo dell'autocertificazione (art. 3) e della verifica annuale (art. 7), prevedendo altresì (art. 7, comma 4) la segnalazione dell'eventuale inottemperanza all'Autorità «ai fini dell'applicazione delle sanzioni» contemplate dall'art. 4, comma 2, d.lgs. 38 del 2003 cit. a partire dal 2004». Il suddetto art. 4, al comma 3, prevede in particolare che «i soggetti che omettono di presentare l'autocertificazione [...] sono considerati inadempienti per la quantità di certificati correlata al totale di elettricità importata e prodotta nell'anno precedente»; inoltre, l'art. 7, comma 5, del nuovo decreto introduce a carico del gestore l'obbligo di comunicare ai ministeri competenti i soggetti inadempienti e l'entità degli inadempimenti ai fini dell'eventuale adozione di «idonee iniziative che tengano conto dell'entità complessiva delle inadempienze, della congruità delle sanzioni comminate e del

grado di raggiungimento degli obiettivi connessi agli impegni di riduzione delle emissioni inquinanti assunti in sede comunitaria ed internazionale in applicazione del protocollo di Kyoto». Il d.m. 24 ottobre 2005 è stato successivamente abrogato e sostituito dal d.m. 18 dicembre 2008, il cui art. 13 conferma, peraltro, nei suoi tratti distintivi, la disciplina in materia di verifica annuale di adempimento dell'obbligo già dettata dall'art. 7 del citato d.m. del 2005.

Ciò posto, secondo la giurisprudenza amministrativa:

- a) gli atti con cui il G.s.e. accerta il mancato assolvimento, da parte degli importatori o produttori di energia da fonte rinnovabile, dell'obbligo stabilito dall'art. 11 d.lgs. n. 79 del 1999 hanno natura provvedimento; pertanto, fatto salvo il legittimo esercizio, ricorrendone i presupposti, dell'autotutela amministrativa, tali atti diventano definitivi ove non impugnati nei termini decadenziali di legge, avuto riguardo alla stretta correlazione tra atto di accertamento dell'inadempimento (con consequenziale attribuzione all'operatore economico dello stigma di soggetto inadempiente) ed il sistema delle sanzioni correlate a quell'accertamento e alla necessaria esigenza di certezza giuridica e di stabilità del provvedimento del G.s.e. che accerta l'inadempienza dell'operatore economico rispetto all'obbligo di legge, in funzione propedeutica al sistema sanzionatorio affidato alle cure di altre autorità amministrative;
- b) hanno invece natura non provvedimento gli atti con cui il G.s.e. accerta in positivo l'avvenuto puntuale adempimento del suddetto obbligo da parte degli operatori, rivolgendosi in una mera presa d'atto dell'assolvimento degli obblighi discendenti direttamente dalla legge in cui ciò che rileva, sul piano del controllo amministrativo, è che quel soggetto per quell'anno non può essere ritenuto inadempiente [Ad. plen. n. 9 del 2019 in relazione a fattispecie regolata *ratione temporis* dall'art. 11 d.lgs. n. 79 del 1999 abrogato, ad eccezione del comma 4, dal d.lgs. 3 marzo 2011 n. 28 di attuazione della direttiva 2009/28/CE];
- c) ad avviso della plenaria tale soluzione duale riguardo alla natura degli atti del G.s.e. (provvedimentale/non provvedimento, a seconda degli esiti del procedimento di verifica) è pienamente coerente con la scelta legislativa, non altrimenti giustificabile ove non connessa all'esercizio di poteri amministrativi - cfr. Corte cost. n. 292 del 2000, n. 204 del 2004 e n. 140 del 2007 - di affidare alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo la giurisdizione anche di questa materia, sia che vengano in gioco poteri autoritativi in senso tecnico e quindi interessi legittimi, sia che si controverta di meri diritti soggettivi di natura patrimoniale, solo indirettamente collegati all'esercizio di un potere autoritativo nel cui ambito pur si inseriscono, come appunto quelli dedotti in termini di *condictio indebiti* con l'atto introduttivo del giudizio;
- d) la plenaria ha affrontato la tematica delle funzioni svolte dal G.s.e. in sede di verifica del rispetto della c.d. quota d'obbligo evidenziando in primo luogo che si tratta di obbligo posto nel preminente interesse della collettività alla graduale riduzione della componente di anidride carbonica presente nell'atmosfera, corrispondente al superiore interesse a verificarne la concreta osservanza da parte dello Stato (da intendersi sia come Stato-persona, in rapporto ai vincoli internazionali nascenti

dalla firma del c.d. protocollo di Kyoto, sia come Stato comunità in rappresentanza dell'interesse collettivo al miglioramento della qualità ambientale). Il compito di verifica affidato al G.s.e. si risolve pertanto in una eminente funzione amministrativa di controllo sull'attività economica privata, inquadrandosi nell'alveo dei controlli, espressamente previsti dalla Carta costituzionale (art. 41, comma 3, Cost.), che i pubblici poteri esercitano sull'attività economica privata per assicurare che la stessa persegua gli specifici fini sociali previsti dalla legge [In tale contesto, l'adempimento della quota d'obbligo, riguardata dal versante dei soggetti obbligati, si atteggia alla stregua di una prestazione patrimoniale imposta (art. 23 Cost.) la cui previsione a livello di normazione primaria (art. 11 d.lgs. n. 79 del 1999) soddisfa il requisito costituzionale della riserva relativa di legge in materia di prestazioni patrimoniali imposte, nonché di funzioni amministrative esercitate da soggetti privati].

4.2. I certificati verdi.

A differenza del sistema di incentivi Cip 6/92, il meccanismo dei certificati verdi non prevede la cessione dell'energia elettrica incentivata. Il certificato verde è un incentivo corrisposto sulla produzione netta dell'impianto, ma l'energia prodotta resta nella disponibilità del produttore, che può venderla o utilizzarla per i propri fabbisogni. Pertanto, nel sistema di incentivazione Cip 6/92 si evidenzia un vincolo ulteriore rispetto al sistema dei certificati verdi: l'energia elettrica incentivata deve essere anche consegnata al G.s.e., il quale, a sua volta, la cede al mercato. Con i certificati verdi tale vincolo non è presente. I d.m. attuativi del sistema di incentivazione dei certificati verdi definiscono “produzione netta di un impianto” la produzione lorda diminuita dell'energia elettrica assorbita dai servizi ausiliari e delle perdite nei trasformatori principali. I decreti stabiliscono altresì che l'energia elettrica assorbita dai servizi ausiliari e le perdite nei trasformatori principali siano definite dal G.s.e. nell'ambito della qualifica Iafr, come quota risultante dalle misure elettriche oppure come quota forfetaria della produzione lorda. In entrambi i regimi di incentivazione la quantificazione dei servizi ausiliari è frutto di una valutazione caso per caso, approvata dal G.s.e. in sede di sottoscrizione della convenzione Cip 6/92 o del rilascio della qualifica Iafr (Cons. Stato, sez. II, n. 10530 del 2022).

E' stata rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

“se l'articolo 18 TFUE, nella parte in cui vieta ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità nel campo di applicazione dei Trattati;
se gli articoli 28 e 30 TFUE, nonché l'art. 6 dell'accordo di libero scambio CEE – Svizzera, nella parte in cui dispongono l'abolizione dei dazi doganali sulle importazioni e misure aventi effetto equivalente;
se l'articolo 110 TFUE, nella parte in cui vieta imposizioni fiscali sulle importazioni superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali similari;
se l'articolo 34 TFUE, nonché l'art. 13 dell'accordo di libero scambio CEE – Svizzera, nella parte in cui vietano l'adozione di misure aventi effetto equivalente a restrizioni quantitative sulle importazioni;

se gli articoli 107 e 108 TFUE, nella parte in cui vietano di dare esecuzione ad una misura di aiuto di Stato non notificata alla Commissione ed incompatibile con il mercato interno;

se la direttiva 2009/28/CE, nella parte in cui si prefigge di favorire il commercio intra-comunitario di elettricità verde favorendo, altresì, la promozione delle capacità produttive dei singoli Stati membri;

ostino ad una legge nazionale che imponga agli importatori di elettricità verde un onere pecuniario non applicabile ai produttori nazionali del medesimo prodotto” [Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 6078 del 2019 riferita a fattispecie relativa a provvedimento del G.s.e. con cui si imponeva alla società appellante (importatrice in Italia di “energia verde” o “pulita”) l’obbligo di acquisto dei certificati verdi (la Corte UE non si è pronunciata perché l’appellante ha rinunciato all’appello e all’istanza di rinvio pregiudiziale). L’ordinanza di remissione evidenzia che in base al d.l.gs. n. 387 del 2003 gli importatori di energia erano tenuti ad immettere una determinata quota proveniente da fonti rinnovabili o, in alternativa, ad acquistare certificati verdi per il corrispondente valore (art. 20, comma 3). In caso di immissione di energia verde prodotta in altri Stati membri, sarebbe stata sufficiente una specifica attestazione di provenienza. La società ricorrente, in base a tale disciplina, veniva dunque esonerata dall’obbligo di acquisto di certificati verdi dal momento che la stessa importava energia verde certificata proveniente da Francia e Svizzera (con la quale l’UE aveva raggiunto uno specifico accordo bilaterale); il d.l.gs. n. 28 del 2011 (art. 25, comma 11) ha invece abrogato la citata disposizione di cui al d.l.gs. n. 387 del 2003. Pertanto l’energia importata sarebbe in ogni caso considerata, *iuris et de iure*, come proveniente da fonti non rinnovabili. Essa non equivale - pur se ricavata da fonti rinnovabili - alla energia pulita prodotta nel territorio italiano e dunque non concorre al raggiungimento del predetto obiettivo di livello nazionale: di qui l’obbligo di acquistare certificati verdi imposto all’impresa dal G.s.e. e la conseguenziale impugnativa innanzi al T.a.r. per il Lazio, che respingeva il ricorso sulla base di quanto affermato nella pronuncia della Corte di giustizia del 1° luglio 2014, C-573/12. Il Consiglio di Stato ha adottato l’indicata ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di stabilire se un simile onere pecuniario (non applicabile ai produttori nazionali della medesima forma di energia) sia in ogni caso compatibile con i principi e con le norme comunitarie vigenti *in subiecta materia*; ciò in quanto nella prospettiva della società appellante una simile scelta si rivelerebbe alla stregua di inammissibile aiuto di stato o comunque di restrizione quantitativa all’importazione o di tassa di effetto equivalente, disvelando tale misura quale unico obiettivo quello di agevolare esclusivamente i produttori di energia pulita stanziati nel territorio italiano. Peraltro ad avviso del Consiglio di Stato una simile scelta del legislatore del 2011 potrebbe comunque risultare orientata al maggior sviluppo possibile della produzione interna di energia da fonte rinnovabile, così determinando un più elevato livello di realizzazione degli obiettivi nazionali e, soprattutto, un più incisivo standard di tutela dell’ambiente e della salute. Entro questi termini la misura si rivelerebbe giustificata nonché proporzionata rispetto alla restrizione quantitativa comunque determinatasi in merito ai livelli di energia importata da altri Stati membri]. Le illustrate questioni

non sono state decise dopo che l'appello al Consiglio di Stato è stato rinunciato e il rinvio pregiudiziale conseguentemente ritirato.

Non può applicarsi ai certificati verdi la novella introdotta in materia di certificati bianchi dalla l. n. 124 del 2017, secondo la quale il G.s.e. non può pretendere la restituzione dei titoli corrisposti sulla base delle richieste di rilascio già approvate quando le difformità tra l'intervento di efficienza energetica proposto e la normativa vigente all'epoca di presentazione dell'iniziativa non dipendano da discordanze tra quanto dichiarato e quanto realizzato, ovvero da documenti non veritieri o dichiarazioni mendaci rese dal proponente; ciò alla luce delle differenze sostanziali tra i due incentivi (certificati verdi e certificati bianchi) e, soprattutto, della generale preclusione di qualsiasi integrazione analogica o interpretazione estensiva delle disposizioni normative, necessariamente speciali, che introducono finanziamenti e benefici economici, sempre soggette ad un'esegesi rigorosa.

E' pertanto legittimo il provvedimento del G.s.e. adottato in sede di verifica ex art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 relativamente ad un impianto di cogenerazione abbinato alla rete di teleriscaldamento che ridetermini l'incentivo spettante al suddetto impianto, ingiungendo la restituzione di certificati verdi erroneamente conteggiati, perché relativi ad utenze termiche connesse non alla rete di teleriscaldamento, così come originariamente costruita, ma ad estensioni della rete stessa, realizzate in data successiva al 31 dicembre 2009 [che, quindi, non avrebbero potuto concorrere alla determinazione della quota di energia termica per la quale il produttore ha diritto a richiedere tale tipologia di certificati (Cons. Stato, sez. IV. n. 5802 del 2023 con richiamo a Cons. Stato, sez. IV, n. 8422 del 2020 e a Corte di giustizia UE, 29 aprile 2021, C-617/19)].

5. Il superamento dei certificati verdi: le tariffe omnicomprensive.

Il d.lgs. n. 28 del 2011 ha segnato il passaggio dai certificati verdi alle tariffe omnicomprensive.

In particolare l'art. 24 di tale d.lgs. disciplina i meccanismi di incentivazione relativi alla produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012, mentre il successivo art. 25 prevede la disciplina transitoria per gli incentivi relativi agli impianti entrati in esercizio in data antecedente al 31 dicembre 2012.

Il nuovo sistema, basato sulle tariffe omnicomprensive consiste nell'erogazione di una tariffa includente sia l'incentivazione sia il ricavo da vendita dell'energia.

Segnatamente, l'art. 25 comma 1, relativo agli impianti entrati in esercizio in data antecedente al 31 dicembre 2012 detta la disciplina transitoria in relazione a tali impianti prevedendo che *“La produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili, entrati in esercizio entro il 31 dicembre 2012, e' incentivata con i meccanismi vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, con i correttivi di cui ai commi successivi”*, i quali prevedono che *“2. L'energia elettrica importata a partire dal 1° gennaio 2012 non e' soggetta all'obbligo di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, esclusivamente nel caso in cui concorra al raggiungimento degli obiettivi nazionali di cui all'articolo 3. 3. A partire dal 2013, la quota d'obbligo di cui all'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, si riduce linearmente in ciascuno degli anni successivi, a partire dal valore assunto per l'anno 2012 in base alla normativa vigente, fino ad annullarsi per l'anno 2015. 4. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2, comma 148, della legge 24 dicembre 2007 n. 244, il GSE ritira annualmente i certificati verdi rilasciati per le produzioni*

da fonti rinnovabili degli anni dal 2011 al 2015, eventualmente eccedenti quelli necessari per il rispetto della quota d'obbligo. Il prezzo di ritiro dei predetti certificati è pari al 78 per cento del prezzo di cui al citato comma 148. Il GSE ritira altresì i certificati verdi, rilasciati per le produzioni di cui ai medesimi anni, relativi agli impianti di cogenerazione abbinati a teleriscaldamento di cui all'articolo 2, comma 3, lettera a), del decreto del Ministro delle attività produttive del 24 ottobre 2005, pubblicato nel Supplemento ordinario della Gazzetta Ufficiale 14 novembre 2005, n. 265. Il prezzo di ritiro dei certificati di cui al precedente periodo è pari al prezzo medio di mercato registrato nel 2010. Conseguentemente, a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono abrogati i commi 149 e 149-bis dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244. 5. Ai soli fini del riconoscimento della tariffa di cui alla riga 6 della tabella 3 allegata alla legge 24 dicembre 2007, n. 244 i residui di macellazione, nonché i sottoprodotti delle attività agricole, agroalimentari e forestali, non sono considerati liquidi anche qualora subiscano, nel sito di produzione dei medesimi residui e sottoprodotti o dell'impianto di conversione in energia elettrica, un trattamento di liquefazione o estrazione meccanica. 6. Le tariffe fisse omnicomprendenti previste dall'articolo 2, comma 145, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 restano costanti per l'intero periodo di diritto e restano ferme ai valori stabiliti dalla tabella 3 allegata alla medesima legge per tutti gli impianti che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012. 7. I fattori moltiplicativi di cui all'articolo 2, comma 147, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 e all'articolo 1, comma 382-quater, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, restano costanti per l'intero periodo di diritto e restano fermi ai valori stabiliti dalle predette norme per tutti gli impianti che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012. 8. Il valore di riferimento di cui all'articolo 2, comma 148, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 resta fermo al valore fissato dalla predetta norma per tutti gli impianti che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012.

I successivi due commi dell'art. 25 d.lgs. n. 28 del 2011 sono invece relativi alle tariffe per gli impianti fotovoltaici e prevedono che “9. Le disposizioni del decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 agosto 2010, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 197 del 24 agosto 2010, si applicano alla produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici che entrino in esercizio entro il 31 maggio 2011. 10. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2-sexies del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 2010, n. 41, l'incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici che entrino in esercizio successivamente al termine di cui al comma 9 è disciplinata con decreto del Ministro dello sviluppo economico, da adottare, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del mare, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro il 30 aprile 2011, sulla base dei seguenti principi:

- a) determinazione di un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono ottenere le tariffe incentivanti;
- b) determinazione delle tariffe incentivanti tenuto conto della riduzione dei costi delle tecnologie e dei costi di impianto e degli incentivi applicati negli Stati membri dell'Unione europea;
- c) previsione di tariffe incentivanti e di quote differenziate sulla base della natura dell'area di sedime;
- d) applicazione delle disposizioni dell'articolo 7 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, in quanto compatibili con il presente comma.

Tali ultimi due commi segnano il passaggio dal terzo al quarto conto energia, quale speciale meccanismo incentivante previsto per gli impianti fotovoltaici (cfr. § 6).

L'art. 24 disciplina i meccanismi incentivanti gli impianti alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012, prevedendo che “1. La produzione di energia elettrica da impianti alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012 è incentivata tramite gli strumenti e sulla base dei criteri generali di cui al comma 2 e dei criteri

specifici di cui ai commi 3 e 4. La salvaguardia delle produzioni non incentivate è effettuata con gli strumenti di cui al comma 8.

2. La produzione di energia elettrica dagli impianti di cui al comma 1 è incentivata sulla base dei seguenti criteri generali:

a) l'incentivo ha lo scopo di assicurare una equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio;

b) il periodo di diritto all'incentivo è pari alla vita media utile convenzionale delle specifiche tipologie di impianto e decorre dalla data di entrata in esercizio dello stesso;

c) l'incentivo resta costante per tutto il periodo di diritto e può tener conto del valore economico dell'energia prodotta;

d) gli incentivi sono assegnati tramite contratti di diritto privato fra il GSE e il soggetto responsabile dell'impianto, sulla base di un contratto-tipo definito dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del primo dei decreti di cui al comma 5;

e) fatto salvo quanto previsto dalla lettera i) del presente comma e dalla lettera c) del comma 5, l'incentivo è attribuito esclusivamente alla produzione da nuovi impianti, ivi inclusi quelli realizzati a seguito di integrale ricostruzione, da impianti ripotenziati, limitatamente alla producibilità aggiuntiva, e da centrali ibride, limitatamente alla quota di energia prodotta da fonti rinnovabili;

g) per biogas, biomasse e bioliquidi sostenibili l'incentivo tiene conto della tracciabilità e della provenienza della materia prima, nonché dell'esigenza di destinare prioritariamente:

f) l'incentivo assegnato all'energia prodotta da impianti solari fotovoltaici è superiore per gli impianti ad alta concentrazione (400 soli) e tiene conto del maggior rapporto tra energia prodotta e superficie utilizzata;

i. le biomasse legnose trattate per via esclusivamente meccanica all'utilizzo termico;

ii. i bioliquidi sostenibili all'utilizzo per i trasporti;

iii. il biometano all'immissione nella rete del gas naturale e all'utilizzo nei trasporti.

h) per biogas, biomasse e bioliquidi sostenibili, in aggiunta ai criteri di cui alla lettera g), l'incentivo è finalizzato a promuovere:

i. l'uso efficiente di rifiuti e sottoprodotti, di biogas da reflui zootecnici o da sottoprodotti delle attività agricole, agro-alimentari, agroindustriali, di allevamento e forestali, di prodotti ottenuti da coltivazioni dedicate non alimentari, nonché di biomasse e bioliquidi sostenibili e biogas da filiere corte, contratti quadri e da intese di filiera;

ii. la realizzazione di impianti operanti in cogenerazione;

iii. la realizzazione e l'esercizio, da parte di imprenditori agricoli, di impianti alimentati da biomasse e biogas asserviti alle attività agricole, in particolare di micro e minicogenerazione, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, tenuto conto di quanto previsto all'articolo 23, comma 1;

i) l'incentivo è altresì attribuito, per contingenti di potenza, alla produzione da impianti oggetto di interventi di rifacimento totale o parziale, nel rispetto dei seguenti criteri:

i. l'intervento è eseguito su impianti che siano in esercizio da un periodo pari almeno ai due terzi della vita utile convenzionale dell'impianto;

ii. l'incentivo massimo riconoscibile non può essere superiore, per gli interventi di rifacimento parziale, al 25% e, per gli interventi di rifacimento totale, al 50% dell'incentivo spettante per le produzioni da impianti nuovi; nel caso degli impianti alimentati a biomassa, ivi compresi quelli alimentati con la frazione biodegradabile dei rifiuti, l'incentivo massimo riconoscibile non può essere superiore, per gli interventi di rifacimento parziale, all'80% e, per gli interventi di rifacimento totale, al 90% dell'incentivo spettante per le produzioni da impianti nuovi;

iii. l'incentivo in ogni caso non si applica alle opere di manutenzione ordinaria e alle opere effettuate per adeguare l'impianto a prescrizioni di legge;

iv. l'incentivo non si applica alle produzioni da impianti che beneficiano di incentivi già attribuiti alla data di entrata in vigore del presente decreto o attribuiti ai sensi del presente articolo, per tutto il periodo per il quale è erogato l'incentivo in godimento.

L'articolo 56, comma 6-bis, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 ha aggiunto al comma 2 le seguenti previsioni, “i-bis) deve essere assicurata prioritaria possibilità di partecipazione agli incentivi a chi installi impianti fotovoltaici a seguito di rimozione dell'amianto, con agevolazioni premiali e modalità di partecipazione quanto più possibile ampie. A tali fini:

1) non è necessario che l'area dove è avvenuta la sostituzione dell'amianto coincida con quella dove viene installato l'impianto, purché l'impianto sia installato sullo stesso edificio o in altri edifici catastalmente confinanti nella disponibilità dello stesso soggetto;

2) gli impianti fotovoltaici potranno occupare una superficie maggiore di quella dell'amianto sostituito, fermo restando che in tale caso saranno decurtati proporzionalmente in modo forfettario i benefici aggiuntivi per la sostituzione dell'amianto;

i-ter) qualora nel corso delle procedure di assegnazione degli incentivi si verifichi un eccesso di offerta per gli impianti sopra o sotto una determinata soglia di potenza, con il decreto di cui al comma 5, la parte degli incentivi non assegnati può essere destinata ad altre procedure per impianti di potenza diversa dove vi sia eccesso di domanda”.

I commi 3 e 4 disciplinano i meccanismi di incentivazione a seconda della potenza degli impianti mentre il comma 5 rinvia a decreti del Ministro dello sviluppo economico - di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e, per i profili di competenza, con il Ministro delle politiche agricole e forestali, sentite l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e la Conferenza unificata - per la definizione delle modalità per l'attuazione dei sistemi di incentivazione, nel rispetto dei criteri di cui ai precedenti commi 2, 3 e 4.

Secondo quanto evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. II, n. 10343 del 2022) il d.lgs. n. 28 del 2011 ha pertanto previsto il passaggio ad un nuovo sistema di incentivazione per gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012, rinviando ad un d.m. per la disciplina delle modalità, tra le altre, relative alla transizione dal vecchio al nuovo meccanismo di incentivazione e, in particolare, delle modalità per la commutazione del diritto a fruire dei certificati verdi, per gli anni successivi al 2015, nel diritto ad accedere, per il residuo periodo di diritto ai certificati verdi, a un incentivo in base al nuovo sistema, in modo da garantire la redditività degli investimenti effettuati (art. 24 comma 5 lettera c)

In attuazione dell'articolo 24, comma 5, lettera c), primo periodo, del decreto legislativo n. 28 del 2011, è stato, pertanto, emanato il d.m. 6 luglio 2012, che, all'art. 19 ha indicato un criterio matematico di commutazione dei certificati verdi in incentivi; all'art. 20 il rilascio e il ritiro dei certificati verdi relativi alle produzioni degli anni dal 2012 al 2015 con frequenza trimestrale, secondo i valori indicati nella stessa norma dell'art. 19.

L'art. 24, al comma 2 lettera d), d.lgs. n. 28 del 2011, ha disposto l'assegnazione degli incentivi “tramite contratti di diritto privato fra il G.s.e. e il soggetto responsabile dell'impianto, sulla base di un contratto-tipo definito dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas”.

L'art. 21, comma 8, d.m. 6 luglio 2012 ha dunque previsto, per l'accesso ai meccanismi di incentivazione, la stipula di un "contratto di diritto privato" con il G.s.e., rinviando all'Autorità per l'energia elettrica e il gas per la definizione ("entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente decreto"), del contratto-tipo di cui all'articolo 24, comma 2, lettera d), del decreto legislativo n. 28 del 2011.

Con deliberazione 16 maggio 2013, n. 207/2013/R/EFR, ARERA ha, quindi, provveduto alla approvazione del contratto-tipo predisposto dal G.s.e. "ai fini dell'erogazione degli incentivi previsti per gli impianti alimentati da fonti rinnovabili diverse dalla fonte solare".

Sulla base di tale contratto-tipo il G.s.e. ha predisposto uno schema di convenzione anche per la commutazione dei certificati verdi in tariffa incentivante. Tale schema è stato pubblicato sul sito del G.s.e. il 20 aprile 2016.

Inoltre secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di energia, in relazione alla controversia concernente la transizione da parte delle società - titolari di impianti di produzione di energia da fonte diversa da quella fotovoltaica (idraulica, eolica, a biogas di discarica, a biomasse solide, a biomasse liquide) già ammesse agli incentivi con il sistema dei c.d. certificati verdi - al nuovo regime incentivante mediante tariffa onnicomprensiva, previsto per quelli entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012 dall'art. 24 d.lgs. n. 28 del 2011, e dal d.m. 6 luglio 2012, adottato in sua esecuzione, l'art. 24 d.lgs. n. 28 del 2011 non ha esaurito la disciplina del sistema di incentivazione anche nella fase di transizione dal vecchio al nuovo regime, rimettendone la regolamentazione alla decretazione ministeriale (d.m. 6 luglio 2012, art. 19) sulla base di criteri indicati dalla stessa anzidetta norma primaria, i quali fanno riferimento anche all'intervento del Gestore sulla base di negozi privatistici con funzione pubblicistica regolativa dell'obiettivo incentivante. (Cons. Stato, Sez. II, nr. 10252, 10246, 10255, 10249, 10236, 10150, 10135, 10132, 10129, 10120, 10114, 10117, 10007, 9969 del 2022).

Il Consiglio di Stato ha infatti chiarito, con riguardo al passaggio dal vecchio al nuovo regime come non si possa ritenere che la disciplina dei certificati verdi sia regolata in modo tassativo dall'art. 24 comma 5 lettera c) e dagli artt. 19 e 20 del d.m. 6 luglio 2012, con la conseguenza della illegittimità dell'applicazione delle altre previsioni introdotte dal d.lgs. 28 del 2011 e dal decreto di attuazione, tra cui quelle relative all'utilizzo degli strumenti convenzionali.

In primo luogo in quanto, pur essendo prevista una specifica disciplina "transitoria" di validità dei "certificati verdi", anche tale disciplina transitoria rientra nel complesso dell'assetto normativo dei nuovi meccanismi di incentivazione di cui al d.lgs. 28 del 2011 e al d.m. 6 luglio 2012.

Ciò in base alla stessa lettera c) del comma 5 dell'art. 24 che ha fatto riferimento alla commutazione del diritto a fruire dei certificati verdi per gli anni successivi al 2015, nel diritto ad accedere, "a un incentivo ricadente nella tipologia di cui al comma 3", quindi, integralmente disciplinato dal nuovo sistema, considerando che il comma 3 prevede i criteri specifici di ammissione agli incentivi.

Inoltre in quanto, anche sotto il profilo sistematico, la previsione del comma 5, relativa alla transizione del regime dei certificati verdi, è collocata all'interno dell'art. 24, peraltro successivamente ai commi 2 e 3, che riguardano i criteri generali e specifici per

l'erogazione degli incentivi; in particolare al comma 2 è posto espressamente l'obbligo della stipula del contratto di diritto privato.

L'art. 24, pertanto disciplina in via generale il nuovo meccanismo incentivante, tra cui deve ritenersi compreso il sistema transitorio indicato alla lettera c), per gli impianti già ammessi al regime dei certificati verdi, per i quali, dunque, - tranne le specifiche previsioni relative alle modalità di conversione dei certificati in incentivi - si devono ritenere applicabili anche le norme generali.

Infatti, la conversione dei certificati verdi, in concreto realizzata tramite la formula specificata dall'art. 19 del d.m. 6 luglio 2012, costituisce, comunque, un incentivo, che, anche se disciplinato diversamente - in particolare rispetto alle modalità di calcolo - è soggetta alle medesime procedure applicate dal G.s.e. agli impianti entrati in esercizio successivamente al 31 dicembre 2012 [Cons. Stato, sez. II, n. 10343 del 2022 che ha riformato la sentenza del T.a.r. per il Lazio che aveva accolto il ricorso proposto dal titolare di un impianto di produzione di energia da fonte eolica (con qualificazione IAFR conseguita in data 26 ottobre 2012), entrato in esercizio dal 16 novembre 2012, ammesso a beneficiare del sistema di incentivazione mediante rilascio dei c.d. certificati verdi, secondo il meccanismo, disciplinato dall'art. 2, comma 144, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 e dal d.m. 18 dicembre 2008, che aveva impugnato lo schema di convenzione adottato dal G.s.e, nella parte in cui subordina il riconoscimento degli incentivi, di cui all'art. 19 del d.m. 6 luglio 2012, per gli impianti entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012, alla sottoscrizione ed alla validità ed efficacia della convenzione stessa nonché l'art. 21, comma 8, del d.m. 6 luglio 2012, ove interpretato nel senso che l'obbligo di sottoscrizione di contratti di diritto privato con il G.s.e. trovi applicazione anche per gli impianti entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012 e incentivati, ai sensi dell'art. 19 del d.m. 6 luglio 2012, nonché alle procedure adottate dal G.s.e. per la conversione dei certificati verdi in incentivo, deducendo che la norma di legge regolante tale conversione sarebbe stato solo l'art. 24 comma 5 lettera c), che non prevedeva la sottoscrizione della convenzione.].

6. Gli incentivi per gli impianti fotovoltaici.

La complessiva normativa di settore sugli impianti da fonti rinnovabili comprende fonti internazionali (il c.d. Protocollo di Tokio), fonti europee (la direttiva 2001/77/CE, la direttiva 2009/28/CE e la direttiva (UE) 2018/2001), fonti statali primarie (i decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, 29 novembre 2003, n. 387 e 3 marzo 2011, n. 28, l'art. 65 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella legge 24 marzo 2012, n.27) e secondarie (i successivi decreti ministeriali di attuazione).

Il d.lgs. n. 387 del 2003 (*“Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità”*) dispone che *“Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, d'intesa con la Conferenza unificata, adotta uno o più decreti con i quali sono definiti i criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica dalla fonte solare”* (art. 7, comma 1) e al comma 2, lett. d) ha previsto una specifica tariffa incentivante per l'energia prodotta mediante conversione fotovoltaica della fonte solare di importo decrescente e di durata tali da garantire una equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio.

Tale disposizione è fonte di un potere certamente destinato a non esaurirsi con l’emanazione del primo decreto attuativo. Da un lato, infatti, la stessa disposizione legislativa prevede espressamente la possibilità di una pluralità di decreti ministeriali (“adotta uno o più decreti”); dall’altro lato, la possibilità che il potere attribuito venga esercitato con più atti discende dal principio di inesauribilità del potere amministrativo, a sua volta corollario della necessità che la tutela dell’interesse pubblico sia continuamente assicurata. Tali decreti ministeriali hanno natura regolamentare e non di atto amministrativo generale, avuto riguardo alla indeterminabilità dei suoi destinatari non solo a priori ma anche a posteriori (Ad. plen. n. 9 del 2012).

I decreti adottati in base al suddetto articolo 7 d.lgs. 387 del 2003 sono noti con la denominazione di "Conti energia" e sono identificati con numero ordinale progressivo in relazione alle versioni via via succedutesi, con le quali sono state avviate cinque diverse procedure di accesso alle incentivazioni.

In materia di impianti fotovoltaici si segnala inoltre la recente previsione recata dall’art. 9 *bis* d.l. 18 novembre 2022, n. 176 secondo cui ai fini dell’applicazione della normativa in materia - di cui all’articolo 2, comma 173, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, di cui all’articolo 6, comma 4, lettera d), del decreto del Ministro dello sviluppo economico 19 febbraio 2007, di cui agli articoli 19 e 20 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 agosto 2010, di cui all’articolo 25 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 5 maggio 2011, e di cui all’articolo 17 del decreto del Ministro dello sviluppo economico 5 luglio 2012 – le definizioni di "soggetto responsabile" contenute in ciascuna delle citate disposizioni si interpretano nel senso che gli enti locali, come definiti dall’articolo 2, commi 1 e 2, del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ovvero le regioni, in ragione della loro natura, sono soggetti responsabili degli impianti fotovoltaici anche laddove ne abbiano esternalizzato la realizzazione, la gestione, la sicurezza sul lavoro, la manutenzione, compresa quella relativa al funzionamento, e i relativi costi.

6.1. I Conti energia.

Il “Conto energia” costituisce pertanto lo strumento di disciplina generale delle modalità di incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica da fonte solare. Questo strumento di disciplina della incentivazione è stato introdotto per la prima volta nell’ordinamento con il d.m. 28 luglio 2005 in coerenza con le disposizioni della direttiva 2003/54/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica e in attuazione dell’art. 7 d.lgs. n. 387 del 2003.

Al Primo Conto energia (d.m. 28 luglio 2005, modificato dal d.m. 6 febbraio 2006) hanno poi fatto seguito i d.m. 19 febbraio 2007 e 6 agosto 2010 relativi, rispettivamente, al Secondo e al Terzo Conto energia. Successivamente è stato emanato il d.m. 5 maggio 2011 (Quarto Conto energia). Infine è stato adottato il d.m. 5 luglio 2012 (Quinto Conto energia).

Con le espressioni «*Incentivazione in conto energia*» alla luce dell’indicata normativa di settore e «*Tariffa incentivante*» viene indicato un meccanismo di incentivazione introdotto, a partire dal Primo Conto energia, che remunera non la realizzazione dell’impianto, ma, per un certo numero di anni, la produzione di energia elettrica attraverso un impianto fotovoltaico, sulla base di tariffe incentivanti definite con decreto ministeriale.

Con il d.m. 19 febbraio 2007 (Secondo Conto energia) 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 anche in funzione del tipo di integrazione architettonica e della taglia dell'impianto nonché un premio per gli impianti abbinati all'uso efficiente dell'energia.

Con il d.m. 6 agosto 2010 è entrato in vigore il Terzo Conto energia, applicabile agli impianti entrati in esercizio a partire dal 1 gennaio 2011 e sino al 31 maggio 2011 che ha introdotto specifiche tariffe per impianti fotovoltaici con caratteristiche innovative e impianti fotovoltaici a concentrazione.

Con la l. 129 del 2010 sono state confermate le tariffe dell'anno 2010 del Secondo Conto energia agli impianti in grado di certificare la conclusione dei lavori entro il 31 dicembre 2010 e di entrare in esercizio entro il 30 giugno 2011.

Con l'entrata in vigore del d.l.gs. n. 28 del 2011 è stato adottato il d.m. 5 maggio 2011 (Quarto Conto energia) che ha definito il meccanismo di incentivazione riguardante gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 maggio 2011 al fine 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.

Pertanto, stante l'avvicinarsi del limite di costo previsto dal d.m. 5 maggio 2011, è stato adottato il successivo d.m. 5 luglio 2012 (Quinto conto energia) che ha fissato il costo cumulato degli incentivi.

Il regime incentivante in questione ha quindi cessato di applicarsi, ai sensi dell'art. 1, comma 5, del d.m. 5 luglio 2012, "*decorsi trenta giorni solari dalla data di raggiungimento di un costo indicativo cumulato di 6,7 miliardi di euro l'anno. La data di raggiungimento del predetto valore di 6,7 miliardi di euro l'anno viene comunicata, sulla base degli elementi forniti dal G., dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas ...*". L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, con deliberazione del 6 giugno 2013, in ossequio al menzionato articolo 1, comma 5, d.m. 5 luglio 2012, ha determinato il raggiungimento del valore di 6,7 miliardi di euro l'anno in data 6 giugno 2013, con conseguente cessazione del regime incentivante *de quo* in data 6 luglio 2013. (Cons. Stato, sez. IV, n. 1687 del 2022).

6.2. L'aggiornamento delle tariffe.

Nel testo originario del d.m. 28 luglio 2005 (Primo Conto energia) si è disposto che l'aggiornamento delle tariffe incentivanti "*di cui all'art. 5, comma 2, e all'art. 6, commi 2 e 3, viene effettuato a decorrere dal primo gennaio di ogni anno sulla base del tasso di variazione annuo, riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo delle famiglie di operai e impiegati rilevati dall'ISTAT*" (art. 6, comma 6).

L'art. 6, comma 6, è stato sostituito con l'art. 4, comma 1, del successivo d.m. 6 febbraio 2006, per il quale "*L'aggiornamento delle tariffe incentivanti di cui all'art. 5, comma 2, lettera b), all'art. 6, comma 2, lettera b), e all'art. 6, comma 3, lett. b), viene effettuato per ciascuno degli anni successivi al 2006 sulla base del tasso di variazione annuo, riferito ai dodici mesi precedenti, dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevati dall'Istat*".

Il medesimo d.m. 6 febbraio 2006 ha stabilito, con l'art. 8, comma 1, che le modifiche o integrazioni apportate con l'art. 4 e altri articoli al d.m. del 2005 "*si applicano alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore del d.m. del 28 luglio 2005*".

L'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha ritenuto opportuno apportare alla propria precedente deliberazione n. 188 del 2005, recante le modalità per l'erogazione delle tariffe incentivanti degli impianti fotovoltaici, *“le medesime modifiche ed integrazioni di cui al decreto ministeriale 6 febbraio 2006”*, provvedendovi con la deliberazione n. 40 del 20 febbraio 2006.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a pronunciarsi sulla portata di norma di interpretazione autentica ovvero di norma innovativa dell'art. 4, comma 1, d.m. 6 febbraio 2006, rispetto all'art. 6, comma 6, d.m. 28 luglio 2005, avuto riguardo all'incerta formulazione di tale originaria previsione, passibile di essere riferita sia alle tariffe fissate negli anni precedenti, sia, come ritenuto dall'Autorità, alla determinazione iniziale della tariffa, ha aderito a questa seconda opzione ermeneutica, ritenendo la norma come di interpretazione autentica; ha pertanto ritenuto che con il d.m. del 2006 è stata data l'interpretazione autentica del testo del d.m. del 2005, nel momento in cui si è precisato che l'aggiornamento delle tariffe per gli impianti di cui alla lettera b) *“viene effettuato per ciascuno degli anni successivi al 2006”*, essendo convergente con ciò l'ulteriore previsione, di cui all'art. 8, comma 1, dello stesso d.m. del 2006, per il quale la suddetta modifica si applica *“alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore del d.m. 28 luglio 2005”*. Tale soluzione peraltro è la più favorevole per gli operatori tra quelle consentite dall'art. 7 del d.l.gs n. 387 del 2003: il vincolo del carattere decrescente della tariffa viene infatti assicurato mantenendola fissa a livello nominale e lasciandola decrescente solo in termini reali. La natura meramente interpretativa e non innovativa del d.m. del 2006 porta pertanto ad escludere la violazione del principio di retroattività (Ad. plen. n. 9 del 2012; con l'indicata sentenza si è altresì pronunciata sull'irrilevanza del mancato rispetto della procedura prescritta per i regolamenti ministeriali dall'art. 17 l. n. 400 del 1988 in sede di adozione del d.m. 6 febbraio 2006 per non essere stata suddetta procedura seguita nemmeno in sede di adozione del precedente d.m. 28 luglio 2005, ovvero della fonte stessa del diritto alla tariffa incentivante di cui si lamentava il mancato aggiornamento).

6.3. Il Quarto Conto energia. La disciplina transitoria.

Il Quarto Conto energia (d.m. 5 maggio 2011) è stato adottato in attuazione dell'art. 25 d.l.gs. 28 del 2011, recante attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, il quale ha inciso sull'applicazione del Terzo Conto energia ed ha posto le basi normative per il Quarto Conto energia.

Infatti tale norma:

a) da un lato, ha anticipato al 31 maggio 2011 il termine del terzo conto energia, inizialmente previsto nel 31 dicembre 2013;

b) dall'altro lato, ha rimesso ad un decreto del Ministro dello sviluppo economico la definizione della nuova disciplina relativa all'incentivazione degli impianti che entreranno in esercizio oltre il 31 maggio 2011.

Il d.m. 5 maggio 2011 prevede una nuova disciplina delle modalità di incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici e pone le basi per lo sviluppo di tecnologie innovative per la conversione fotovoltaica.

Il nuovo regime di incentivazione si applica(va) agli impianti fotovoltaici entrati in esercizio tra il 31 maggio 2011 e il 31 dicembre 2016.

L'obiettivo indicativo di potenza installata a livello nazionale è di circa 23.000MW con un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi stimabile tra 6 e 7 miliardi di euro (articolo 1).

L'articolo 4 prevede tre tipologie di impianti: impianti solari fotovoltaici, distinti in piccoli impianti e grandi impianti, gli impianti fotovoltaici integrati con caratteristiche innovative e gli impianti a concentrazione.

Le diverse classi, assieme alla potenza, alla tipologia e al momento di entrata in esercizio determinano l'ammontare della tariffa incentivante, secondo le regole definite dall'allegato 5. la tariffa incentivante è riconosciuta per un periodo di venti anni a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell'impianto. Ai fini dell'attribuzione delle tariffe incentivanti, più impianti fotovoltaici realizzati dal medesimo soggetto responsabile o riconducibili a un unico soggetto responsabile e localizzati nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue si intendono come unico impianto di potenza cumulativa pari alla somma dei singoli impianti.

L'art. 6 del d.m. del 2011, ai primi quattro commi prevede:

“1. Gli impianti accedono alle tariffe incentivanti con le modalità e nel rispetto delle condizioni fissate dal presente decreto.

2. I grandi impianti che entrano in esercizio entro il 31 agosto 2011 accedono direttamente alle tariffe incentivanti, fatto salvo l'onere di comunicazione al Gse dell'avvenuta entrata in esercizio entro 15 giorni solari dalla stessa.

3. Per gli anni 2011 e 2012 i grandi impianti che non ricadono tra quelli di cui al comma 2 accedono alle tariffe incentivanti qualora ricorrano entrambe le seguenti ulteriori condizioni:

a) l'impianto è stato iscritto nel registro di cui all'art. 8, in posizione tale da rientrare nei limiti specifici di costo definiti per ciascuno dei periodi di riferimento di cui all'art. 4, comma 2. A tal fine, il limite di costo per il 2011 è inclusivo dei costi connessi all'incentivazione dei grandi impianti entrati in esercizio entro il 31 agosto 2011. Qualora l'insieme dei costi di incentivazione per i grandi impianti entrati in esercizio entro il 31 agosto 2011 e degli iscritti nel registro di cui all'art. 8 per l'anno 2011 determini il superamento del limite di costo previsto per lo stesso periodo, l'eccedenza comporta una riduzione di pari importo del limite di costo relativo al secondo semestre 2012;

b) la certificazione di fine lavori dell'impianto perviene al GSE entro sette mesi dalla data di pubblicazione della graduatoria di cui all'art. 8, comma 3; il predetto termine è incrementato a nove mesi per gli impianti di potenza superiore a 1 MW.

4. In tutti i casi la tariffa incentivante spettante è quella vigente alla data di entrata in esercizio dell'impianto.”.

L'art. 10, comma 1, dello stesso d.m. prevede:

“1. Entro quindici giorni solari dalla data di entrata in esercizio dell'impianto, il soggetto responsabile è tenuto a far pervenire al GSE la richiesta di concessione della pertinente tariffa incentivante, completa di tutta la documentazione prevista dall'allegato 3-C. Il mancato rispetto dei termini di cui al presente comma comporta il mancato riconoscimento delle tariffe incentivanti per il periodo intercorrente fra la data di entrata in esercizio e la data della comunicazione al GSE, fermo restando il diritto alla tariffa vigente alla data di entrata in esercizio”

La disciplina transitoria tra il quarto ed il quinto conto energia è dettata dall'art. 1 comma 4 del d.m. 5 luglio 2012 (Quinto conto energia) secondo cui " Fatto salvo l'articolo 4, comma 7, il d.m. 5 maggio 2011 continua ad applicarsi:

a) ai piccoli impianti e agli impianti di cui ai Titoli III e IV del medesimo decreto che entrano in esercizio prima della data di decorrenza individuata al comma 3;

b) ai sensi dell'articolo 6, comma 3, dello stesso d.m. 5 maggio 2011, ai grandi impianti iscritti in posizione utile nei registri e che producono la certificazione di fine lavori nei termini previsti;

c) agli impianti realizzati su edifici pubblici e su aree delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che entrano in esercizio entro il 31 dicembre 2012”.

Ciò posto, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato:

- a) è legittimo, alla stregua della normativa in materia sul Quarto e Quinto Conto energia, il provvedimento del G.s.e. che non abbia ammesso un'impresa alle tariffe incentivanti più favorevoli del Quarto Conto energia, ma a quelle del Quinto conto energia poiché il proprio impianto non era stato iscritto in posizione utile nei registri previsti dal d.m. 5 maggio 2011. La disciplina transitoria di cui all'art. 1, comma 4, d.m. 5 luglio 2012 si applica infatti agli impianti iscritti in posizione utile nei registri relativi al Quarto Conto Energia, non a quelli che, ove tali registri fossero stati aperti, sarebbero stati nelle condizioni di esservi inseriti. Legittimamente infatti il G.s.e. non ha aperto il registro per il secondo semestre 2012, essendone già azzerata la prevista dotazione finanziaria in applicazione del disposto dell'art. 6 d.m. 5 maggio 2011, da ritenersi applicativo del disposto dell'art. 25, comma 10, d.lgs. n. 28 del 2011 che indica, fra i principi cui i decreti ministeriali attuativi debbono attenersi, “la determinazione di un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono ottenere le tariffe incentivanti”. [Cons. Stato, sez. IV, n. 1306 del 2018; in senso analogo, Cons. Stato, sez. IV, n. 1433 del 2015 secondo cui il contenuto normativo dell'art. 6, comma 4, del d.m. del 2011 (“In tutti i casi la tariffa incentivante spettante è quella vigente alla data di entrata in esercizio dell'impianto”) deve essere ricostruito in connessione sistematica con quello dell'art. 1: le tariffe agevolate del Quarto Conto valevano in relazione al costo massimo, una volta raggiunto il quale erano suscettibili di essere sostituite da un diverso sistema di incentivi, come in effetti è avvenuto con il Quinto Conto. Riconoscere il diritto agli incentivi del Quarto Conto a tutte le imprese che fossero rientrate nelle graduatorie previste dall'art. 8, comma 3, del relativo d.m. significherebbe lasciare aperte a tempo illimitato le graduatorie stesse e, in tal modo, portare i costi dell'incentivazione a livelli non definibili, in contrasto con l'espresso intento di limitare gli esborsi al valore stimato dal comma 2 dell'art. 1. Proprio a seguito del raggiungimento del costo indicativo cumulato annuo, d'altronde, non si è aperta alcuna graduatoria per il secondo semestre del 2012];
- b) l'acquisto del diritto all'incentivo per i grandi impianti fotovoltaici di cui all'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 28/2011 e all'art. 6 del d.m. 5 maggio 2011 non è collegato alla entrata in servizio dell'impianto (tesi per cui il provvedimento di ammissione alle tariffe incentivanti, da parte del Gestore, non avrebbe valenza costitutiva del diritto): al contrario il d.m. del 2011 prevede che al raggiungimento di un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi, con d.m. possono essere riviste le modalità di incentivazione di cui al decreto, favorendo in ogni caso lo sviluppo del settore: non vi è dunque alcun diritto quesito, aspettativa tutelabile o affidamento legittimo per gli operatori del settore che avessero iniziato la propria attività nella

vigenza del d.m. del 2011 ("Quarto Conto energia") senza avere maturato tutti i requisiti per l'acquisto del diritto (Cons. Stato, sez. IV, nn. 1436, 1435 e 1430 del 2015);

- c) la data ultima del 26 agosto 2012, entro cui l'impianto deve essere entrato in esercizio per beneficiare delle tariffe incentivanti di cui al Quarto Conto energia è da intendersi riferita al collegamento in parallelo alla rete elettrica e non all'effettivo funzionamento dell'impianto (Cons. Stato, sez. IV, n. 3984 del 2015 che, nel confermare la sentenza del Tar per il Lazio, ha ritenuto illegittimo il provvedimento di autotutela adottato dal G.s.e. al riguardo ed ha chiarito che per gli impianti fotovoltaici sino al Quarto Conto energia il concetto di entrata in esercizio prescinde da quello di effettiva produzione ed immissione di energia elettrica in rete, condizione quest'ultima necessaria solo per gli impianti ammessi al Quinto Conto energia).

6.4. Il Quinto Conto energia.

Il d.m. 5 luglio 2012 (Quinto Conto energia), ridefinisce le modalità di incentivazione per la produzione di energia elettrica da fonte fotovoltaica. Le modalità di incentivazione previste dal Quinto Conto energia si applicano a partire dal 27 agosto 2012, ovvero decorsi 45 giorni solari dalla data di pubblicazione della deliberazione con cui l'Autorità ha determinato, su indicazione del G.s.e., il raggiungimento di un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi pari a 6 miliardi di euro (deliberazione AEEG12 luglio 2012, 292/2012/r/efr).

Le nuove previsioni del Quinto Conto energia, dispongono che: gli incentivi si basano sul meccanismo della tariffa omnicomprensiva, nel senso che le agevolazioni riguardano solo l'energia immessa in rete mentre quella prodotta per l'autoconsumo beneficia di una tariffa premio; il valore della tariffa varia a seconda dell'entità produttrice dell'impianto e del luogo in cui lo stesso impianto è ubicato; l'accesso all'incentivazione è automatico solo per taluni impianti (prevalentemente quelli con potenza non superiore a 12 KW e quelli con potenza fino a 50 KW purché realizzati su edifici in sostituzione di coperture sulle quali viene operata la completa riduzione dell'eternit o dell'amianto); per i restanti impianti è prevista l'iscrizione in appositi registri in posizione tale da rientrare nei limiti massimo di costo stabiliti.

Le tariffe incentivanti del Quinto Conto energia sono riconosciute alle seguenti tipologie tecnologiche:

- impianti fotovoltaici, suddivisi per tipologie installative (art.7);
- impianti fotovoltaici integrati con caratteristiche innovative (art.8);
- impianti fotovoltaici a concentrazione (art.9).

Gli interventi ammessi per richiedere le tariffe incentivanti sono quelli di nuova costruzione, rifacimento totale o potenziamento, così come definiti dal decreto. Per beneficiare delle tariffe incentivanti è necessario che gli impianti fotovoltaici rispettino i requisiti descritti negli articoli 7, 8 e 9 del decreto e specificati nelle regole applicative per l'iscrizione al registro e per il riconoscimento delle tariffe incentivanti.

Pertanto è previsto un doppio sistema di incentivazione tariffaria per cui, ai sensi dell'art. 3, comma 1 d.m. 5 luglio 2012, taluni tipi di impianti - tra cui gli impianti

fotovoltaici integrati con caratteristiche innovative - hanno la possibilità di accedere direttamente alle tariffe incentivanti; gli altri possono invece accedere ad altre e meno vantaggiose tariffe soltanto se, oltre a possedere determinati requisiti tecnici, siano iscritti in posizione utile negli appositi registri (art. 3, comma 2). Ai fini dell'accesso alle tariffe incentivanti per impianti fotovoltaici integrati con caratteristiche innovative presupposto necessario è la certificabilità energetica dell'edificio ai sensi dell'Allegato 4 d.m. 5. Luglio 2012. (Cons. Stato, sez. II, n. 11554 del 2022 relativo ad impianto fotovoltaico con caratteristiche innovative realizzato su edificio adibito ad uso stalla e ad uso magazzino sprovvisto del detto requisito: cfr. § 14.1).

Ai fini dell'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Quinto Conto energia, non è sufficiente l'allacciamento alla rete dell'impianto entro la data prescritta, essendo necessario anche l'avvio dell'impianto; ciò in quanto l'art. 2, comma 1 lettera b), d.m. 5 luglio 2012 qualifica l'entrata in esercizio dell'impianto non già in funzione del solo allacciamento alla rete, bensì al suo "*funzionamento... in parallelo con il sistema elettrico*"; ne consegue che l'entrata in esercizio non si esaurisce con la connessione in parallelo al sistema elettrico, richiedendo *un quid pluris* che non può individuarsi in altro se non nella produzione e immissione in rete dell'energia. Infatti, l'impianto non solo deve essere collegato in parallelo ma deve altresì funzionare materialmente ed immettere in contestualità energia in rete. [Cons. Stato sez. IV, n. 1862 del 2021 secondo cui sarebbe pertanto evidente la nuova nozione di "entrata in esercizio" introdotta dal d.m. 5 luglio 2012 ai fini dell'ammissione alle agevolazioni del Quinto Conto energia, rispetto a quella recata dai precedenti decreti ministeriali, laddove:

- a) il d.m. 28 luglio 2005 (Primo Conto energia) all'art. 2 comma 1 lettera i) si riferivano alla "...data, comunicata, dal soggetto responsabile...al gestore di rete e al soggetto attuatore";
- b) il d.m. 19 febbraio 2007 (Secondo Conto energia) all'art. 2 comma 1 lettera g) lo individuava ne "...la prima data utile a decorrere dalla quale sono verificate tutte le seguenti condizioni: g1) l'impianto è collegato in parallelo con il sistema elettrico; g2) risultano installati tutti i contatori necessari per la contabilizzazione dell'energia prodotta e scambiata o ceduta con la rete; g3)risultano attivi i relativi contratti di scambio o cessione dell'energia elettrica; g4) risultano assolti tutti gli eventuali obblighi relativi alla regolazione dell'accesso alle reti";
- c) il d.m. 6 agosto 2010 (Terzo Conto energia) all'art. 2 comma 1 lettera d) conteneva indicazione affatto identica a quella del D.M. 19 febbraio 2007;
- d) il d.m. 5 luglio 2011 (Quarto Conto energia) all'art. 3 comma 1 lettera c) riproduceva la nozione di cui ai dd.mm. 19 febbraio 20097 e 6 agosto 2010; in senso analogo, Cons. Stato, sez. IV, n. 3984 del 2015, riferita alle tariffe incentivanti del Quarto conto energia, secondo cui la condizione, prescritta per la prima volta dal d.m. 5 luglio 2012, secondo cui l'impianto non solo deve essere collegato in parallelo ma deve altresì funzionare materialmente ed immettere in contestualità energia in rete, non può che essere considerata come una nuova ed autonoma prescrizione relativa al Quinto Conto energia, ed applicabile quindi, come tale, ai soli impianti che beneficiano delle relative tariffe incentivanti).

7. L'incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico. Gli impianti idroelettrici.

Con d.m. 23 giugno 2016, recante “*Incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico*”, sono state disciplinate le modalità di ammissione ai meccanismi pubblici di incentivazione per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico, in attuazione dell'indicata previsione dell'art. 24 d.lgs. n. 28 del 2011.

Una delle principali finalità del decreto è stata quella di fornire un primo adeguamento, della normativa esistente in materia di incentivazione alle fonti rinnovabili di energia, alle linee guida in materia di aiuti di Stato per l'energia e l'ambiente di cui alla comunicazione della Commissione europea 2014/C 200/01. Queste ultime consentono un graduale adattamento della normativa sui regimi di sostegno, richiedendo che solo alcuni requisiti siano improrogabilmente rispettati nell'arco di un periodo transitorio che si è concluso il 31 dicembre 2016. Dal 1° gennaio 2017 tutti gli aiuti di Stato in favore delle fonti rinnovabili all'interno dell'Unione europea dovranno conformarsi pienamente alle sopra richiamate linee guida della Commissione europea. Nel periodo transitorio necessario al pieno adeguamento degli strumenti di incentivazione alle nuove disposizioni comunitarie, il decreto ha assicurato la continuità al sostegno economico in favore della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, nei limiti consentiti dai criteri dettati dalla normativa primaria di riferimento (d.lgs. n. 28 del 2011).

In particolare, il decreto ha essenzialmente mantenuto l'impostazione della previgente disciplina di incentivazione alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili definita dal d.m. 6 luglio 2012, soprattutto per quanto riguarda le modalità di accesso all'incentivazione (aste e registri per gli impianti più grandi, accesso diretto per gli impianti di potenza minore) e la tipologia di incentivo (*feed in premium*).

Tenuto conto delle mutate condizioni di contesto sono state poi apportate alcune novità, ad esempio, i contingenti di potenza elettrica incentivabile sono stati predisposti e dimensionati in modo da offrire sostegno alle tipologie di installazioni immediatamente cantierabili, lasciando impregiudicata la potenziale futura eleggibilità delle altre tipologie di impianto nell'ambito di eventuali ulteriori provvedimenti di incentivazione.

Nella medesima prospettiva, i criteri di priorità per la formazione della graduatoria dei registri e delle aste tengono conto anche dell'antiorità dei titoli autorizzativi/concessori, in modo da favorire la selezione dei progetti quanto più prossimi alla realizzazione.

L'art. 9 del d.m. ha poi demandato al G.s.e. la pubblicazione di un bando per l'iscrizione degli operatori all'apposito registro informatico, con fissazione dei contingenti massimi di potenza incentivabili per ciascuna fonte e tipologia di impianto.

L'art. 10 ha invece fissato i requisiti e le modalità per la richiesta di iscrizione al registro ed i relativi criteri di selezione.

Le previsioni del decreto sono poi ulteriormente declinate dalle procedure applicative approvate dal Gse il 15 luglio 2016.

Il G.s.e., con atto del 20 agosto 2016, ha quindi adottato il bando pubblico per l'iscrizione ai diversi registri informatici, comunicando gli specifici requisiti e le modalità

per la richiesta di iscrizione, tra i quali anche quelli relativi al registro n. IDRO_RG2016 per gli impianti idroelettrici.

La graduatoria degli impianti idroelettrici di quest'ultimo registro, che rientravano nel limite di contingente di potenza previsto (Tabella A), è stata quindi pubblicata in data 25 novembre 2016. (Cons. Stato, sez. IV, n. 6520 del 2020).

Ai fini dell'applicazione del criterio di priorità dell'antiorità del titolo autorizzativo previsto per la formazione della graduatoria dei registri dall'art. 10 comma 3, lett. g, d.m. 23 giugno 2016, la data rilevante è quella in cui l'Amministrazione competente ha rilasciato l'atto conclusivo del procedimento di autorizzazione, e quindi l'atto sostanzialmente idoneo a garantire l'effettivo avvio in produzione dell'impianto richiedente l'accesso al beneficio economico, a prescindere dal *nomen iuris* del provvedimento di volta in volta preso in considerazione, essendo indifferente che nella specie si tratti di autorizzazione o di denuncia inizio attività o di un permesso di costruire, assumendo rilievo unicamente la data di conclusione favorevole dell'iter amministrativo che abilita la costruzione e l'esercizio dell'impianto come peraltro evincibile dalle procedure applicative [Cons. Stato, sez. IV, n. 6520 del 2020 cit. (intervenuta sull'appello proposto da due società titolari di impianti idroelettrici avverso la sentenza del T.a.r. per il Lazio relativa a graduatoria per l'accesso agli incentivi per gli impianti idroelettrici adotta dal G.s.e. e pubblicata il 25 novembre 2016 e all'impugnativa dell'art. 10, comma 3, d.m. 23 giugno 2016 che attribuisce priorità alla "antiorità del titolo autorizzativo", ove interpretato nel senso che la nozione di "titolo autorizzativo" non coincide con l'ultimo atto di assenso emesso tale da consentire l'avvio dei lavori, nonché dell'art. 10 comma 5 del medesimo d.m. secondo cui "*La graduatoria formata a seguito dell'iscrizione al registro non è soggetta a scorrimento fatto salvo l'art. 11, comma 4*", laddove interpretato nel senso di non consentire lo scorrimento della graduatoria per escludere gli impianti che vi sono stati illegittimamente inseriti, ma solo di scorrere nel caso di rinuncia al beneficio tariffario da parte dell'impresa ammessa); il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di *prime cure* relativamente all'impugnativa della graduatoria e dell'art. 10 comma 3 del d.m. – interpretato peraltro nel senso innanzi indicato – per mancato superamento della prova di resistenza; ha altresì dichiarato inammissibile per difetto di interesse la doglianza proposta avverso l'art. 10, comma 5, del d.m., per essere stata la stessa già accolta dal primo giudice, come peraltro evincibile dalla segnalazione del 12 giugno 2017 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) che, nel ritenere illegittima tale previsione in quanto eccessivamente vincolante e non funzionale alla promozione di un uso efficiente delle risorse di incentivazione disponibili, alterando le dinamiche concorrenziali future nel mercato della produzione di energia da fonti rinnovabili, aveva rinviato a tale sentenza)].

8. Regimi di sostegno per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili e per l'efficienza energetica.

L'art. 27 d.l.gs. 28 del 2011 prevede un doppio sistema di sostegno per la produzione dell'energia termica prodotta da fonti rinnovabili e per l'efficienza energetica, ovvero:

- a) mediante contributi a valere sulle tariffe del gas naturale per gli interventi di piccole dimensioni di cui al successivo art. 28, alle condizioni e secondo le modalità ivi previste;
- b) mediante il rilascio dei certificati bianchi per gli interventi che non ricadono fra quelli di cui alla lettera a), alle condizioni e secondo le modalità previste dall'articolo 29.

8.1. Il Conto termico.

L'art. 28 d.l.gs. 28 del 2011 prevede al comma 1 che *“Gli interventi di produzione di energia termica da fonti rinnovabili e di incremento dell'efficienza energetica di piccole dimensioni, realizzati in data successiva al 31 dicembre 2011, sono incentivati sulla base dei seguenti criteri generali:*

a) l'incentivo ha lo scopo di assicurare una equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio ed è commisurato alla produzione di energia termica da fonti rinnovabili, ovvero ai risparmi energetici generati dagli interventi;

b) il periodo di diritto all'incentivo non può essere superiore a dieci anni e decorre dalla data di conclusione dell'intervento;

c) l'incentivo resta costante per tutto il periodo di diritto e può tener conto del valore economico dell'energia prodotta o risparmiata;

d) l'incentivo può essere assegnato esclusivamente agli interventi che non accedono ad altri incentivi statali, fatti salvi i fondi di garanzia, i fondi di rotazione e i contributi in conto interesse;

e) gli incentivi sono assegnati tramite contratti di diritto privato fra il GSE e il soggetto responsabile dell'impianto, sulla base di un contratto-tipo definito dall' Autorità per l'energia elettrica e il gas entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del primo dei decreti di cui al comma 2”.

Il comma 2 rinvia quindi a decreti del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e, per i profili di competenza, con il Ministro delle politiche agricole e forestali, previa intesa con Conferenza unificata, per l'attuazione di quanto disposto al presente articolo e per l'avvio dei nuovi meccanismi di incentivazione, prevedendo al comma 3 che gli stessi siano adottati entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. 28 del 2011, mentre il comma 4 prevede che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas definisce le modalità con le quali le risorse per l'erogazione degli incentivi di cui al presente articolo trovano copertura a valere sul gettito delle componenti delle tariffe del gas naturale ed i successivi due commi dettano la disciplina transitoria.

In attuazione di tale disciplina è intervenuto il d.m. 16 febbraio 2016, recante *“Aggiornamento della disciplina per l'incentivazione di interventi di piccole dimensioni per l'incremento dell'efficienza energetica e per la produzione di energia termica da fonti rinnovabili”*, più comunemente noto come *“Nuovo Conto termico”* o *“Conto termico 2.0”*.

Ai sensi dell'art.8, comma 2, del medesimo, *“Il G.s.e. provvede all'assegnazione, all'erogazione, alla revoca degli incentivi secondo modalità e tempistiche specificate in apposite regole applicative”*.

Il G.s.e. ha dunque pubblicato le *“Regole applicative del d.m. 16 febbraio 2016”* prevedendo all'art. 3 comma 1 che *“Sono ammessi ai benefici previsti dal presente decreto:*

a) le amministrazioni pubbliche, relativamente alla realizzazione di uno o più degli interventi di cui all'articolo 4;

b) *i soggetti privati, relativamente alla realizzazione di uno o più degli interventi di cui all'articolo 4, comma 2."*

Detto d.m. è stato oggetto di impugnativa innanzi al T.a.r. per il Lazio da parte di una società produttrice di pannelli solari termici scoperti nella parte in cui non contemplava i pannelli solari scoperti (Pscop) dal regime di incentivazione, limitandolo ai pannelli solari termici piano vetrati (Pvetr). L'impugnativa è stata rigettata (T.a.r. per il Lazio, sez. II *ter*, n. 14830 del 2023, la sentenza non risulta appellata al Consiglio di Stato), rilevandosi in particolare quanto segue:

- a) l'art. 28 d.lgs. n. 28 del 2011 laddove al comma 1 dispone molteplici criteri per la determinazioni dell'incentivo tra cui alla lett. a) che lo stesso *"ha lo scopo di assicurare una equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio ed è commisurato alla produzione di energia termica da fonti rinnovabili, ovvero ai risparmi energetici generati dagli interventi"* e demanda al comma 2 ai decreti ministeriali la scelta sulle effettive modalità di attuazione del sistema di incentivazione, anche mediante la definizione, *inter alia*, dei *"requisiti tecnici minimi per l'accesso ai benefici per componenti, impianti e interventi"* si inserisce nel più ampio disegno legislativo di attuazione della direttiva 2009/28/CE, definendo gli strumenti, i meccanismi, gli incentivi e il quadro istituzionale, finanziario e giuridico, necessari per il raggiungimento degli obiettivi fino al 2020 in materia di quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia e di quota di energia da fonti rinnovabili nei trasporti (art.1 del d.lgs. n. 28 del 2011);
- b) in detto contesto dunque l'individuazione di standard di efficienza ritenuti più elevati e valutati avendo a riferimento l'esercizio in modo continuativo appare rispondere alle finalità poste dalla stessa legge e declinate nello stesso d.m. che all'art. 1 richiama i *"principi di semplificazione, efficacia, diversificazione e innovazione tecnologica nonché di coerenza con gli obiettivi di riqualificazione energetica degli edifici della pubblica amministrazione."*;
- c) non potendo gli incentivi essere destinati ad ogni tipologia di intervento comunque utile ad incrementare l'efficienza energetica, la stessa legge ha pertanto demandato al decreto l'individuazione dei requisiti tecnici minimi per l'accesso ai benefici in quanto solo determinate tecnologie sono state ritenute in base ad una scelta discrezionale tecnica più rispondenti agli obiettivi di efficienza da raggiungere e dunque incentivabili.

8.2. I certificati bianchi.

Il meccanismo di incentivazione fondato sul rilascio dei c.d. *"Certificati bianchi"* o Titoli di efficienza energetica (TEE), è stato introdotto dal d.m. 20 luglio 2004 (*Nuova individuazione degli obiettivi quantitativi per l'incremento dell'efficienza energetica negli usi finali di energia, ai sensi dell'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79*) allo scopo di incentivare i distributori di energia elettrica e di gas naturale a raggiungere annualmente obiettivi quantitativi di risparmio di energia primaria, espressi in *"Tonnellate Equivalenti di Petrolio"* (TEP) risparmiate.

Tale disciplina è stata successivamente integrata dai d.m. 28 dicembre 2012, 11 gennaio 2017 e 10 maggio 2018, (adottati in attuazione dell'art. 29 d.lgs. n. 28 del 2011),

nonché dalla delibera della Autorità di settore (all'epoca AEEG. n. EEN 9/11 del 27 ottobre 2011).

Segnatamente l'art. 29 d.lgs. n. 28 del 2011 prevede che con i successivi d.m. di cui all'articolo 7 del d.l.gs. n. 115 del 2008:

- a) sono stabilite le modalità con cui gli obblighi in capo alle imprese di distribuzione di cui all'articolo 9, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, e all'articolo 16, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, si raccordano agli obiettivi nazionali relativi all'efficienza energetica;
- b) è disposto il passaggio al G.s.e. dell'attività di gestione del meccanismo di certificazione relativo ai certificati bianchi, ferme restando le competenze del Gestore dei mercati energetici (G.m.e.) sull'attività di emissione dei certificati bianchi e sulla gestione del registro e della borsa dei medesimi certificati bianchi;
- c) sono approvate almeno 15 nuove schede standardizzate, predisposte dall'ENEA-UTEE secondo quanto stabilito dall'articolo 30, comma 1;
- d) è ricordato il periodo di diritto ai certificati con la vita utile dell'intervento;
- e) sono individuate modalità per ridurre tempi e adempimenti per l'ottenimento dei certificati;
- f) sono stabiliti i criteri per la determinazione del contributo tariffario per i costi sostenuti dai soggetti obbligati per il conseguimento degli obiettivi di risparmio di energia primaria posti a loro carico.

L'art. 8 del d.m. 28 dicembre 2012 disciplina l'accesso del meccanismo dei certificati bianchi per i grandi progetti, ovvero per gli interventi infrastrutturali, anche asserviti a sistemi di risparmio energetico, trasporti e processi industriali che comportino un risparmio di energia elettrica o di gas stimato annuo superiore a 35.000 TEP e che abbiano una vita tecnica superiore a venti anni.

Il sistema dei certificati bianchi prevede obblighi di risparmio di energia primaria per i distributori di energia elettrica e di gas naturale con più di 50.000 clienti finali ("Soggetti obbligati"), cui vengono attribuiti annualmente gli obiettivi da raggiungere. La quota d'obbligo di risparmio di ciascun soggetto può essere raggiunta attraverso due sistemi alternativi: realizzando direttamente i progetti di efficienza energetica ammessi al meccanismo o acquistando i TEE dagli altri soggetti ammessi.

Oltre ai distributori di energia, la normativa consente la partecipazione al menzionato meccanismo anche ad altri soggetti volontari, tipicamente rappresentati dalle società di Servizi Energetici (ESCO) o dalle società che abbiano nominato un esperto certificato in gestione dell'energia (EGE).

I Certificati bianchi rappresentano pertanto titoli negoziabili, di origine normativa, finalizzati a certificare l'avvenuto conseguimento, da parte dei Soggetti obbligati e delle ESCO, di risparmi concreti negli usi finali di energia, attraverso interventi e progetti di incremento dell'efficienza energetica.

Ogni certificato equivale al risparmio di un TEP, viene riconosciuto dal G.s.e. e viene emesso dal G.m.e. su appositi conti, dai quali i titoli complessivamente ottenuti dai diversi operatori possono essere scambiati e valorizzati sull'apposita piattaforma di

mercato (il valore di un titolo è stato fissato in origine a 100 euro/TEP) oppure attraverso contrattazioni bilaterali (c.d. “*over the counter*”).

La cessione a titolo oneroso dei TEE consente, dunque, alle imprese energeticamente più efficienti di ottenere un profitto dalla differenza tra i costi marginali di abbattimento dei propri consumi energetici ed il prezzo ricavabile dalla collocazione dei titoli sul mercato: in tal modo l'operatore economico massimizza la propria utilità, contribuendo al contempo all'efficientamento energetico complessivo ed al raggiungimento degli obiettivi energetici fissati dal legislatore.

Con la delibera n. EEN 9/11 del 27 ottobre 2011 l'Autorità ha introdotto le linee guida e disciplinato tre diversi metodi di valutazione dei risparmi energetici:

- g) il metodo standardizzato, in cui vengono utilizzate schede tecniche precostituite che consentono di valutare il risparmio energetico da valorizzare senza la necessità di ricorrere a misurazioni effettive (questo metodo è usato per quantificare i risparmi energetici addizionali prodotti dalla realizzazione di interventi standardizzati e ripetitivi, attraverso un algoritmo di calcolo dedicato);
- h) il metodo analitico, in cui si utilizzano schede che presuppongono misurazioni dirette, *ex ante* ed *ex post*, dei risparmi realizzati;
- i) il metodo “a consuntivo”, applicato a tutti gli interventi per i quali è impossibile utilizzare una scheda tecnica di riferimento che, conseguentemente, vengono sottoposti a validazione e verifica direttamente da parte del G.s.e.

8.2.1. La posizione della giurisprudenza.

Ciò posto, secondo la giurisprudenza amministrativa:

- a) nell'ambito del metodo di valutazione a consuntivo dei progetti di risparmio energetico assume rilievo centrale la nozione di risparmio energetico “*netto*”, di cui all'art. 1 linee guida EEN 9/11 (applicabile ai sensi dell'art. 6, comma 2, d.m. 28 dicembre 2012), sulla base del quale vengono calcolati e riconosciuti i TEE, che si basa quindi sull'individuazione e sottrazione dal risparmio lordo – ossia dal risparmio che discende dalla differenza tra i consumi registrati prima e dopo la realizzazione dell'intervento – di quei risparmi energetici che anche senza la realizzazione dell'intervento si sarebbero comunque verificati per effetto dell'evoluzione tecnologica, normativa e di mercato (criterio dell'addizionalità);
- b) il requisito dell'addizionalità dei risparmi deve essere inteso in termini non meramente legati all'evoluzione tecnologica ma estesi anche ai profili economici (o di “mercato”) che sono sottesi alla messa in atto dell'intervento. Ciò significa che devono essere escluse dal sostegno le tecnologie già rappresentative del mercato o del settore di riferimento, nonché gli interventi che devono essere realizzati per effetto di obblighi normativi. Gli interventi suscettibili di incentivazione sono quindi quelli concretamente aggiuntivi rispetto a quelli che si sarebbero realizzati in assenza dell'incentivazione. Al contrario, se non lo sono, finiscono per essere un sussidio all'impresa da parte dello Stato lesivo della concorrenza [Cons. Stato, sez. II, n. 5095 del 2023 di conferma della sentenza del Tar per il Lazio, riferita a fattispecie di annullamento d'ufficio da parte del G.s.e. dei provvedimenti con i quali aveva approvato la PPPM (Proposta di progetto e di programma di misura) e

- la prima richiesta di verifica e controllo, riconoscendo alla società l'accesso ai benefici; in senso analogo Cons. Stato, sez. IV, n. 2380 del 2019)];
- c) l'onere della prova in ordine al requisito dell'addizionalità incombe sulla parte istante al fine di stabilire se il risparmio energetico che si ritiene incentivabile non sia da ricondurre al semplice approvvigionamento di strumenti tecnologici di mercato, che, per le dinamiche evolutive che lo contraddistinguono, comportano una progressiva riduzione di dispendio energetico (Cons. Stato, sez. II, n. 5095 del 2023 cit; sez. II, n. 2581 del 2022);
- d) il d.m. 28 dicembre 2012, ha trasferito al G.s.e. l'attività di gestione, valutazione e certificazione dei risparmi correlati a progetti di efficienza energetica condotti nell'ambito del meccanismo dei certificati bianchi, già di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (art. 5) e ha previsto l'applicazione, fino all'entrata in vigore del decreto di approvazione dell'adeguamento delle linee guida, di quelle di cui alla richiamata delibera EEN 09/11 nelle parti non incompatibili con il medesimo decreto (art. 6) (Cons. Stato, sez. II, n. 8762 del 2023; nr. 2342, 2340, 2334, 2329 del 2022);
- e) l'ipotesi in cui l'operatore si sia avvalso del metodo di valutazione c.d. "standardizzato", ovvero effettuato mediante l'impiego di apposite schede tecniche predefinite per tipologia di intervento è disciplinato dal d.m. 28 dicembre 2012, e dalle linee guida per la preparazione, valutazione ed esecuzione dei progetti, approvate con delibera AEEG 27 ottobre 2011-EEN 9/2011, in particolare Allegato A; da tale normativa si evince che non è possibile presentare più richieste di verifica e certificazione (RVC) relative al medesimo progetto di efficienza energetica, prevedendo l'art. 12.2 delle linee guida AEEG 9/2011 un termine perentorio di 180 giorni per la presentazione della richiesta di verifica e certificazione dalla data di avvio del progetto, dovendosi intendere per progetto a norma dell'art. 1.1. delle linee guida «*una qualsiasi attività o insieme di attività che produce risparmi di energia primaria certi e quantificabili attraverso la realizzazione presso uno o più clienti partecipanti di uno o più interventi valutabili con il medesimo metodo di valutazione, ovvero attraverso la realizzazione presso un unico cliente partecipante di interventi valutabili con metodi di valutazione diversi*». Peraltro qualora l'istante ritenga vengano in rilievo più progetti il relativo onere probatorio, anche in ordine alla data del relativo avvio, incombe sul medesimo in quanto il principio di auto responsabilità, che impone all'operatore richiedente di fornire una rappresentazione veritiera della situazione per la quale si richiede l'incentivo, implica anche la necessità di porre l'organo di controllo in condizione di potere adempiere ai propri compiti [Cons. Stato, sez. II, n. 8762 del 2023 di conferma della sentenza del T.a.r. Lazio, sez. III *ter*, n. 7518 del 2023, relativa a provvedimento del G.s.e. di rigetto di sette richieste di verifica e certificazione dei risparmi (RVC), finalizzate al rilascio dei c.d. certificati bianchi, per asserite progettualità distinte comunque riconducibili all'installazione di corpi illuminanti ad alta efficienza in sistemi di illuminazione già esistenti per strade destinate al traffico motorizzato nel comune di Sogliano Cavour (LE) e Noci (BA)].

9. Impianti a bioliquidi, biomasse, biogas.

La giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha chiarito che:

- a) l'art. 6 par. 1 e 4, della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, e l'art. 13, par. 1, della direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, come modificata dalla direttiva UE 2015/1513 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, in combinato disposto, devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa nazionale in forza della quale un'istanza di autorizzazione a sostituire il metano - quale fonte di alimentazione di un impianto di produzione di energia elettrica che genera emissioni in atmosfera - con una sostanza ottenuta dal trattamento chimico di oli vegetali esausti deve essere respinta per la ragione che tale sostanza non è iscritta nell'elenco delle categorie di combustibili ottenuti dalla biomassa autorizzati a tal fine e che detto elenco può essere modificato solo con decreto ministeriale, la cui procedura di adozione non è coordinata con la procedura amministrativa di autorizzazione dell'utilizzo di tale sostanza come combustibile, se lo Stato membro ha potuto ritenere, senza incorrere in un errore manifesto di valutazione, che non sia stato dimostrato che l'utilizzo di tale olio vegetale, in simili circostanze, soddisfa le condizioni previste all'art. 6, par. 1, della direttiva 2008/98 e, in particolare, è privo di qualsiasi possibile effetto nocivo sull'ambiente e sulla salute umana; spetta al giudice del rinvio verificare se tale ipotesi ricorra nel procedimento principale [Corte di giustizia UE, 24 ottobre 2019, C-212/18, resa in riferimento alla questione pregiudiziale sollevata da T.a.r. Piemonte, sez. II, ord. n. 318 del 2018, relativamente alla compatibilità con il diritto europeo di due gruppi di previsioni normative nazionali, correlate al rilascio di autorizzazione all'impiego di un bioliquido come fonte di alimentazione di una centrale termica ed elettrica (ovvero le norme del d.lgs. n. 152 del 2006 che a date condizioni impongono di considerare tale bioliquido come un rifiuto e la disposizione del d.lgs. n. 28 del 2011 che, nel disciplinare l'autorizzazione unica per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, non risulta coordinata con la normativa ambientale del d.lgs. n. 152 del 06)];
- b) l'art. 18, par. 7, della direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, letto in combinato disposto con la decisione di esecuzione 2011/438/UE della Commissione, del 19 luglio 2011, relativa al riconoscimento del sistema Iscc «*International Sustainability and Carbon Certification*» per la verifica del rispetto dei criteri di sostenibilità di cui alle direttive del parlamento europeo e del consiglio 2009/28 e 2009/30/CE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, la quale imponga agli operatori economici, per la certificazione della sostenibilità dei bioliquidi, oneri specifici, diversi e più ampi rispetto a quelli previsti da un sistema volontario di certificazione della sostenibilità, quale il sistema Iscc,

riconosciuto dalla citata decisione di esecuzione, adottata dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 18, par. 4, della direttiva summenzionata, nella misura in cui tale sistema è stato approvato soltanto per i biocarburanti e gli oneri suddetti riguardano soltanto i bioliquidi; inoltre il diritto dell'Unione, e in particolare l'art. 34 TFUE e l'art. 18, par. 1 e 3, della direttiva 2009/28, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, imponga un sistema nazionale di verifica della sostenibilità dei bioliquidi, il quale stabilisca che tutti gli operatori economici che intervengono nella catena di consegna del prodotto considerato, anche quando si tratti di intermediari che non conseguono alcuna disponibilità fisica delle partite di bioliquidi, sono tenuti a rispettare taluni obblighi di certificazione, di comunicazione e di informazione scaturenti da detto sistema [Corte giustizia UE, 4 ottobre 2018, C-242/17, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato, con ordinanza del 26 gennaio 2017, nell'ambito di una controversia che ha opposto una società tipografica al G.s.e. ed ai Ministeri di settore, in merito alla mancata presentazione di certificati di sostenibilità relativi a bioliquidi utilizzati per il funzionamento dell'impianto termoelettrico, mancanza questa che ha determinato la decadenza dal regime di incentivazione dei certificati verdi di cui beneficiava tale impianto].

10. Gli impianti di cogenerazione.

Come innanzi precisato al § 4, l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 79 del 1999 dispone(va) che *“gli importatori e i soggetti responsabili degli impianti che, in ciascun anno, importano o producono energia elettrica da fonti non rinnovabili hanno l'obbligo di immettere nel sistema elettrico nazionale, nell'anno successivo, una quota prodotta da impianti da fonti rinnovabili”* e il successivo comma 3 aggiunge(va) che *“gli stessi soggetti possono adempiere al suddetto obbligo anche acquistando, in tutto o in parte, l'equivalente quota o i relativi diritti da altri produttori”* (i c.d. <certificati verdi>); ai sensi dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 79 cit., l'obbligo sopradescritto si applica(va) alle importazioni e alle produzioni di energia elettrica, *“al netto della cogenerazione”*, con conseguente esonero dei produttori di energia elettrica da cogenerazione dall'obbligo di acquistare certificati verdi, intendendosi per *“energia elettrica da cogenerazione”* quella prodotta in impianti che generano simultaneamente energia elettrica e calore utile. L'art. 2, comma 8, d.lgs. n. 79 cit. demandava all'AEEG il compito di stabilire i requisiti minimi necessari affinché un impianto di produzione di energia elettrica potesse essere considerato *“di cogenerazione”* e come tale ammesso, tra l'altro, al beneficio dell'esenzione dall'acquisto di certificati verdi e l'Autorità ha a ciò provveduto con la delibera n. 42/02 del 19 marzo 2002.

Peraltro la sopravvenuta direttiva 2004/8/CE (*“Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione della cogenerazione basata su una domanda di calore utile nel mercato interno dell'energia e che modifica la direttiva 92/42/CEE”*) ha introdotto il concetto di <cogenerazione ad alto rendimento>, che *“è definita in base al risparmio energetico offerto dalla produzione combinata rispetto alla produzione separata di calore e di elettricità. Il risparmio energetico superiore al 10% rientra nella <cogenerazione ad alto rendimento>”* (così il considerando n. 11 della direttiva); la qualificazione in termini di

cogenerazione ad alto rendimento, giusto il disposto dell'art. 3, comma 1, lett. i) della direttiva, presuppone la conformità ai criteri indicati dall'Allegato III alla direttiva, portante il "Metodo di determinazione del rendimento del processo di cogenerazione"; l'art. 12, comma 3, della stessa direttiva prevede poi un regime transitorio, poiché stabilisce che "fino alla fine del 2010 gli Stati membri possono, ricorrendo a metodi alternativi, definire ad alto rendimento una cogenerazione senza verificare che la produzione mediante cogenerazione sia conforme ai criteri di cui all'allegato III, lettera a), se è stato dimostrato a livello nazionale che la produzione mediante cogenerazione identificata con tali metodi alternativi di calcolo soddisfa in media i criteri di cui all'allegato III, lettera a)"; il legislatore nazionale ha recepito la rinnovata disciplina europea con il d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, che, all'art. 6, stabilisce l'applicazione delle previsioni di cui al d.lgs. n. 79 del 1999 alla cogenerazione ad alto rendimento, mentre, all'art. 3, recepisce la previsione di periodo transitorio, stabilendo che "fino al 31 dicembre 2010, fatto salvo quanto disposto dal comma 2, è considerata cogenerazione ad alto rendimento la cogenerazione rispondente alla definizione di cui all'articolo 2, comma 8, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79".

10.1. La posizione della giurisprudenza.

Conseguentemente si è posta in giurisprudenza la problematica dell'applicabilità della disciplina transitoria o della ultrattività della disciplina di cui all'art. 11 d.lgs. n. 79 del 1999 che, come innanzi precisato, prevedeva l'esonero dell'acquisto dei certificati verdi, agli impianti di cogenerazione *tout court*, per il periodo successivo al 31 dicembre 2010, posto che l'art. 25 d.lgs. n. 28 del 2011 abroga dal 1° gennaio 2016 i commi 1, 2, 3, 5 e 6 dell'art. 11 d.lgs. n. 79 del 1999.

Il Consiglio di Stato (sez. IV, ordinanza n. 708 del 2019 relativa all'impugnativa da parte di una società che gestiva diversi impianti di cogenerazione del provvedimento del G.s.e. che aveva escluso l'esenzione dall'obbligo di acquisto dei certificati verdi per il periodo successivo al 31 dicembre 2010), ha disposto rinvio pregiudiziale su tale questione alla stregua dei seguenti rilievi:

- a) manca totalmente una disposizione secondo cui le norme che riconoscono benefici ai produttori di energia in cogenerazione ad alto rendimento escluderebbero l'applicazione degli stessi benefici alle altre forme di cogenerazione (disposizione che, nel nostro ordinamento, è poi sopravvenuta solo con il d. lgs. n. 102 del 2014);
- b) l'efficacia dell'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 79 del 1999 (ossia, dell'esonero dall'acquisto dei certificati verdi) non risulta "limitata" al 31 dicembre 2010, posto che l'abrogazione della norma è stata disposta con riferimento a data successiva (dapprima 1° gennaio 2016, poi 19 luglio 2014);
- c) l'art. 3, d.lgs. n. 20 del 2007 non riguarda la cogenerazione ordinaria, ma esclusivamente la CAR (cioè la cogenerazione ad alto rendimento) e prevede che, transitoriamente e fino al 31 dicembre 2010, siano considerate CAR le attività che rispondono ai requisiti di cogenerazione ordinaria, in attesa dell'entrata in vigore del decreto attuativo, con cui si definiscono le modalità operative per il riconoscimento dei requisiti propri della CAR;

- d) la Corte di giustizia UE, con sentenza 26 settembre 2013, C-195/12, ha stabilito che l'art. 7 della direttiva n. 2004/8/CE (relativo ai regimi di sostegno che vengono attuati negli Stati membri) vada applicato a tutti gli impianti di cogenerazione e non soltanto agli impianti di cogenerazione ad alto rendimento; la posizione europea, applicando i regimi di sostegno alla cogenerazione in generale, e non soltanto alla CAR, è dunque evidentemente nel senso di affiancare le due forme di cogenerazione e non di sostituire la seconda con la prima.

Nell'esitare la richiesta di rinvio pregiudiziale (Corte giustizia UE, sez. VII, 17 settembre 2020, C-92/19), è stato precisato che *“L'articolo 12, paragrafo n. 3, della direttiva n. 2004/8/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, sulla promozione della cogenerazione basata su una domanda di calore utile nel mercato interno dell'energia e che modifica la direttiva n. 1992/42/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale, la quale permetta ad impianti di cogenerazione che non presentano la caratteristica di essere impianti ad alto rendimento, ai sensi di tale direttiva, di continuare a beneficiare, anche dopo il 31 dicembre 2010, di un regime di sostegno alla cogenerazione, in virtù del quale detti impianti siano così, segnatamente, esentati dall'obbligo di acquistare certificati verdi”*.

La Corte, nel richiamare la propria pregressa giurisprudenza, ha precisato quanto segue:

- e) l'art. 7 della direttiva n. 2004/8/CE, nel prevedere il regime di sostegno alla cogenerazione, non si riferisce ai soli impianti CAR, sicché gli Stati membri ben possono, alle condizioni stabilite da tale articolo, prevedere regimi di sostegno ad impianti di cogenerazione che non sono ad alto rendimento;
- f) ai fini dell'interpretazione di tale art. 7 è “ininfluente” quanto dispone il successivo art. 12, paragrafo 3, della medesima direttiva (che contiene la norma transitoria la quale conferisce agli Stati membri, “fino alla fine del 2010”, la facoltà di “definire ad alto rendimento una cogenerazione” sulla base di criteri propri dei singoli Stati membri); ciò, in quanto tale art. 12 “non influisce sulla possibilità per gli Stati membri di prevedere regimi di sostegno a favore della cogenerazione che non sia ad alto rendimento oppure regimi di sostegno comune a queste due forme di cogenerazione”;
- g) di conseguenza, conclude la Corte sul primo quesito, “il citato paragrafo 3 non osta a che gli Stati membri mettano in atto, anche dopo il 31 dicembre 2010, meccanismi di sostegno alla cogenerazione, come l'esenzione dall'obbligo di acquisto di certificati verdi, a favore della cogenerazione che non sia ad alto rendimento”; la Corte con la medesima sentenza ha per contro ritenuto irricevibili il secondo e terzo quesito relativi alla violazione dell'art. 107 del Trattato e del principio di eguaglianza e non discriminazione del diritto comunitario, per mancata specificazione degli elementi di rilevanza nel giudizio *a quo*: cfr § 15).

Secondo la giurisprudenza amministrativa le definizioni normative in materia di cogenerazione sottendono un *“concetto di energia termica utile di natura tecnico scientifica”*, in base al quale, in assenza di destinazione del calore prodotto ad usi civili ed industriali *“l'esercizio dell'impianto sarebbe finalizzato a conseguire altri benefici, segnatamente un aumento della produzione di energia elettrica, e non già un aumento del rendimento energetico complessivo, garantito da una sinergia*

ottimale tra utenza elettrica e utenza termica rifornite dall'impianto cogenerativo, e finirebbe dunque a perseguire finalità esulanti dalla disciplina di favore per impianti di cogenerazione assimilabili ad impianti da fonte rinnovabile" (Cons. Stato, sez. IV, n. 8557 del 2019; sez. VI, n. 2659 del 2013).

In materia di impianti di cogenerazione ad alto rendimento legittimati all'accesso ai certificati bianchi ex art. 2, lettera "o" d.lgs. n. 20 del 2007, che differiscono pertanto dagli impianti cogenerativi "semplici" ex art. 2, lettera "a" del medesimo d.lgs. (Cons. Stato, sez. IV, n. 8557 del 2019), è stato precisato che:

- h) è legittimo il provvedimento del G.s.e. di diniego di accesso al regime dei certificati bianchi laddove l'intervento di rifacimento sia stato inammissibilmente frazionato e non sia stato pertanto realizzato in modo conforme alle prescrizioni tecniche e temporali richieste ai fini dell'accesso ai benefici richiesti, volti a premiare solo i nuovi interventi di contestuale e complessivo rifacimento capaci di determinare un rilevante incremento delle complessive prestazioni energetiche dell'impianto [Cons. Stato, sez. II, n. 2386 del 2022, ha precisato come l'art. 30, comma 11, l. 23 luglio 2009, n. 99, e s.m.i., stabilisce che il regime di sostegno previsto per la cogenerazione ad alto rendimento di cui al secondo periodo del comma 1 dell'articolo 6 del d.lgs. 8 febbraio 2007, n. 20, è riconosciuto per un periodo non inferiore a dieci anni, limitatamente alla nuova potenza entrata in esercizio dopo la data di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, a seguito di nuova costruzione o rifacimento, nonché limitatamente ai rifacimenti di impianti esistenti sulla base del risparmio di energia primaria. Con decreto del Ministro dello sviluppo economico sono definiti i criteri e le modalità per il riconoscimento dei relativi benefici. In attuazione di tale previsione, è stato emanato il d.m. 5 settembre 2011, le cui disposizioni si applicano (art. 1, comma 1, lett. a) alle unità di cogenerazione entrate in esercizio, come nuove unità di cogenerazione ovvero come rifacimento di unità esistenti secondo le condizioni definite dal medesimo decreto a decorrere dal 7 marzo 2007, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 20 del 2007. Secondo il successivo art. 2, comma 1, lett. b), per "rifacimento" si intende l'intervento tecnologico, realizzato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 20 del 2007, su una unità di produzione cogenerativa o non cogenerativa in esercizio da almeno dodici anni, che comporti la totale ricostruzione o la sostituzione con componenti nuovi di almeno due dei componenti principali)];
- i) la *ratio* dell'incentivazione alla cogenerazione, imperniata sull'effettiva dimostrazione dell'efficienza energetica dell'impianto ausiliato, richiede la misurazione esatta dell'energia in entrata, al fine di poter acclarare, con speculare esattezza, l'effettivo risparmio di energia primaria conseguito dall'impianto: ciò, invero, è l'unico modo con cui può garantirsi contro possibili indebite percezioni (quand'anche in buona fede) di risorse pubbliche, strutturalmente limitate e teleologicamente destinate all'esclusivo scopo di incentivare forme efficienti di produzione di energia; né il d.m. 5 settembre 2011 per la "cogenerazione ad alto rendimento" né le linee guida redatte dal Ministero dello sviluppo economico consentono il ricorso a modalità alternative di computo dell'energia in entrata, ossia scisse dalla concreta misurazione della stessa, ciò che solo consentirebbe l'ammissione della possibilità di fare ricorso anche a valori dell'energia in entrata

- preimpostati e non conseguenti ad una concreta misurazione reale del flusso; peraltro grava sull'interessato l'onere di apprestare tutti gli accorgimenti tecnici necessari a far sì che le grandezze fisiche in considerazione siano misurabili con esattezza e che, conseguentemente, il diritto alla percezione dell'incentivo emerga come oggettivo, evidente ed indiscutibile [cfr., in *subiecta materia*, art. 8, comma 6, d.m. 5 settembre 2011, a tenore del quale “la domanda di accesso al regime di sostegno è respinta per le unità di cogenerazione non dotate di strumentazione idonea a definire le grandezze fisiche necessarie” (Cons. Stato, sez. IV, n. 2716 del 2021, riferita a fattispecie in cui il G.s.e aveva inizialmente ammesso l'impianto al regime di sostegno ma all'esito di un procedimento di controllo, svolto ai sensi dell'art. 11 del d.m. 5 settembre 2011, aveva annullato l'ammissione ai benefici, avendo riscontrato, all'esito di un sopralluogo, che i convertitori elettronici dei volumi del gas in entrata sono risultati privi del sensore di pressione: l'assenza di tale sensore non consentiva pertanto ad avviso del G.s.e., “*un calcolo esatto e puntuale del volume del gas in condizioni termodinamiche standard*” immesso nell'impianto)];
- j) l'art. 11, comma 3, d.m. 5 settembre 2011, in conformità con la previsione dell'art. 42 d.l.gs. n. 28 del 2011, prevede l'annullamento del beneficio ed il recupero degli incentivi, eventualmente erogati, come conseguenza della mera “difformità” tra quanto dichiarato e la situazione reale dell'unità di cogenerazione, senza alcun riferimento all'idoneità di tale difformità, ai fini del conseguimento del beneficio, né tanto meno all'esistenza di un coefficiente psicologico del dichiarante (quale dolo o colpa) eventualmente riferibile all'ipotesi, prevista distintamente dalla disposizione in esame, relativa alla produzione di documenti non veritieri ovvero di dichiarazioni false e mendaci (Cons. Stato, sez. IV, n. 4840 del 2020 riferita a fattispecie di annullamento dei benefici riconosciuti con l'emissione di certificati bianchi per gli anni pregressi e annullamento del riconoscimento CAR; in senso analogo Cons. Stato, sez. IV, nn. 6583 e 5637 del 2019);
- k) il principio secondo cui il G.s.e. non è legittimato a revocare una qualifica oramai riconosciuta, per di più con effetto retroattivo e a revocare le agevolazioni, senza prima avere accertato che l'impianto, al di là di eventuali malfunzionamenti dei misuratori abbia conseguito o meno gli obiettivi imposti dalla legge che trova conferma nella modifica dell'art. 42 d.l.gs. n.28/2011 secondo cui “*gli effetti dell'annullamento del provvedimento di riconoscimento dei titoli energetici disposto a seguito di verifica, decorrono dall'adozione del provvedimento di esito dell'attività di verifica*” con salvezza dei titoli già riconosciuti, si applica esclusivamente alla fattispecie disciplinata dal comma 4 dell'art. 11 del d.m. 5 settembre 2011 (relativa al caso in cui le difformità accertate derivino da carenze impiantistiche o di sistemi di misurazione che non permettano di definire con precisione le grandezze utili per la definizione dell'incentivo economico) e non già quella relativa alla difformità tra la dichiarazione resa dall'impresa e la realtà obiettiva dell'impianto, disciplinata dal precedente comma 3 (Cons. Stato, sez. IV, n. 4840 del 2020);

10.2. Gas ad effetto serra prodotti da impianto di cogenerazione.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'articolo 3, lettere e) e f), della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003 - che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, come modificata dalla direttiva 2009/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, in combinato disposto con i punti 2 e 3 dell'allegato I della stessa - deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che il proprietario di uno stabilimento produttivo dotato di una centrale termica, la cui attività rientra nell'ambito di applicazione di tale allegato I, possa ottenere un aggiornamento della sua autorizzazione ad emettere gas a effetto serra, ai sensi dell'articolo 7 di tale direttiva, se ha ceduto un'unità di cogenerazione situata nello stesso sito industriale di tale stabilimento ed esercente un'attività con una capacità inferiore alla soglia stabilita in detto allegato I ad un'impresa specializzata nel settore dell'energia, concludendo con tale impresa un contratto che prevede, in particolare, la fornitura a detto stabilimento dell'energia prodotta da tale unità di cogenerazione, sempre che la centrale termica e l'unità di cogenerazione non costituiscano un solo ed unico impianto, ai sensi dell'articolo 3, lettera e), di detta direttiva, e che, in ogni caso, il proprietario dello stabilimento produttivo non sia più il gestore dell'unità di cogenerazione, ai sensi dell'articolo 3, lettera f), della medesima direttiva [Corte di giustizia UE, 29 aprile 2021, C-617/19 resa sulle questioni di rinvio pregiudiziale deferite da T.a.r. per il Lazio, sez. II *bis*, n. 9951 del 2019; le questioni pregiudiziali sono state poste relativamente ad una fattispecie in cui un cogeneratore costruito da un operatore economico sul proprio sito industriale per il fabbisogno della propria produzione era stato poi ceduto (con cessione di ramo d'azienda) ad altro operatore energetico, quest'ultimo contrattualmente obbligato a produrre energia per lo stabilimento produttivo originario presso il quale l'impianto era rimasto allocato; il ricorrente aveva lamentato al riguardo l'illegittimità dell'interpretazione fornita dal Comitato ETS, secondo cui il contratto di fornitura di servizi energetici nel caso di specie sarebbe stato di per sé sufficiente a conservare in capo al soggetto cedente, pur dopo il trasferimento del ramo di azienda comprendente l'impianto di cogenerazione, un potere gestorio e di controllo delle emissioni del cogeneratore)].

11. Il potere di disporre l'erogazione dei benefici e la decadenza.

11.1. L'attribuzione del beneficio.

L'art. 7 del d.lgs. n. 387 del 2003 (oggi abrogato dall'art. 25, comma 11, lett. b, n. 3, d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28) demandava ad appositi decreti ministeriali la definizione dei criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica, ivi compresa la fissazione dei requisiti soggettivi, di quelli tecnici minimi dei componenti e degli impianti, delle condizioni di cumulabilità con altri incentivi e delle modalità di determinazione della tariffa incentivante.

In attuazione di tale disciplina l'art. 9 d.m. 28 luglio 2005 ha affidato all'Autorità di regolazione l'individuazione del soggetto erogatore delle tariffe incentivanti, delle modalità e delle condizioni di erogazione, "ivi inclusa la verifica del rispetto delle disposizioni degli articoli 4 e 10, tenuto conto di quanto disposto agli articoli 12 e 13".

L'AEEG, con delibera n. 188/2005, ha individuato nel G.s.e. il soggetto erogatore delle tariffe, a cui competono anche poteri di verifica dei requisiti di ammissione,

prevedendo che l'esito negativo della verifica avrebbe comportato la non ammissione alle tariffe incentivanti, la decadenza dalle tariffe incentivanti già ammesse o l'obbligo di restituzione delle tariffe già percepite (art. 6 punto 6.7 della delibera).

La giurisprudenza ha al riguardo ritenuto che tra le modalità e le condizioni per l'erogazione del beneficio, che l'art. 7 del d.lgs. n. 387 del 2003 demandava alla fonte secondaria, era logicamente compresa anche la verifica in concreto dei requisiti, soggettivi e oggettivi, per l'incentivazione, in assenza dei quali il beneficio non avrebbe potuto essere erogato o, se erogato, avrebbe dovuto essere recuperato, secondo le regole generali della ripetizione dell'indebito, non potendo il potere di concessione di benefici economici essere dissociato dal potere di verifica della ricorrenza dei presupposti e dei requisiti a cui la legge subordina l'erogazione, con il corollario della non ammissione, della decadenza e del recupero delle somme in caso di esito negativo della verifica.

Pertanto la giurisprudenza relativamente a fattispecie *ratione temporis* non regolate dall'art. 42 d.lgs. 28 del 2011, perché antecedenti la sua entrata in vigore, ha ritenuto che il potere di verifica e di conseguente decadenza è strumentale al potere di ammissione al finanziamento, con la conseguenza che il riconoscimento del primo è inscindibilmente connesso all'attribuzione del secondo, anche in coerenza con la teoria dei poteri impliciti, elaborata in relazione alle Autorità indipendenti (Cons. Stato, sez. IV n. 640 del 2023 che peraltro ha ritenuto applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame l'art. 42 comma 3 d.lgs. 28 del 2011 per essere il procedimento di verifica iniziato dopo la sua entrata in vigore, con richiamo a Corte cost. 7 aprile 2017, n. 69; Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2020 n. 7972, 4 febbraio 2020 n. 879).

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2011, la disciplina si rinviene nell'art. 42 del medesimo testo normativo.

Ai sensi di detto disposto, l'erogazione di incentivi nei settori elettrico, termico e dell'efficienza energetica, di competenza del G.s.e., è subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza. La verifica, che può essere affidata anche agli enti controllati dal G.s.e., è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti (1° comma).

Il successivo 3° comma, nella sua formulazione originaria, prevedeva che: «*Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui al 1° e 2° comma siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il Gse 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'art. 2, 20° comma, lett. c), l. 14 novembre 1995 n. 481*».

Successivamente, l'art. 1, comma 960, lett. a), l. 27 dicembre 2017 n. 205 e le successive modifiche hanno ulteriormente previsto, a integrazione del citato 3° comma, che «*In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il G.s.e. dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte della metà*».

La l. 27 dicembre 2017 n. 205 ha altresì aggiunto all'art. 42 il comma 3 *quater* e il comma 4 *bis* (per impianti rispettivamente inferiori e superiori ai 3 kW), i quali, con specifico riferimento alla problematica della non conformità della certificazione dei moduli fotovoltaici alla normativa vigente e al dichiarato fine di salvaguardare le iniziative di

realizzazione di impianti fotovoltaici e la produzione di energia elettrica, si sono limitati a disporre una decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione, fermo restando, ove ne ricorra il caso, l'annullamento della maggiorazione di cui all'art. 14, 1° comma, lett. d), d.m. sviluppo economico 5 maggio 2011.

Inoltre, la l. 2 novembre 2019 n. 128, di conversione del d.l. 3 settembre 2019 n. 101, ha poi previsto che «*Le disposizioni di cui alla lett. a) del 1° comma [n.d.r.: quelle che prevedono la decadenza parziale nella misura del 10 per cento sopra citate] si applicano agli impianti realizzati e in esercizio oggetto di procedimenti amministrativi in corso e, su richiesta dell'interessato, a quelli definiti con provvedimenti del Gestore dei servizi energetici (Gse) di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, compresi i ricorsi straordinari al presidente della repubblica per i quali non è intervenuto il parere di cui all'art. 11 d.p.r. 24 novembre 1971 n. 1199. La richiesta dell'interessato equivale ad acquiescenza alla violazione contestata dal Gse nonché a rinuncia all'azione*».

La giurisprudenza tuttavia ha chiarito che la disposizione che prevede, in luogo della decadenza, una decurtazione dell'incentivo in misura compresa tra il 20 e l'80 per cento, poi modificato come indicato, in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento, dall'art. 13-bis, comma 1, lettera a), d.l. 3 settembre 2019, n. 101, convertito dalla l. 2 novembre 2019, n. 128, in ragione dell'entità della violazione, non ha portata interpretativa, ma innovativa e dunque non può che applicarsi alle violazioni accertate dopo il 1 gennaio 2018, data di entrata in vigore della legge che l'ha introdotta (Cons. Stato, sez. IV, n. 2396 del 2020; n. 6583 del 2020).

Parimenti si è precisato, con riferimento alla previgente novella cui all'art. 1, comma 960, della legge n. 205 del 2017 (che, come visto, aveva già introdotto la seconda parte dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011, che consente al G.s.e. di non adottare il provvedimento di decadenza e di sostituirlo con la più blanda misura della decurtazione dell'incentivo) ritenendo che, “stante il suo univoco tenore letterale, è applicabile *ratione temporis*, solo in relazione a provvedimenti emanati dal Gestore successivamente alla sua entrata in vigore” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 9874 del 2022; Cons. Stato, sez. VI, n. 9 del 2022; Cons. Stato, sez. IV, n. 594 del 2021; n. 6060 del 2018; n. 2859 del 2018; ordinanza n. 1749 del 2018).

La giurisprudenza ha altresì chiarito la previsione dell'art. 42 comma 3 secondo periodo, come novellata dalla l. 205 del 2017 cit. non si applica retroattivamente, allorché alla data della sua entrata in vigore, 1 gennaio 2018, sia già stato adottato un provvedimento di decadenza, tanto più se coperto da giudicato (Cons. Stato, sez. IV, n. 1687 del 2022).

Peraltro a seguito delle modifiche di cui all'art. 56, comma 7, lett. a) e a-bis), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, l'attuale formulazione dell'art. 42, comma 3, prevede che «*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. In deroga al periodo precedente, al fine di*

salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'energia termica e il risparmio energetico, conseguente agli interventi di efficientamento, degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il Gse dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte della metà».

Pertanto la decadenza risulta correlata espressamente ai «presupposti di cui all'art. 21 *nonies* l. 7 agosto 1990 n. 241».

Ai sensi del comma 8 del d.l. n. 76 del 2020 le modifiche apportate - ivi compreso il riferimento ai presupposti di cui all'art. 21 *nonies* l. 241/90 si applicano «ai progetti di efficienza energetica oggetto di procedimenti amministrativi di annullamento d'ufficio in corso e, su richiesta dell'interessato, a quelli definiti con provvedimenti del G.s.e. di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, compresi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica per i quali non è intervenuto il parere di cui all'articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199. Il G.s.e., preso atto della documentazione già nella propria disponibilità e di eventuale documentazione integrativa messa a disposizione dal proponente, dispone la revoca del provvedimento di annullamento entro il termine di 60 giorni consecutivi dalla data di presentazione dell'istanza a cura del soggetto interessato. Le disposizioni di cui al comma 7 non si applicano nel caso in cui la condotta dell'operatore che ha determinato il provvedimento di decadenza del GSE è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna, anche non definitiva».

11.2. La decadenza.

La giurisprudenza maggioritaria, con riferimento a fattispecie regolamentate dalla previsione dell'art. 42 comma 3, previgente le modifiche introdotte dal d.l. n. 76 del 2020, ha affermato che la decadenza pronunciata dal gestore ai sensi dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011 non è manifestazione né di un potere di autotutela, né di un potere sanzionatorio, bensì la conseguenza di «un potere immanente di verifica, accertamento e controllo» volto ad «acclarare lo stato dell'impianto e ad accertarne la corrispondenza rispetto a quanto dichiarato dall'interessato in sede di richiesta di ammissione».

La decadenza pertanto non ha natura sanzionatoria, ma ripristinatoria di un assetto procedimentale alterato dalla erronea asseverazione della presenza di requisiti viceversa mancanti. Invero, le sanzioni vere e proprie vengono applicate unicamente dalla Autorità di settore, con la conseguenza che risulta inconferente la questione della applicazione del principio di non retroattività delle sanzioni, in applicazione degli argomenti e principi sviluppati dalle sentenze della Corte costituzionale n. 237 del 2020 e n. 51 del 2017 (Cons. Stato, sez. IV, n. 8442 del 2020; n. 6118 del 2019; sez. IV, n. 50 del 2017 secondo cui il potere in questione è, quindi, «un atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti ab origine l'ammissione al finanziamento pubblico»; ciò sulla base del rilievo che «in ogni operazione di finanziamento a carico dell'erario, il beneficio economico è riferibile ad un obiettivo essenziale perseguito dalla relativa disciplina di settore (sia normativa che amministrativa); il finanziamento è preordinato al soddisfacimento di un interesse istituzionale che trascende, cioè, pur implicandolo, l'interesse dei destinatari; vale a dire che in ogni operazione di finanziamento non è intellegibile solo un interesse del beneficiario ma anche quello dell'organismo che

lo elargisce il quale, a sua volta, altro non è se non il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi del superiore livello politico istituzionale; logico corollario è che le disposizioni attributive di finanziamento devono essere interpretate in modo rigoroso e quanto più conformemente con gli obiettivi avuti di mira dal normatore, anche allo scopo di evitare che si configurino aiuti di stato illegittimi (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3778 del 2012; sui principi generali in materia di contributi pubblici, Ad. plen. n. 20 del 2012; Corte giustizia UE, sez. VIII, 26 maggio 2016, C-273/15)».

Tale orientamento è stato ribadito dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 18 del 2020), che ha affermato come 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 quella prevista dall'art. 21 *nomies*, l. 241 del 1990, che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti;
- b) per la tipologia del vizio, *more solito* individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto;
- c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti.

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

- d) della non rilevanza, ai fini dell'integrazione dei presupposti, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa;
- e) 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.

Il chiaro *discrimen* fra la decadenza dal beneficio incentivante e la sanzione per la violazione delle norme che disciplinano il rapporto con la pubblica amministrazione è segnato dallo stesso art. 42 d.lgs. n. 28 del 2011, che specificatamente demanda al G.s.e. il compito di trasmettere gli atti, a base del provvedimento di decadenza, all'autorità indipendente di settore per l'eventuale irrogazione delle sanzioni.

Tale orientamento è stato ribadito anche dalla giurisprudenza successiva che ha affermato che i provvedimenti di decadenza del G.s.e. si caratterizzano per l'esercizio di uno speciale e vincolato potere di verifica e controllo, che è estraneo al paradigma dell'autotutela di cui all'art. 21 *nomies* della l. n. 241 del 1990 (Cons. Stato, sez. II, n. 2747 del 2022; sez. IV, n. 462 del 2022 e n. 594 del 2021; sez. VI, n. 9 del 2022 e n. 6516 del 2021; Corte cost., n. 237 del 2020).

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato inoltre:

- f) sia la direttiva 2009/28 che la giurisprudenza della Corte di Giustizia escludono che la previsione di un potere di verifica e decadenza in capo al G.s.e. sia, di per sé, in

contrasto con il legittimo affidamento e la fiducia degli investitori la quale viene, per contro, tutelata, attraverso il corretto funzionamento dei regimi di sostegno che impongono un controllo non limitato alla mera fase iniziale di incentivazione (Cons. Stato, sez. II, n. 640 del 2023 con rinvio a Corte giustizia UE grande sezione - 6 ottobre 2021, in causa C-561/19, punto 47);

- g) la decadenza dalla tariffa incentivante, anche se applicata a distanza di un certo lasso di tempo dal provvedimento di ammissione, non può rappresentare un rimedio incompatibile con gli obiettivi di corretto funzionamento dei regimi di sostegno nazionali, poiché l'istituzione di procedure di controllo non è idonea a ingenerare la sfiducia negli operatori in possesso dei requisiti per il conseguimento degli incentivi e non produce alcuna situazione di instabilità, non determinando una sopravvenuta modifica della normativa (Cons. Stato, sez. II, n. 640 del 2023 cit.; Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2021 n. 594).

L'Adunanza plenaria (n. 18 del 2020) e la giurisprudenza innanzi richiamata (cfr. Cons. Stato, sez. II, n. 2747 del 2022; sez. IV n. 462 del 2022 e n. 594 del 2021; sez. VI n. 9 del 2022 e n. 6516 del 2021; Corte cost., n. 237 del 2020) ha peraltro precisato che l'art. 56, comma 7, d.l. n. 76 del 2020 pur avendo previsto che l'esercizio del potere di decadenza si eserciti in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies*, l n. 241 del 1990, non ha mutato la natura del potere esercitato, che rimane di decadenza sia pure subordinato alla ricorrenza degli indicati presupposti. La disposizione, inoltre, non ha natura di norma di interpretazione autentica e, per espressa previsione, si applica ai procedimenti pendenti o, se già definiti, solo a seguito di apposita istanza dell'interessato, alle condizioni indicate dall'art 56, comma 8, d.l. n. 76 del 2020 (in senso conforme Cons. Stato, sez. II, n. 640 del 2023; sez. VI, n. 8719 del 2022; sez. II, nn. 2743, 2744, 2745, 2746 del 2022).

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha altresì chiarito che la richiesta di restituzione dei benefici già erogati non è espressione di una distinta e autonoma volontà provvedimentale rispetto a quella oggetto dei provvedimenti di decadenza dai benefici concessi, bensì rappresenta un atto esecutivo, conseguente alla qualifica di indebito oggettivo delle somme erogate per effetto della determinazione di decadenza (Cons. Stato, sez. IV, n. 6241 del 2020).

La plenaria (n. 18 del 2020) ha inoltre affermato i seguenti principi:

- h) in tema di domanda per incentivi relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, laddove si riscontri violazione riguardante una certificazione prodotta al fine di ottenere la maggiorazione del dieci per cento rispetto alla tariffa base incentivante, essa deve intendersi rilevante ai fini della decadenza dalla sola maggiorazione del dieci per cento per ottenere la quale era stata prodotta;
- i) in tema di domanda per incentivi relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, l'accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza ha ad oggetto la sola violazione e la sua rilevanza, prescindendo dall'elemento soggettivo, che viene in evidenza soltanto nel prosieguo del procedimento sanzionatorio avanti alla competente autorità di settore [la vicenda trae origine dall'istanza presentata da un'impresa per il riconoscimento degli incentivi previsti dal d.m. 5 maggio 2011, relativamente all'energia prodotta da impianti solari fotovoltaici. Nello specifico,

l'impresa richiedeva al G.s.e. sia il riconoscimento della tariffa base che della relativa maggiorazione del dieci per cento, secondo quanto rispettivamente previsto dagli art. 12 e 14 citato d.m. Il G.s.e. accoglieva l'istanza, riconoscendo entrambi gli incentivi, ma, successivamente, nell'ambito della propria attività di controllo, rilevava una difformità tra la certificazione presentata dall'impresa esclusivamente ai fini della maggiorazione del dieci per cento e quella originariamente emessa dall'ente certificatore. Conseguentemente, dichiarava, ai sensi del citato art. 42, comma 3, la decadenza dall'intero beneficio, sia con riferimento alla tariffa base, sia con riferimento alla maggiorazione del dieci per cento, imputando all'impresa una «violazione rilevante ai fini dell'erogazione degli incentivi» per avere la stessa presentato «dati non veritieri» o «documenti falsi, mendaci o contraffatti», secondo la definizione di «violazione rilevante» recata nel d.m. 31 gennaio 2014, attuativo dell'art. 42. Avverso il provvedimento di decadenza l'impresa ricorreva al T.a.r. Lazio e, a seguito del rigetto del ricorso, proponeva appello al Consiglio di Stato. Chiamata a pronunciarsi sull'appello, ord. Cons. Stato, sez. IV, n. 2682 del 2020 riteneva d'investire l'Adunanza plenaria sull'esatto ambito di applicazione dell'art. 42, comma 3, nelle specifiche ipotesi in cui la violazione riscontrata riguardi esclusivamente la maggiorazione del dieci per cento ma non anche la tariffa base].

La Corte costituzionale con sentenza n. 237 del 2020 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il disposto dell'art. 42 comma 4 *sexies*, d.lgs. 28 del 2011, inserito dall'art. 57-*quater*, comma 1, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, secondo cui “*Al fine di salvaguardare la produzione di energia elettrica derivante da impianti eolici, tutti gli impianti eolici già iscritti in posizione utile nel registro EOLN-RG2012, ai quali è stato negato l'accesso agli incentivi di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 luglio 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 143 alla Gazzetta Ufficiale n. 159 del 10 luglio 2012, a causa della errata indicazione della data del titolo autorizzativo in sede di registrazione dell'impianto al registro EOLN-RG2012, sono riammessi agli incentivi previsti dalla normativa per tale registro. La riammissione avviene a condizione che l'errata indicazione della data del titolo autorizzativo non abbia effettivamente portato all'impianto un vantaggio in relazione alla sua posizione in graduatoria*” nella parte in cui non prevede 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 (“*Attuazione dell'art. 24 del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti a fonti rinnovabili diversi dai fotovoltaici*”), 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. [La Corte ha al riguardo osservato che la rimodulazione, in termini generali e non già settoriali, della prescrizione del comma 3 dell'art. 42 citato sul rigetto dell'istanza e sulla decadenza dagli incentivi in caso di violazioni "rilevanti", dimostrano che la disposizione censurata è riconducibile ad una più ampia *ratio* di sostegno della produzione di energia da fonti rinnovabili, comune a tutte quelle alle quali tale prescrizione si riferisce e non già peculiare del solo settore eolico con riferimento esclusivo al registro EOLN-RG2012. Di talché, opera il principio secondo cui

"... una volta riconosciuta l'esigenza di un'eccezione rispetto a una normativa più generale, non potrebbe, in mancanza di un giustificato motivo, esimersi dal realizzarne integralmente la *ratio*, senza per ciò stesso peccare di irrazionalità". Nel compiere tale valutazione non può del resto trascurarsi il preminente rilievo del principio della massima diffusione delle energie rinnovabili, che comporta un'esigenza di semplificazione dei procedimenti autorizzatori. Risulta, dunque, violato il principio di eguaglianza e di ragionevolezza, espresso dall'art. 3 Cost., in quanto la norma censurata, sotto un duplice aspetto, determina 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 contempla la "riammissione" agli incentivi per impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, diversi da quelli che producono energia eolica (primo profilo), ovvero per impianti eolici iscritti in registri differenti da quello (EOLN-RG2012) relativo all'anno 2012 (secondo profilo)].

Con la precedente pronuncia, n. 51 del 2017, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 76 Cost., gli artt. 23, comma 3, e 43, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2011 che, in tema di incentivi alle imprese che producono energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, contemplano la ulteriore sanzione della esclusione decennale da futuri incentivi, a carico dei soggetti per i quali sia stato accertato che abbiano fornito dati o documenti non veritieri, ovvero abbiano reso dichiarazioni false o mendaci. La Consulta ha accolto, sotto l'assorbente profilo dell'eccesso di delega, le questioni di legittimità costituzionale sollevate da sei ordinanze della VI sezione del Consiglio di Stato in merito alle sanzioni interdittive introdotte dalla nuova disciplina in tema di incentivi per le fonti rinnovabili.

In particolare, le ordinanze di rimessione avevano contestato l'introduzione di sanzioni interdittive sotto diversi profili relativi: all'eccesso di delega rispetto alla legge delegante (n. 96 del 2010); all'art. 3 Cost.; alla violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità legislativa; all'art. 117, comma 1, Cost., in connessione col "vincolo derivante dall'ordinamento comunitario" per quanto concerne la violazione della proporzionalità nella misura delle sanzioni.

Con la sentenza *de qua* la Corte ha richiamato i criteri direttivi di cui alla legge delega, evidenziandone il profilo di dettaglio. In proposito, i criteri prevedevano che, al di là dei casi previsti dalle norme penali in vigore, nei d.lgs. attuativi potessero essere stabilite discipline contenenti trattamenti sanzionatori amministrativi e penali «per le infrazioni alle disposizioni dei decreti stessi». Con riguardo specifico alle sanzioni amministrative, si stabiliva che esse potessero consistere «nel pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro»; ed ulteriormente si prescriveva che, nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni fossero determinate nella loro entità, «tenendo conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto».

Secondo la Corte, che condivide le censure sollevate sul punto dalle ordinanze di rimessione, a tali puntuali criteri non si è attenuto il legislatore delegato, introducendo con le norme denunciate le indicate misure interdittive. In definitiva, mentre i criteri di delega prevedevano sanzioni penali o amministrative, limitando queste ultime a quelle di tipo pecuniario, i decreti attuativi hanno introdotto sanzioni interdittive, estranee quindi al perimetro di delega.

La sentenza inoltre precisa che tale misura interdittiva - incidendo sull'esercizio della libertà di iniziativa economica privata imprenditoriale (in un settore di attività particolarmente legato al sostegno di incentivi), nei confronti di un'ampia platea di soggetti e per un periodo di tempo particolarmente rilevante, in termini di rigido automatismo e di non graduabilità in rapporto al pur variabile contenuto lesivo delle violazioni cui la misura stessa consegue - contraddice manifestamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza

11.3. Il rilascio dell'autorizzazione e la titolarità dell'impianto come presupposto per la concessione degli incentivi.

Secondo la giurisprudenza amministrativa il rilascio dell'autorizzazione unica costituisce una condizione necessaria per il riconoscimento della qualità di IAFR (impianto alimentato da fonti rinnovabili) e per la concessione dei relativi benefici.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha al riguardo ritenuto che:

- a) in termini giuridici generali il godimento di un beneficio economico stabilito dalla legge (tale essendo la percezione della tariffa incentivante) non può prescindere dalla regolarità giuridica, *lato sensu* intesa, della sottesa attività, in disparte i pur precisi dati di diritto positivo (cfr. art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003, nonché i vari dd.mm. susseguiti nel tempo relativi alla regolamentazione degli incentivi). Pertanto ad un impianto privo (*ab origine* o per causa sopravvenuta) di un'autorizzazione unica valida ed efficace non può essere riconosciuta (o, rispettivamente, mantenuta) la qualifica IAFR ed attribuita la tariffa incentivante (Cons. Stato, sez. II, n. 4970 del 2022, relativa a fattispecie in cui l'autorizzazione unica era stata successivamente annullata in sede giurisdizionale, a seguito della declaratoria di incostituzionalità di una l.r. che consentiva il rilascio della stessa in assenza di V.I.A. per gli impianti di potenza termica non superiore a 3 MW; conseguentemente il G.s.e. aveva provveduto ad annullare in via di autotutela il provvedimento di rilascio all'impianto della qualifica di IAFR, a risolvere di diritto la connessa convenzione tariffaria e a determinare gli importi da restituire);
- b) il controllo operato dal G.s.e. in relazione agli atti prodromici che devono essere adottati da altre Amministrazioni ovvero dagli enti locali o, in generale in relazione a procedimenti che devono essere gestiti dai detti enti, ha carattere meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore. Il G.s.e., pertanto, si deve limitare a verificare l'esistenza del titolo autorizzativo, non potendo, invece, sindacare la legittimità e conseguentemente l'efficacia dello stesso (Cons. Stato, sez. IV n. 2859 del 2018);
- c) il G.s.e. ha il potere di verificare la sussistenza dei presupposti per l'ammissione alle tariffe incentivanti, ai sensi dell'art. 4 del d.m. 18 dicembre 2008, tra cui quello inerente alla verifica dell'idoneità dell'autorizzazione posseduta dall'impianto ai fini dell'ammissione alla qualificazione IAFR. Ciò in forza dei poteri di controllo e verifica di cui all'art. 42, d.lgs. n. 28 del 2011; il controllo dei titoli necessari ai fini del rilascio dell'incentivo qualora si tratti di impianto idroelettrico riguarda non solo il titolo abilitativo rilasciato dal Comune ma anche la concessione di derivazione a fini idroelettrici [Cons. Stato, sez. II, n. 2475 del 2022, riferita a fattispecie in cui la

- legge regionale contemplava un procedimento semplificato, non soggetto all'applicazione del procedimento unico di cui all'art. 12 d.lgs. 387 del 2003, per impianti (definiti di microgenerazione) di potenza inferiore ai 500 kW];
- d) l'art. 1 *septies* d.l. 8 luglio 2010, n. 105, prevede la coincidenza tra il soggetto richiedente e quello che ha realizzato l'impianto, iniziato l'esercizio e che detiene i relativi titoli abilitativi necessari per l'accesso all'incentivo. Tale previsione non può essere superata in forza dell'argomento secondo cui chi acquista un impianto già realizzato subentra automaticamente, *ex lege*, nei rapporti inerenti all'impianto stesso, compresi i titoli abilitativi, per cui non sarebbe necessaria alcuna voltura nell'ipotesi in cui il cessionario non subentri nella titolarità esclusiva dell'impianto per cui ha chiesto i benefici, avendo "acquistato" solo una quota pro-indivisa di un impianto più grande intestato alla diversa società, che lo ha realizzato e posto in esercizio e che è titolare del permesso di costruire. [Cons. Stato, sez. II, n. 2536 del 2022 che ha precisato come in siffatta ipotesi sussista tra l'altro anche l'artato frazionamento di un impianto di maggiori dimensioni in diversi più piccoli impianti, reso evidente dall'unicità del permesso di costruire (titolo peraltro presentato in sede di richiesta di accesso ai benefici per ben altri pretesi quattro impianti limitrofi), dalla contiguità dei lotti e dall'unicità del soggetto realizzatore che ha comunicato la fine lavori];
- e) è *contra legem* la scissione soggettiva tra la titolarità dell'autorizzazione e la responsabilità dell'impianto in quanto:
- e1) l'art. 12, commi 3 e 4, d.lgs. n. 387 del 2003 prevede che la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili sono soggetti ad un'autorizzazione unica e che il rilascio dell'autorizzazione costituisce "titolo a costruire e esercire l'impianto";
- e2) l'art. 2, comma 1, lettera g), d.m. 28 luglio 2005 sancisce che il soggetto responsabile dell'impianto è "il soggetto, avente i requisiti di cui all'art. 3, responsabile della realizzazione e dell'esercizio dell'impianto e che ha diritto a richiedere ed ottenere le tariffe incentivanti";
- e3) la deliberazione dell'AEEG n. 188/2005, al punto 3.1 prevede che il soggetto responsabile per essere ammesso a beneficiare delle "tariffe incentivanti" previste dal d.m. 28 luglio 2005 deve dichiarare, sotto la propria responsabilità, tra l'altro, di "assumere l'impegno a conseguire tutte le autorizzazioni necessarie alla costruzione ed all'esercizio dell'impianto nonché di essere consapevole delle proprie responsabilità civili e penali verso terzi connesse alle attività di costruzione ed esercizio dell'impianto". (Cons. Stato, sez. II., n. 2485 del 2022);
- f) è necessario che l'autorizzazione faccia capo - o perché rilasciata *ab initio* o perché successivamente trasferita- al responsabile dell'impianto, avuto riguardo al carattere indisponibile della medesima da parte del soggetto interessato, che può essere solo quello a nome del quale è stato emesso il provvedimento autorizzativo. Ne discende che il titolo, per una elementare esigenza di certezza dei rapporti giuridici e di controllo da parte dell'amministrazione, deve necessariamente fare capo al soggetto

che gestisce l'impianto e percepisce gli incentivi, anche se agisce per conto altrui (Cons. Stato sez. IV, nn. 6146 e 5412 del 2018);

- g) la mancanza del titolo autorizzatorio in capo a colui che esercita l'impianto e richiede gli incentivi non può essere compensata attraverso il ricorso a strumenti privatistici, non controllabili né opponibili all'amministrazione, quali il contratto di locazione dell'impianto o la partecipazione di controllo nella società che gestisce l'impianto. Solo il soggetto a favore del quale il titolo è rilasciato o volturato può legittimamente esercitare l'impianto e fruire dei benefici per l'energia prodotta, indipendentemente dalla proprietà del medesimo (Cons. Stato, sez. II., n. 2485 del 2022 relativa a fattispecie in cui non vi era coincidenza soggettiva tra il titolare dell'autorizzazione e il soggetto responsabile dell'impianto, in quanto l'autorizzazione unica faceva capo alla capogruppo, mentre responsabili degli impianti erano le società veicolo).

11.4. Decadenza, rimodulazione delle tariffe, autoresponsabilità e tutela dell'affidamento.

La giurisprudenza ha inoltre elaborato i seguenti principi in materia di decadenza e rimodulazione delle tariffe, avuto riguardo al principio di autoresponsabilità e di tutela dell'affidamento:

- a) qualora un operatore economico prudente ed avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare il principio dell'affidamento nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali. [Corte di Giustizia UE, 10 settembre 2009, C-201/08; sez. X, 11 luglio 2019, n. 180 C-180/18, C-286/18 (che ha precisato che “fatte salve le verifiche che il giudice del rinvio deve effettuare tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28, letto alla luce dei principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che consente a uno Stato membro di prevedere la riduzione, o perfino la soppressione, delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite per l'energia prodotta da impianti solari fotovoltaici”]; Corte di giustizia UE, sez. V, 15 aprile 2021 C-798/18 e C-799/18 (che ha statuito che gli incentivi alla produzione dell'energia fotovoltaica rientrano nella nozione di beni elaborata dalla giurisprudenza della Corte relativa all'art. 1 prot. 1 CEDU e devono, ai sensi dell'art 52 paragrafo 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, essere oggetto delle garanzie in materia di proprietà previste dall'art 17 della Carta ma ha limitato la tutela prevista dal citato art 17 - avente, ai sensi dell'art 52 par. 3, lo stesso significato e la stessa portata dell'art 1 prot. 1 CEDU - ai casi in cui sussista in capo all'interessato un legittimo affidamento a conseguire il valore patrimoniale); con richiamo a tali pronunce cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1306 del 2022; sez. IV, n.

223 del 2020; sez. II, n. 2501 del 2022; in senso analogo Cons. Stato, sez. II, n. 2485 del 2022];

- b) fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, e gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letti alla luce dei principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti, ma non ancora dovuti [Corte di giustizia UE, ord. 1 marzo 2022, C-608/20, C-611/20, C-595/19, C-512/19, C-306/19 (resa sulle questioni pregiudiziali sollevate dal T.a.r. per il Lazio con diverse ordinanze); la Corte, richiamando i principi elaborati nelle precedenti pronunce ha osservato che, come emergente dall'art. 3, par. 3, lett. a), della direttiva 2009/28 e, in particolare, dal termine "possono" gli Stati membri non sono affatto obbligati, al fine di promuovere l'uso dell'energia da fonti rinnovabili, ad adottare regimi di sostegno, godendo di un potere discrezionale quanto alle misure ritenute appropriate per raggiungere gli obiettivi nazionali generali obbligatori fissati dall'art. 3, par. 1 e 2, della direttiva. Tale potere implica che gli Stati sono liberi di adottare, modificare o sopprimere regimi di sostegno, purché tali obiettivi siano raggiunti; quando gli Stati membri adottano misure tramite le quali danno attuazione al diritto dell'Unione, essi sono tenuti a rispettare i principi generali di tale diritto, tra i quali figurano, in particolare, il principio della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento; ne consegue che l'art. 3, par. 3, lett. a), della direttiva 2009/28 non osta a una normativa nazionale, quale l'art. 26, commi 2 e 3, del d.l. n. 91 del 2014, che modifica un regime di sostegno riducendo le tariffe e modifica le modalità di pagamento di incentivi alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici, purché tale normativa rispetti detti principi];
- c) non è fondata - con riferimento agli artt. 3, 11, 41, 77 e 117 comma 1 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e all'art. 6, paragrafo 3, del TUE. - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 26 commi 2 e 3 d.l. 24 giugno 2014 n. 91 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 116, in materia di nuove tariffe incentivanti per gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, nella parte in cui prevede che, a decorrere dal 2015, le tariffe relative all'energia prodotta dagli impianti da fonti rinnovabili siano rimodulate sulla base di tre prefissate opzioni, tutte peggiorative dei regimi anteriori regolati dalle convenzioni con il G.s.e., tra le quali l'operatore sarebbe stato, comunque, obbligato a scegliere, applicandosi, altrimenti, in via automatica, il terzo schema di rimodulazione [Corte cost. n. 16 del 2017; in particolare con tale

sentenza la Corte in relazione al paventato vulnus al legittimo affidamento degli operatori, dopo aver richiamato la rilevanza che a tale principio riconosce anche la propria giurisprudenza (cfr. Corte cost., n. 173 del 2016) giunge ad escludere che la rimodulazione degli incentivi presenti gli asseriti caratteri di “imprevedibilità”, risultando la stessa anzi, in qualche modo, preannunciata e finalizzata proprio ad assicurare la “stabilità” presa in considerazione dalle leggi istitutive degli incentivi al fotovoltaico, come caratteristica dell’intero sistema e non del singolo incentivo; oltre a costituire (nel quadro di un mercato “regolato” di settore, come quello di cui si discute) un elemento fisiologicamente riconducibile al rischio normativo di impresa. Richiamando la giurisprudenza europea, la Consulta reputa che l’abolizione anticipata di un regime di favore rientri nel potere discrezionale delle Autorità nazionali, incontrando ostacolo solo nell’affidamento che nel mantenimento dello stesso potrebbe porre l’«operatore economico prudente e accorto»; nel caso di specie, invece, l’intervento del legislatore non è stato imprevedibile né improvviso, per cui l’«operatore economico prudente e accorto» avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione normativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno; con successiva ordinanza Corte cost. n. 138 del 2017 la Corte ha del pari ritenuto costituzionalmente legittima l’indicata normativa rinviando per un verso alla precedente sentenza e per altro verso escludendo il paventato contrasto della nuova disciplina con l’art. 25, comma 2, Cost., negando la natura sanzionatoria della rimodulazione dell’incentivo recata dalla disposizione denunciata ed evidenziando, in relazione al parametro di cui all’art. 97 Cost., la oggettiva carenza, nella ordinanza di rimessione, di una adeguata motivazione sulla effettività della violazione del richiamato parametro];

- d) non può configurarsi a carico del G.s.e. alcun obbligo di attivazione del soccorso istruttorio ai fini dell’accesso agli incentivi da parte delle imprese; il principio del soccorso istruttorio non è infatti incondizionato, essendo temperato da altri principi, in particolare in relazione alle procedure comparative e di massa o che pongono oneri specifici a chi vuol ottenere le scarse e non facilmente riproducibili risorse finanziarie pubbliche d’incentivo alle fonti d’energia rinnovabili; in questi casi, si configurano in capo al singolo obblighi di correttezza, specificati con il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell’autoresponsabilità, che rinvengono il loro fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost. e che impongono che questi sia chiamato ad assolvere oneri di cooperazione, quale appunto è il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare la prescritta documentazione, ecc.; conseguentemente, ove sia chiesto un adempimento (rimasto inevaso) entro un dato termine, decorso il quale non è più possibile ottenere, in via definitiva o nel determinato procedimento, un bene della vita governato dal pubblico potere, tale mancanza non può formare oggetto di domanda d’integrazione o di richiesta di acquisizione a carico della P.A. in base al cd. "obbligo di soccorso" ex art. art. 6 della l. 241/1990; infatti, la produzione postuma di un documento o, parimenti, di un documento richiesto in una determinata forma, non può avere l’effetto di sanare retroattivamente la causa di esclusione o il mancato impedimento della decadenza.

(Cons. Stato, sez. IV, n. 50 del 2017, con richiamo alla plenaria n. 9 del 2014 e a sez. III, nn. 4081 e 796 del 2016);

- e) nelle procedure volte al riconoscimento delle tariffe incentivanti, assume particolare rilievo il principio di autoresponsabilità nella produzione di dichiarazioni e di documenti, al di là dell'elemento soggettivo sottostante (e quindi dell'eventuale buona fede del dichiarante), insieme a quello della non configurabilità del c.d. falso innocuo, con conseguente emersione, per ciò solo, di un'ipotesi di violazione rilevante, ostativa all'erogazione degli incentivi (Cons. Stato sez. IV n. 594 del 2021; n. 8442 del 2019; n. 3014 del 2016);
- f) in applicazione del principio di autoresponsabilità costituisce onere dell'interessato ad ottenere il beneficio il fornire la prova di tutti i presupposti per l'ammissione all'incentivo, ricadendo sullo stesso eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa (Cons. Stato, sez. IV, n. 8808 del 2019; n. 6583 del 2019);
- g) in presenza di una "violazione rilevante" - attribuibile in ragione del principio di autoresponsabilità all'impresa richiedente, in quanto consistente nella omissione di un'informazione necessaria ad accertare la provenienza europea dei componenti utilizzati e, quindi, necessaria ad accertare la spettanza della maggiorazione prevista dall'art. 14, comma 1, lettera d), del d.m. 5 maggio 2011 - è legittima la decisione del G.s.e. di disporre la decadenza, ed il conseguente recupero, con riferimento alla maggiorazione dell'incentivo (Cons. Stato, sez. IV, n. 2682 del 2020);
- h) non è configurabile alcun affidamento in capo al privato che abbia formulato dichiarazioni incomplete o non rispondenti all'effettivo stato dell'impianto e delle sue componenti, pur in assenza di ogni valenza penalistica di tale condotta. D'altra parte, il legislatore è già intervenuto al fine di limitare i pregiudizi subiti da titolari che abbiano installato impianti rivelatisi privi delle necessarie caratteristiche tecniche, consentendo agli stessi di ottenere, a certe condizioni, in alternativa alla decadenza, una tariffa decurtata (art. 42, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 28 del 2011) (Cons. Stato, sez. IV, n. 2682 del 2020 cit.);
- i) l'assenza dei presupposti per accedere al beneficio, 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 (Cons. Stato, sez. II, n. 2536 del 2022);
- j) la tutela dell'affidamento - che peraltro solo occasionalmente può dare luogo all'invalidità degli atti in caso di sua violazione, stante il principio di differenza tra regole di validità e regole di responsabilità affermato soprattutto in tema di responsabilità precontrattuale - presuppone la legittimità dell'aspettativa del privato alla "stabilità" degli atti dell'amministrazione e a tale riguardo è necessario che l'affidamento da parte del privato sia incolpevole. Nel caso di esercizio del potere di decadenza dagli incentivi per assenza dei presupposti l'ipotetica possibilità di riconoscere valenza all'aspettativa del privato presuppone che la causa di

illegittimità che ha portato all'esercizio del suddetto potere non sia nota o, comunque, conoscibile sulla base dell'ordinaria diligenza dal privato che confida nella stabilità degli atti posti in essere dall'amministrazione [Cons. Stato n. 11757 del 2022 (con richiamo a Cons. Stato, Ad. plen., n. 21 del 2021)];

- k) non possono considerarsi lesive del principio del legittimo affidamento sulla stabilità degli incentivi tutelato dal diritto europeo le disposizioni contenute nel c.d. "Quarto Conto energia", atteso che la direttiva 28/2009/Ce, nel prescrivere ai regolatori dei singoli Paesi di creare certezza per gli investitori, ha ancorato la predetta prescrizione agli obiettivi nazionali obbligatori e non alla modulazione delle misure di sostegno e che gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali (Cons. Stato, sez. VI, n. 1768 del 2016; in senso analogo sez. IV, n. 223 del 2020 che con riferimento al regime del cd. "Quarto Conto energia" ha chiarito che la possibilità di fruire delle tariffe incentivanti previste dallo stesso "non era offerta a tutti gli operatori di impianti solari fotovoltaici e non era neppure garantita per un periodo specifico, ma dipendeva: da un lato, dall'iscrizione in posizione utile di un impianto solare fotovoltaico in un registro aperto dal G.s.e.; dall'altro, dal mancato superamento del limite dei costi di incentivazione indicati nel corso del periodo precedente"; con la conseguenza che, essendo le norme di diritto in questione "chiare e precise", la loro applicazione era prevedibile per i soggetti dell'ordinamento e il G.s.e. ne ha fatto legittima applicazione garantendo l'adeguata pubblicità; vi erano pertanto le condizioni affinché un operatore economico prudente ed avveduto fosse in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi);
- l) va rimesso alla Corte di giustizia UE il seguente quesito interpretativo: *"Se la direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, ed in particolare i "considerando" n.8, n.14, n.25 e gli articoli 1 e 3, nonché l'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letti alla luce dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, debbano essere interpretati nel senso che essi ostino a una normativa nazionale, quale quella discendente dalle disposizioni del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 e del d.m. 6 luglio 2012 - come interpretata dalla costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato -, che subordina l'assegnazione degli incentivi alla sottoscrizione di contratti di diritto privato fra il G.s.e. e il soggetto responsabile dell'impianto anche nel caso di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012"* [Cons. Stato, sez. II, n. 2009 del 2023; con l'indicata ordinanza il Consiglio di Stato ha sottoposto alla Corte di giustizia UE un quesito interpretativo diretto a verificare la compatibilità, con le previsioni del diritto europeo di settore e con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, nonché dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, della normativa nazionale in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, nell'interpretazione data dalla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, che subordina l'assegnazione degli incentivi alla sottoscrizione di contratti di diritto

privato fra il G.s.e. e il soggetto responsabile dell'impianto anche nel caso di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012; la questione concerne la possibilità di utilizzare la convenzione-tipo prevista per i nuovi impianti anche per la regolamentazione del rapporto tra G.s.e. e singolo aspirante alla commutazione dei certificati verdi nella tariffa onnicomprensiva, sulla base del rilievo che soggetti che erano già titolari di uno strumento incentivante in corso di validità si vedono imporre uno strumento convenzionale non frutto di libera negoziazione che vede singole clausole aggiuntive - rispetto alla mera formula matematica - tali da inibire e impedire comportamenti che, al contrario, erano perfettamente consentiti nella vigenza del sistema di incentivazione cui avevano avuto originariamente accesso, modificando *in pejus* un diritto ormai consolidato; pertanto ad avviso del Consiglio di Stato sarebbe dubbia la ricorrenza dei presupposti ritraibili dalla giurisprudenza eurounionale per ritenere che un operatore economico prudente e avveduto avrebbe dovuto essere perfettamente in grado di prevedere, appunto, la possibile evoluzione del settore, con la conseguente, potenziale adozione di provvedimenti idonei a ledere i propri interessi, non ravvisandosi una precedente regolamentazione che contenesse un'indicazione sufficientemente chiara per gli operatori economici, nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi; il Consiglio di Stato dubita altresì della violazione della libertà d'impresa, sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali, sotto il profilo della libertà di esercitare un'attività economica in un quadro di libertà contrattuale, potendosi ritenere che le disposizioni legislative nazionali richiamate determinino una ingerenza nella libertà contrattuale dei gestori degli impianti, beneficiari degli incentivi, essendo il legislatore intervenuto direttamente sul regime degli incentivi, imponendo effetti novativi sulle condizioni sulla base delle quali gli operatori economici avevano impostato e programmato la propria attività economica, per un periodo che sarebbe dovuto restare stabile per un congruo arco di tempo].

11.5. Applicabilità *ratione temporis* del nuovo testo dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011, come modificato dall'art. 56, comma 7, d.l. n. 76 del 2020 e ricadute processuali.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che:

- a) la modifica legislativa di cui all'art. 56, comma 7, d.l. n. 76 del 2020, convertito in l. n. 120 del 2020, che ha novellato l'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011 è entrata in vigore nel luglio 2020 ed è testualmente applicabile ai provvedimenti emanati prima della sua entrata in vigore, qualora costituiscano oggetto di giudizio pendente, solo allorché l'interessato proponga apposita istanza nei termini di cui al comma 7 dello stesso articolo. La pretesa applicazione retroattiva dello *ius superveniens* in via automatica comporterebbe, invece, una violazione del principio dell'irretroattività della legge, enunciato all'articolo 11 delle preleggi al c.c. Di conseguenza, la legittimità dell'atto di decadenza adottato in data anteriore all'entrata in vigore della

novella va valutata, in forza del principio *tempus regit actum*, alla luce del quadro normativo vigente alla data della sua adozione (Cons. Stato, sez. IV, n. 2583 del 2022);

- b) è inammissibile la richiesta di applicazione della previsione di cui all'art. 56, comma 7, d.l. n. 76 del 2020, di modifica della previsione dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011 che in forza del successivo comma 8 si applica su richiesta dell'interessato, anche ai procedimenti definiti con provvedimenti del G.s.e. di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato, non formulata in primo grado e tra l'altro formulata in appello con memoria non notificata (Cons. Stato, sez. II, n. 2536 del 2022);
- c) non è improcedibile il ricorso proposto avverso un provvedimento di decadenza qualora in corso di causa il G.s.e. rigetti la richiesta dell'istanza di riesame, proposta ex art. 56 commi 7 e 8, d.l. n. 76 del 2020, convertito in l. n. 120 del 2020, non essendo un tale atto di conferma in senso proprio, ovvero sostitutivo delle determinazioni impugnate in quanto il G.s.e. con il provvedimento di rigetto, anziché rivalutare la situazione sostanziale originaria all'esito di una nuova istruttoria e sulla base di una nuova motivazione, riferite alla legittimità dell'atto originariamente assunto, nega l'integrazione dei (sopravvenuti) presupposti di applicazione dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011, come modificato dall'art. 56, commi 7 e 8, d.l. n. 76 del 2020. In tali ipotesi - in cui non si fa questione del riesame di un precedente provvedimento al fine di valutarne l'originaria legittimità, ma di una verifica di nuovi e diversi presupposti idonei a giustificare una differente regolazione del rapporto amministrativo - a prescindere dal *nomen iuris* in concreto utilizzato (non vincolante l'interprete nella qualificazione degli atti giuridici), si assiste:
 - c1) in caso di accoglimento dell'istanza di parte, al ritiro dell'originario provvedimento con la sostituzione dell'assetto di interessi ivi diviso con una nuova regolazione definita in via amministrativa, in applicazione della disciplina sopravvenuta in costanza di rapporto; ciò determinando, in caso di realizzazione della pretesa sostanziale sottesa all'originaria azione giudiziaria, la cessazione della materia del contendere in relazione al giudizio *inter partes* pendente;
 - c2) in caso di rigetto dell'istanza di parte, alla (sola) negazione dei nuovi e diversi presupposti delineati dallo *ius superveniens* (Cons. Stato, sez. II, n. 640 del 2023; n. 11552 del 2022; n. 11545 del 2022; sez. VI, n. 8719 del 2022; n. 8718 del 2022).

11.6. Decadenza e violazione del divieto di artato frazionamento.

Secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato è legittimo l'atto di decadenza del G.s.e. adottato sulla base dell'artato frazionamento di un impianto unitario in più impianti al fine di conseguire i vantaggi derivanti - in termini non solo di maggiori incentivi, ma anche di semplificazione autorizzatoria - dal possesso di più impianti fotovoltaici di potenza inferiore a 50 kW, piuttosto che un solo impianto di potenza superiore alla suddetta soglia.

Si è al riguardo affermato che il divieto di artato frazionamento degli impianti costituisce una declinazione, nello specifico settore dei meccanismi di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili, del generale divieto di abuso del diritto, quale principio generale dell'ordinamento giuridico. L'elusione delle regole di settore al fine di conseguire vantaggi non spettanti infatti non può assurgere a fattispecie costitutiva del diritto all'incentivazione (o del diritto a un'incentivazione superiore a quella spettante), in quanto pregiudica gli altri operatori economici che quelle regole hanno rispettato, vanifica l'imposizione, ad opera dei vari "Conti Energia", di specifici requisiti di potenza per l'ammissione al beneficio e frustra, in ultima analisi, la stessa finalità perseguita attraverso la distribuzione delle risorse scarse in questione.

È stato condivisibilmente precisato che il divieto dell'abuso degli istituti giuridici – cui è funzionale la nozione di "artato frazionamento" – è un valore ordinamentale diffuso e di portata generale, che non richiede specifiche e puntuali disposizioni settoriali, posto che consegue all'intrinseca necessità di rispettare la *ratio* dell'istituto volta per volta in considerazione (Cons. Stato, sez. II n. 640 del 2023; nn. 2747, 27445, 2744 e 2743 del 2022; sez. IV, nn. 749, 748, 747, 746, 739 del 2021).

In tale ottica si è altresì precisato che l'art. 29 d.m. 23 giugno 2016 e l'art. 12, comma 5, d.m. 5 maggio 2011 non hanno natura costitutiva del divieto di artato frazionamento, ma hanno soltanto chiarito, sul piano positivo, in relazione al rispettivo ambito applicativo, gli elementi connotanti una fattispecie elusiva (più impianti riconducibili ad un'unica iniziativa imprenditoriale) comunque operante in materia - a prescindere dalla disciplina dettata dai relativi decreti ministeriali - con l'indicazione di taluni indizi, di carattere non tassativo, da cui desumere l'artato frazionamento nei casi di impianto a media-alta tensione, costituendo il divieto di artato frazionamento un principio generale dell'ordinamento (solo esemplificato per gli impianti fotovoltaici dal suindicato art. 12 del d.m. 5 maggio 2011) che opera a prescindere da una espressa e puntuale previsione normativa ed è applicabile a tutti gli impianti che percepiscono incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili.

Pertanto la determinazione delle concrete fattispecie in cui ricorre l'ipotesi di violazione del suddetto divieto è da ricondurre all'esistenza di elementi indicativi, rispetto ai quali non possono non avere primaria importanza, anche per impianti precedenti al d.m. 5 maggio 2011, gli indici previsti dal comma 5 del suindicato art. 12, in quanto ricognitivi di aspetti che denotano l'unicità, e in particolare, la realizzazione da parte del medesimo soggetto responsabile o, comunque, la riconducibilità a un unico soggetto responsabile e la localizzazione nella medesima particella catastale o su particelle catastali contigue (Cons. Stato, sez. II, n. 2743 del 2022 cit.).

Anche sul piano delle conseguenze che derivano dall'accertamento in concreto, il d.m. 5 maggio 2011 si limita a positivizzare un principio immanente nel sistema e consistente nel disconoscimento di qualunque effetto giuridico a fattispecie che, pur rispettose sul piano formale della regola, ne frustrano nella sostanza la *ratio*: di qui l'appena richiamata previsione che considera gli impianti artatamente frazionati come un unico impianto di potenza cumulata e che, in caso di violazione delle norme per l'accesso agli incentivi, ne dispone la decadenza con recupero integrale delle somme.

A riprova di tale impostazione il cosiddetto "decreto controlli" del Ministero dello sviluppo economico del 31 gennaio 2014 sancisce (art 11), con formula aperta, che, al di

fuori delle fattispecie di violazioni rilevanti espressamente contemplate nell'allegato 1, il rigetto dell'istanza e la decadenza dagli incentivi può derivare, oltre che da "violazioni" e "inadempimenti", anche da "elusioni" a cui consegua un indebito accesso agli incentivi. (Cons. Stato, sez. II, n. 640 del 2023; nn. 2747, 27445, 2744 e 2743 del 2022).

11.7. Inammissibilità dell'azione sul silenzio a seguito dell'adozione di un provvedimento di decadenza.

È inapplicabile l'azione sul silenzio all'istanza volta ad ottenere l'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Terzo Conto energia a seguito dell'adozione di un provvedimento di decadenza del G.s.e., coperto da giudicato, dall'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Secondo Conto energia. Ciò in quanto, secondo la costante giurisprudenza in materia, non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto ex art. 117 c.p.a. ed il rito del silenzio è esperibile soltanto laddove ci si trovi al cospetto di una disposizione puntuale impositiva di un obbligo di provvedere, ovvero laddove quest'ultimo sia univocamente ricavabile dal sistema giuridico, non sussistendo peraltro detto obbligo laddove il regime incentivante previsto dai conti energia sia oramai terminato (Cons. Stato, sez. IV, n. 1687 del 2022, resa in relazione a fattispecie in cui l'impresa era decaduta dall'accesso alle tariffe incentivanti di cui al secondo conto energia, a seguito di provvedimento del G.s.e., coperto da giudicato, motivato sulla base del fatto che l'impianto non era stato completato entro il 31 dicembre 2010, venendo pertanto meno la stessa ammissibilità della domanda di incentivo e l'impresa aveva richiesto l'accesso alle tariffe incentivanti di cui al successivo terzo conto energia).

12. Divieto di cumulo delle tariffe incentivanti e della detassazione.

L'art. 36 d.l. 26 ottobre 2019, n.124, convertito dalla l. 19 dicembre 2019 n. 157, ha previsto il divieto di cumulo delle tariffe incentivanti di cui al terzo, quarto, e quinto conto energia con la detassazione prevista per investimenti ambientali, disciplinando le modalità e le condizioni per il mantenimento delle tariffe.

Pertanto, in tema di versamento Ires, per le imprese realizzatrici di impianti fotovoltaici, il menzionato art. 36 ha sancito il divieto di cumulo degli incentivi di cui al Terzo, Quarto e Quinto Conto energia, con la detassazione per investimenti ambientali prevista dall'art. 6, commi da 13 a 19, della l. n. 388 del 2000 (cd. Tremonti ambientale); ne consegue che le imprese che si trovino in dette condizioni possono continuare a fruire delle tariffe incentivanti solo rinunciando alla detassazione per investimenti ambientali e provvedendo al pagamento dell'imposta non versata [(Cass. civ., sez. trib., ord., n. 15451 del 2023 che ha cassato (e deciso nel merito) Comm. trib. reg. sez. dist. Brescia, 22 giugno 2020)].

13. La forza vincolante delle regole tecniche dettate dal G.s.e.

Secondo la giurisprudenza amministrativa le regole tecniche dettate dal G.s.e. costituiscono uno sviluppo ragionevole del compendio normativo di riferimento. Pertanto alle norme che fissano i requisiti tecnici degli impianti va riconosciuta valenza vincolante, e, per quanto riguarda i requisiti degli impianti fotovoltaici, tale valenza vincolante va riconosciuta alla *"Guida agli interventi validi ai fini del riconoscimento dell'integrazione architettonica del fotovoltaico"*, integrando i requisiti previsti per la concessione dei benefici quale impianto totalmente integrato, anche prima dell'entrata in vigore del d.m. 6 agosto 2010 [Cons. Stato, sez. IV, n. 2817 del 2022, con richiamo a Cons. Stato, sez. IV, n. 2124 del 2018; nella fattispecie non risultava rispettato il requisito della distanza minima di 2 metri dal suolo (il Consiglio di Stato ha al riguardo riformato la sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. III, n. 9400 del 2014, che aveva accolto il ricorso per violazione dell'art. 2 e dell'Allegato 3 al d.m. 19.02.2007, ritenendo condivisibile l'assunto della ricorrente secondo cui il requisito dell'altezza minima della pensilina, pari a mt, 2, al momento dell'entrata in esercizio dell'impianto non era ancora vincolante in quanto non contemplato da tale d.m. bensì soltanto dalla *"Guida"* pubblicata dal G.s.e. sul proprio sito, le cui prescrizioni erano state recepite soltanto successivamente in un atto normativo e, precisamente, nell'art. 20 del d.m. 6 agosto 2010); Cons. Stato, sez. IV, n. 8706 del 2019 in relazione a fattispecie in cui non erano previsti sistemi di raccordo tra l'impianto e la copertura, conformi a quanto previsto dalla *"Guida"* per il riconoscimento della categoria di integrazione architettonica totale (tipologia specifica 1 – moduli fotovoltaici sostitutivi di materiali di rivestimento degli edifici): il Consiglio di Stato ha al riguardo precisato che il d.m. 19 febbraio 2007 (recante *"Criteri e modalità per incentivare la produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, in attuazione dell'articolo 7 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387"*), prevede delle tariffe differenziate in misura direttamente proporzionale al maggior grado di integrazione architettonica dell'impianto fotovoltaico, all'evidente fine del temperamento delle esigenze energetiche con quelle estetiche. All'articolo 2, comma 1, lettera b3, del medesimo d.m. è infatti definito impianto fotovoltaico con (totale) integrazione architettonica quello *"i cui moduli sono integrati, secondo le tipologie elencate in allegato 3, in elementi di arredo urbano e viario, superfici esterne degli involucri di edifici, fabbricati, strutture edilizie di qualsiasi funzione e destinazione"*. L'impianto fotovoltaico *"parzialmente integrato"* è invece *"l'impianto i cui moduli sono posizionati, secondo le tipologie elencate in allegato 2, su elementi di arredo urbano e viario, superfici esterne degli involucri di edifici, fabbricati, strutture edilizie di qualsiasi funzione e destinazione"* (art. 2, comma 1, lett. b2). L'allegato 3 al predetto decreto ministeriale individua diverse tipologie di interventi validi ai fini del riconoscimento dell'integrazione architettonica. In particolare, rientrano nella tipologia specifica 1 gli impianti oggetto di interventi di *"sostituzione di materiali di rivestimento di tetti, coperture, facciate di edifici e fabbricati con moduli fotovoltaici aventi la medesima inclinazione e funzionalità architettonica della superficie rivestita"*. Ad aprile 2009 il Gse con la *"Guida"* ha provveduto a fornire indicazioni e specifiche sulle modalità di integrazione dei moduli necessarie al riconoscimento dell'integrazione architettonica dell'installazione ai sensi del d.m. 19 febbraio 2007).

14. Casistiche particolari.

Stante l'ampia casistica giurisprudenziale in materia di diniego o di parziale accoglimento delle istanze per la concessione delle tariffe incentivanti si riportano, oltre a quelle indicate nei precedenti paragrafi, di seguito, a titolo esemplificativo, alcune questioni peculiari affrontate dal Consiglio di Stato riguardanti impianti fotovoltaici.

14.1. Impianto fotovoltaico su stalla.

È legittimo il provvedimento del G.s.e. che abbia denegato l'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Quinto Conto energia per impianto fotovoltaico con caratteristiche innovative realizzato a seguito di lavori di ristrutturazione di edificio adibito a ricovero di animali e deposito agricolo privo della certificabilità energetica, presupposto essenziale secondo l'Allegato 4 del d.m. 5 luglio 2012 per l'accesso diretto alle tariffe incentivanti.

Condizione necessaria per considerare un edificio energeticamente certificabile è la presenza di un fabbisogno energetico calcolabile tramite parametri definiti in funzione dell'occupazione dell'edificio riferiti alla permanenza di persone all'interno dell'edificio, per cui laddove l'impianto fotovoltaico sia ubicato su manufatti adibiti a ricovero animali e ad uso magazzino non risultano applicabili i suddetti parametri determinanti per il calcolo dello scambio termico in funzione di persone.

Inoltre, ai sensi delle previsioni dell'art. 3 ("ambito di intervento"), comma 3, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 192, "*Attuazione della direttiva 2002/91/CE relativa al rendimento energetico nell'edilizia*", nel testo vigente *ratione temporis*, tra gli edifici esentati dall'obbligo di certificazione energetica - e dunque non certificabili in tal senso - sono compresi i fabbricati strumentali all'esercizio delle attività agricole in quanto "rurali" e "non residenziali", qualora siano "sprovvisti di impianti di climatizzazione" (invernale ed estiva, come evincibile dal contesto del d.lgs. n. 192 del 2005), e i generatori a gasolio mobile per la climatizzazione invernale degli edifici, utilizzati nell'edificio, non siano riconducibili alla definizione di impianto termico di cui al d.lgs. n. 192 del 2005; ciò in quanto la lettera *l-tricies*) dell'art. 2, definisce "impianto termico: impianto tecnologico fisso destinato ai servizi di climatizzazione invernale o estiva degli ambienti", per cui la condizione di stabile installazione costituisce requisito per l'esistenza di un impianto termico; mentre la lettera *l-tricies quater*) definisce "«sistema o impianto di climatizzazione invernale» o «impianto di riscaldamento»: complesso di tutti i componenti necessari a un sistema di trattamento dell'aria, attraverso il quale la temperatura è controllata o può essere aumentata", facendo del pari riferimento a una installazione stabile. L'art. 3, comma 3, d.lgs. n. 192 del 2005 è norma avente carattere di specialità rispetto alle previsioni sugli edifici *tout court*, con la conseguenza che i fabbricati rurali, se non provvisti di impianti di climatizzazione, non sono suscettibili di certificazione energetica (come confermato anche dalle vigenti linee guida, approvate con d.m. 26 giugno 2015, contemplanti per l'appunto, tra i casi di esonero dall'obbligo di dotazione dell'attestato di prestazione energetica (APE), "*gli edifici agricoli, o rurali, non residenziali, sprovvisti di impianti di climatizzazione*") (Cons. Stato, sez. II, n. 11554 del 2022).

14.2. Impianto fotovoltaico realizzato su manufatto parzialmente aperto.

E' legittimo il provvedimento del G.s.e., recante parziale diniego alle tariffe incentivanti di cui Quarto Conto energia, relativamente ad un impianto fotovoltaico ubicato su fabbricato rurale e motivato sulla base della circostanza che il fabbricato sul quale risulta installato l'impianto è seppure parzialmente aperto, in quanto realizzato con mattoni forati e quindi non in grado di garantire il mantenimento di un livello di fabbisogno energetico anche solo in astratto determinabile (requisito invece richiesto dalle previsioni dell'allegato 4, d.m. 5 maggio 2011, ai fini del riconoscimento del maggior incentivo della tariffa di cui al Titolo III, riferibile ad impianti che oltre a produrre "energia pulita", svolgano altresì funzioni architettoniche fondamentali, quali la protezione o regolazione termica dell'edificio, ciò implicando che il componente debba garantire il mantenimento dei livelli di fabbisogno energetico dell'edificio ed essere caratterizzato da trasmittanza termica comparabile con quella del componente architettonico sostituito, ai sensi dell'art. 7 comma 3, d. m. 5 maggio 2011, presupposto questo confermato dall'art. 15 del medesimo d.m. (Cons. Stato, sez. IV, n. 19 del 2017).

14.3. Impianto fotovoltaico su cava.

È legittimo il provvedimento del G.s.e. di diniego di ammissione agli incentivi di cui al Quarto Conto energia (d.m. 5 maggio 2011) per impianto fotovoltaico realizzato su cava dismessa, ove non risulti che la cava sia stata autorizzata in epoca successiva alla sua classificazione ad opera dello strumento urbanistico come agricola, operando il divieto introdotto dal d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012 n. 27, per gli impianti a terra in area agricola e non essendo applicabile la deroga di cui all'art. 2, comma 2, d.m. 5 maggio 2011, secondo cui le cave non sono considerate aree agricole anche se ricadenti in aree così classificate dallo strumento urbanistico [Cons. Stato, sez. IV, n. 4267 del 2017 che ha al riguardo chiarito che l'art. 65, comma 1, d.l. n. 1 del 2012, ("impianti fotovoltaici in ambito agricolo"), prevede: "Agli impianti solari fotovoltaici con moduli collocati a terra in aree agricole non è consentito l'accesso agli incentivi statali di cui al decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28". L'art. 3, comma 2, d.m. 5 maggio 2011, precisa: "2. Ai fini del presente decreto, le cave, le discariche esaurite, le aree di pertinenza di discariche o di siti contaminati non sono considerate aree agricole, anche se ricadenti in aree classificate agricole dal pertinente strumento urbanistico". Secondo il Consiglio di Stato il citato d.m. "interpreta", quindi, il divieto introdotto dalla norma primaria, escludendo che talune aree, tra le quali quelle di cava, possano essere considerate agricole, ancorché ricadenti in zone così classificate dallo strumento urbanistico. L'area di cava che non è da considerare agricola (e, dunque, utilizzabile per impianti solari fotovoltaici) è solo quella ubicata in un terreno in precedenza pianificato come "agricolo", e non già l'area che, pur in passato adibita a cava, sia stata, in epoca successiva, ulteriormente oggetto di pianificazione. Ed infatti:

- a) nel primo caso, la pianificazione preesistente è, in sostanza, incisa in senso modificativo dalla attività concreta di cava ad essa successiva, di modo che l'astratta previsione urbanistica risulta già contraddetta nei fatti;
- b) nel secondo caso, invece, la pianificazione urbanistica successiva all'attività di cava ha già considerato la precedente utilizzazione dell'area, facendola nuovamente oggetto di pianificazione; di modo che una considerazione della medesima come "non agricola" costituirebbe una non ammissibile disapplicazione dello strumento urbanistico e, al contempo, una incisione sulla potestà pianificatoria dell'ente locale, costituzionalmente prevista. Pertanto ai fini dell'applicazione dell'art. 3, comma 2, d.m. cit., occorre riferirsi alle sole aree già pianificate come agricole prima della cessazione dell'attività di cava; questa interpretazione è l'unica che rende quanto previsto dal decreto ministeriale (anche in ragione della natura giuridica di tale atto) compatibile con il divieto di utilizzazione affermato dalla norma primaria].

15. Obbligo di cooperazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia.

Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia:

- a) il procedimento istituito dall'articolo 267 TFUE è uno strumento di cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali, grazie al quale la prima fornisce ai secondi gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che sono loro necessari per la soluzione della controversia che sono chiamati a dirimere. Il giudice nazionale è tenuto pertanto a illustrare, nella decisione stessa, il contesto di fatto e di diritto della controversia oggetto del procedimento principale e a fornire i chiarimenti necessari in merito alle ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui esso chiede l'interpretazione, nonché riguardo al collegamento che esso stabilisce tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia sottoposta al suo giudizio. Le informazioni contenute nelle decisioni di rinvio devono, da un lato, permettere alla Corte di fornire risposte utili alle questioni sollevate dal giudice nazionale e, dall'altro, consentire ai governi degli Stati membri nonché agli altri interessati di esercitare il diritto di presentare osservazioni ad essi conferito dall'articolo 23 dello statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea. La Corte deve assicurare il rispetto di tale diritto, tenuto conto del fatto che, in virtù di detta disposizione, soltanto le decisioni di rinvio vengono notificate agli interessati. Tali requisiti cumulativi, riguardanti il contenuto di una decisione di rinvio, sono espressamente indicati all'articolo 94 del regolamento di procedura, che il giudice del rinvio è tenuto a rispettare scrupolosamente pena l'irricevibilità della richiesta di rinvio pregiudiziale. [Corte di giustizia UE, X sez., 1 marzo 2023 (con richiamo a Corte di giustizia UE, 2 settembre 2021, C-570/19, punto 134 e alla giurisprudenza ivi citata, a Corte di giustizia UE 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18, punto 44 nonché alla giurisprudenza ivi citata e a Corte di giustizia UE, 4 giugno 2020, C-430/19, punto 23 e alla giurisprudenza ivi citata) che ha dichiarato irricevibile i quattro quesiti di cui all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del T.a.r. per il Lazio, sez. II *bis*, n.836 del 2022 in materia di gas serra, per mancato rispetto di detti requisiti)];

- b) la circostanza che, formalmente, il giudice del rinvio abbia formulato la sua domanda di pronuncia pregiudiziale facendo riferimento a determinate disposizioni del diritto dell'Unione non osta a che la Corte fornisca a tale giudice tutti gli elementi interpretativi che possano essere utili per la soluzione della causa di cui è investito, indipendentemente dal fatto che esso vi abbia fatto o meno riferimento nell'enunciato delle questioni. A tal proposito, la Corte è tenuta a trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale, e in particolare dalla motivazione della decisione di rinvio, gli elementi del diritto dell'Unione che richiedano un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto della controversia (Corte di giustizia UE, 29 aprile 2021, C- 617/19; 27 giugno 2018, C-90/17 relativa ad autorizzazione all'emissione di gas ad effetto serra di un impianto di cogenerazione, cfr. § 10.1.);
- c) allorché le questioni sollevate con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire. Infatti le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza; il diniego della Corte di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure quando la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una risposta utile alle questioni che le vengono sottoposte [Corte di giustizia UE, sez. VII, 17 settembre 2020, C92/19 (con richiamo a Corte di giustizia UE 4 dicembre 2018, C-378/17, punto 26) che ha dichiarato irricevibile il secondo e terzo quesito di rinvio pregiudiziale di cui all'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 708 del 2019, relativi alla possibile violazione dell'art. 107 del TFUE, e al rispetto del principio di eguaglianza e non discriminazione del diritto comunitario relativamente alla prospettata applicabilità del regime di sostegno per gli impianti di cogenerazione di energia e calore anche nell'ipotesi in cui si tratti di impianto non "ad alto rendimento" e per il periodo successivo al 31 dicembre 2010, cfr. § 10).

16. Questioni di giurisdizione.

In materia di giurisdizione le Sezioni unite della Cassazione hanno precisato che:

- a) rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia nella quale il titolare di un impianto fotovoltaico chiede l'accertamento del diritto a ottenere la tariffa incentivante con il riconoscimento della rivalutazione Istat, con le consequenziali condanne, nonché l'accertamento negativo del diritto del G.s.e. alla ripetizione di quanto già corrisposto a detto titolo [Cass. civ., sez. un., ord. n. 29922 del 2017, con rinvio ai precedenti di cui alle ord., nr. 10650, 10409, 10410, 10411 del 2017 con cui si è ritenuto che la causa, avente ad oggetto, nella sostanza, il d.m. 6 febbraio 2006, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a., che contempla «le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative

ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti» (con la pronuncia in questione le sezioni unite si sono pronunciate sul ricorso per regolamento di giurisdizione presentato dal G.s.e. nell'ambito di una controversia intentata davanti al Tribunale di Roma da una società titolare di un impianto fotovoltaico che aveva avuto accesso tariffe incentivanti previste dal d.m. 28 luglio 2005(c.d. Primo Conto Energia), da aggiornarsi annualmente sulla base degli indici di rivalutazione Istat, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 6, d.m. cit., a seguito dell'avvio del procedimento di rideterminazione della tariffa spettante e di recupero delle eventuali maggiori somme erogate, dopo l'emanazione della norma di interpretazione autentica del citato disposto ad opera dell'art. 4, comma 1, d.m. 6 febbraio 2006, che ha escluso l'aggiornamento Istat per le tariffe incentivanti richieste successivamente all'entrata in vigore del Primo Conto Energia. La società aveva richiesto la disapplicazione dell'atto di comunicazione da parte di G.s.e. del recupero delle somme, l'accertamento del diritto a conseguire la tariffa incentivante in relazione all'impianto fotovoltaico in oggetto, con il conseguente riconoscimento della rivalutazione Istat, e quindi la condanna di G.s.e. al pagamento dei relativi importi, e comunque l'accertamento negativo del diritto di G.s.e. alla ripetizione delle somme già corrisposte a titolo di rivalutazione secondo gli indici Istat e del diritto alla compensazione tra le somme pretese a titolo di restituzione e quelle dovute a titolo di incentivo)];

- b) la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in tema di energia prevista dall'art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a si estende anche alle controversie con il G.s.e. in tema di misure di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili [Cass. civ., sez. un., n. 10020 del 2019 che osservando che il G.s.e. è «soggetto che, seppur nella veste di società per azioni, il cui azionista unico è il ministero dell'economia e delle finanze, svolge funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico e in particolare in tema di incentivazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile, attendendo alla gestione del relativo sistema pubblico», ha precisato che la giurisdizione esclusiva non viene meno per la circostanza che il G.s.e. sia intervenuto con strumenti negoziali; nello stesso senso Cass. civ., sez. un., n. 28057 del 2018; ord. n. 29922 del 2017; n. 14653 del 2017; n. 10795 del 2017 secondo cui sono devolute alla giurisdizione amministrativa anche le controversie sulle c.d. rimodulazioni degli incentivi (nella specie si trattava della rimodulazione disposta in attuazione dell'art. 26 d.l. 24 giugno 2014 n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 116), che argomenta sulla considerazione che la rimodulazione, anche se attuata con atti bilaterali, avrebbe carattere autoritativo];
- c) spetta al giudice amministrativo e non alle Commissioni tributarie la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto quei provvedimenti che possono coinvolgere un numero indeterminato di soggetti come quelli che riguardano il mantenimento del diritto a beneficiare delle tariffe incentivanti riconosciute dal G.s.e. (Cass. civ., sez. un., ord. n. 22697 del 2022);
- d) rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a., l'impugnazione proposta dal responsabile di un impianto

fotovoltaico contro il provvedimento dell'Agenzia delle entrate del 6 marzo 2020 con cui, in attuazione dell'art. 36, comma 3, d.l. n. 124 del 2019, conv., con modif., dalla l. n. 157 del 2019, sono stati indicati le modalità di presentazione e il contenuto essenziale della comunicazione mediante la quale gli operatori economici, che abbiano cumulato la deduzione fiscale, ex art. 6, commi 13 ss., l. n. 388 del 2000, e gli incentivi previsti dai decreti ministeriali del 2011, possono, avvalendosi della speciale facoltà introdotta proprio dal citato art. 36, assoggettare alle imposte dirette l'importo dedotto dalle rispettive basi imponibili. Infatti, tale provvedimento si configura come atto tipicamente amministrativo, generale, meramente ricognitivo e attuativo del disposto di legge, non contenente una pretesa tributaria sostanziale e non rientrante nell'elenco riportato nell'art. 19 d.lgs. n. 546 del 1992. (Cass. civ., sez. un., ord. n. 25479 del 2021: nella specie, parte ricorrente aveva agito chiedendo l'annullamento del provvedimento in esame nonché l'accertamento del proprio diritto a cumulare le tariffe e la menzionata deduzione fiscale, cfr. § 12).

17. La competenza territoriale del T.a.r. per il Lazio.

Sulla competenza si è espresso più volte il Consiglio di Stato ritenendo che le vertenze nei confronti del G.s.e. per atti concernenti le incentivazioni di interventi per la produzione di energia da fonti rinnovabili sono devolute alla competenza territoriale del T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, rilevando che tali incentivazioni, pur concernendo l'energia prodotta in un determinato impianto, non hanno effetti localizzabili nell'ambito regionale in cui è ubicato l'impianto stesso, ma hanno effetti sull'intero sistema nazionale energetico [Cons. Stato, sez. IV, ord. nn. 3309 del 2016, 3583 del 2015, 4700 del 2014, 2765 del 2014 (che assegna rilievo anche alla circostanza che il G.s.e. sia società a partecipazione pubblica «a carattere ultraregionale»); sez. V, ord., n.5319 del 2011].

18. Conclusioni

Al termine della rassegna relativa alle controversie di cui è protagonista il G.s.e. si possono enucleare - senza pretese di esaustività, attesa la vastità e la complessità del contenzioso nella predetta materia - alcuni indirizzi giurisprudenziali da intendersi consolidati, anche a seguito dell'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, delle Sezioni unite della Cassazione, della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale, in relazione a questioni sia di natura sostanziale che di natura più squisitamente processuale.

Con riguardo ai profili sostanziali la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi:

- a) il G.s.e. rientra nel novero dei soggetti privati svolgenti pubbliche funzioni, posto che, pur rivestendo formalmente la veste di società di capitali di diritto privato, è nondimeno soggetto munito dalla legge di funzioni pubbliche correlate - tra l'altro - alla diffusione delle energie da fonte rinnovabile, al controllo ed alla gestione dei flussi energetici di tale provenienza ed all'assolvimento degli obblighi imposti dalla legge agli operatori del settore energetico;

- b) gli atti con cui il G.s.e. accerta il mancato assolvimento, da parte degli importatori o produttori di energia da fonte rinnovabile, dell'obbligo stabilito dall'art. 11 d.lgs. n. 79 del 1999 hanno natura provvedimentale; pertanto, fatto salvo il legittimo esercizio, ricorrendone i presupposti, dell'autotutela amministrativa, tali atti diventano definitivi ove non impugnati nei termini decadenziali di legge, avuto riguardo alla stretta correlazione tra atto di accertamento dell'inadempimento (con consequenziale attribuzione all'operatore economico dello stigma di soggetto inadempiente) ed il sistema delle sanzioni correlate a quell'accertamento e alla necessaria esigenza di certezza giuridica e di stabilità del provvedimento del G.s.e. che accerta l'inadempienza dell'operatore economico rispetto all'obbligo di legge, in funzione propedeutica al sistema sanzionatorio affidato alle cure di altre autorità amministrative; hanno invece natura non provvedimentale gli atti con cui il G.s.e. accerta in positivo l'avvenuto puntuale adempimento del suddetto obbligo da parte degli operatori, rivolgendosi in una mera presa d'atto dell'assolvimento degli obblighi discendenti direttamente dalla legge, in cui ciò che rileva, sul piano del controllo amministrativo, è che quel soggetto per quell'anno non può essere ritenuto inadempiente;
- c) in materia di energia, in relazione alla controversia concernente la transizione da parte delle società - titolari di impianti di produzione di energia da fonte diversa da quella fotovoltaica (idraulica, eolica, a biogas di discarica, a biomasse solide, a biomasse liquide) - già ammesse agli incentivi con il sistema dei c.d. certificati verdi, al nuovo regime incentivante mediante tariffa onnicomprensiva (previsto per quelli entrati in esercizio dopo il 31 dicembre 2012, dal d.lgs. n. 28 del 2011, e dal d.m. 6 luglio 2012, adottato in esecuzione dell'art. 24 del d.lgs. n. 28 del 2011), la norma primaria dettata per l'appunto dal menzionato art. 24 non ha esaurito la disciplina del sistema di incentivazione anche nella fase di transizione dal vecchio al nuovo regime, rimettendone la regolamentazione alla decretazione ministeriale (d.m. 6 luglio 2012, art. 19) sulla base di criteri indicati dalla stessa anzidetta norma primaria, i quali fanno riferimento anche all'intervento del Gestore sulla base di negozi privatistici con funzione pubblicistica regolativa dell'obiettivo incentivante;
- d) la disposizione di cui all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 387 del 2003 che rinvia ad uno o più decreti per la determinazione delle tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici, è fonte di un potere certamente destinato a non esaurirsi con l'emanazione del primo decreto attuativo. Da un lato, infatti, la stessa disposizione legislativa prevede espressamente la possibilità di una pluralità di decreti ministeriali ("adotta uno o più decreti"); dall'altro lato, la possibilità che il potere attribuito venga esercitato con più atti discende dal principio di inesauribilità del potere amministrativo, a sua volta corollario della necessità che la tutela dell'interesse pubblico sia continuamente assicurata. Tali decreti hanno natura regolamentare e non di atto amministrativo generale, avuto riguardo alla indeterminabilità dei suoi destinatari non solo a priori ma anche a posteriori;
- e) l'art. 4, comma 1, d.m. 6 febbraio 2006, riferito all'aggiornamento delle tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici, ha natura di norma di interpretazione

autentica rispetto alla previgente previsione dell'art. 6, comma 6, d.m. 28 luglio 2005, precisando che l'aggiornamento delle tariffe per gli impianti di cui alla lettera b) "viene effettuato per ciascuno degli anni successivi al 2006", essendo convergente con ciò l'ulteriore previsione, di cui all'art. 8, comma 1, dello stesso d.m. 6 febbraio 2006, per il quale la suddetta modifica si applica "alle domande inoltrate successivamente alla data di entrata in vigore del d.m. 28 luglio 2005". Tale soluzione peraltro è la più favorevole per gli operatori tra quelle consentite dall'art. 7 d.l.gs n. 387 del 2003: il vincolo del carattere decrescente della tariffa viene infatti assicurato mantenendola fissa a livello nominale e lasciandola decrescente solo in termini reali. la natura meramente interpretativa e non innovativa del d.m. del 2006 porta ad escludere la violazione del principio di irretroattività;

- f) ad un impianto privo (*ab origine* o per causa sopravvenuta) di un'autorizzazione unica valida ed efficace non può essere riconosciuta (o, rispettivamente, mantenuta) la qualifica IAFR ed attribuita la tariffa incentivante;
- g) la mancanza del titolo autorizzatorio in capo a colui che esercita l'impianto e richiede gli incentivi non può essere compensata attraverso il ricorso a strumenti privatistici, non controllabili né opponibili all'amministrazione, quali il contratto di locazione dell'impianto o la partecipazione di controllo nella società che gestisce l'impianto. Solo il soggetto a favore del quale il titolo è rilasciato o volturato può legittimamente esercitare l'impianto e fruire dei benefici per l'energia prodotta, indipendentemente dalla proprietà del medesimo;
- h) è legittimo, alla stregua della normativa in materia sul Quarto e Quinto Conto energia, il provvedimento del G.s.e. che non abbia ammesso un'impresa alle tariffe incentivanti più favorevoli del Quarto Conto energia, ma a quelle del Quinto conto energia poiché il proprio impianto non era stato iscritto in posizione utile nei registri previsti dal d.m. 5 maggio 2011. La disciplina transitoria di cui all'art. 1, comma 4, d.m. 5 luglio 2012 si applica infatti agli impianti iscritti in posizione utile nei registri relativi al Quarto Conto Energia, non a quelli che, ove tali registri fossero stati aperti, sarebbero stati nelle condizioni di esservi inseriti. Legittimamente infatti il G.s.e. non ha aperto il registro per il secondo semestre 2012, essendone già azzerata la prevista dotazione finanziaria, in applicazione del disposto dell'art. 6 d.m. 5 maggio 2011, da ritenersi applicativo del disposto dell'art. 25, comma 10, d.lgs. n. 28 del 2011 che indica, fra i principi cui i decreti ministeriali attuativi debbono attenersi, "la determinazione di un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono ottenere le tariffe incentivanti";
- i) la data ultima del 26 agosto 2012, entro cui l'impianto deve essere entrato in esercizio per beneficiare delle tariffe incentivanti di cui al Quarto Conto energia è da intendersi riferita al collegamento in parallelo alla rete elettrica e non all'effettivo funzionamento dell'impianto;
- j) ai fini dell'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Quinto Conto energia per impianti fotovoltaici integrati con caratteristiche innovative presupposto necessario è la certificabilità energetica dell'edificio ai sensi dell'Allegato 4 del d.m. 5. luglio 2012;

- k) ai fini dell'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Quinto Conto energia, non è sufficiente l'allacciamento alla rete dell'impianto entro la data prescritta, essendo necessario anche l'avvio dell'impianto; ciò in quanto l'art. 2, comma 1 lettera b), d.m. 5 luglio 2012 qualifica l'entrata in esercizio dell'impianto non già in funzione del solo allacciamento alla rete, bensì al suo "funzionamento... in parallelo con il sistema elettrico"; ne consegue che l'entrata in esercizio non si esaurisce con la connessione in parallelo al sistema elettrico, richiedendo un *quid pluris* che non può individuarsi in altro se non nella produzione e immissione in rete dell'energia. Infatti, l'impianto non solo deve essere collegato in parallelo ma deve altresì funzionare materialmente ed immettere in contestualità energia in rete;
- l) la decadenza pronunciata dal G.s.e. ai sensi dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011 non è manifestazione né di un potere di autotutela, né di un potere sanzionatorio, bensì la conseguenza di un potere immanente di verifica, accertamento e controllo volto ad acclarare lo stato dell'impianto e ad accertarne la corrispondenza rispetto a quanto dichiarato dall'interessato in sede di richiesta di ammissione; il potere in questione è, quindi, un atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti *ab origine* l'ammissione al finanziamento pubblico;
- m) sia la direttiva 2009/28 che la giurisprudenza della Corte di giustizia escludono che la previsione di un potere di verifica e decadenza in capo al G.s.e. sia, di per sé, in contrasto con il legittimo affidamento e la fiducia degli investitori la quale viene, per contro, tutelata, attraverso il corretto funzionamento dei regimi di sostegno che impongono un controllo non limitato alla mera fase iniziale di incentivazione;
- n) l'art. 56, comma 7, d.l. n. 76 del 2020, convertito in l. n. 120 del 2020, pur avendo previsto che l'esercizio del potere di decadenza si eserciti in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della l. n. 241/90, non ha mutato la natura del potere esercitato, che rimane di decadenza sia pure subordinato alla ricorrenza degli indicati presupposti. La disposizione, inoltre, non ha natura di norma di interpretazione autentica e, per espressa previsione, si applica ai procedimenti pendenti o, se già definiti, solo a seguito di apposita istanza dell'interessato, alle condizioni indicate dall'art 56 comma 8, d.l. n. 76 del 2020;
- o) in tema di domanda per incentivi relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, laddove si riscontri violazione riguardante una certificazione prodotta al fine di ottenere la maggiorazione del dieci per cento rispetto alla tariffa base incentivante, essa deve intendersi rilevante ai fini della decadenza dalla sola maggiorazione del dieci per cento per ottenere la quale era stata prodotta;
- p) in tema di domanda per incentivi relativi alla produzione di energia da fonti rinnovabili, l'accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza ha ad oggetto la sola violazione e la sua rilevanza, prescindendo dall'elemento soggettivo, che viene in evidenza soltanto nel prosieguo del procedimento sanzionatorio avanti alla competente autorità di settore:

- q) l'art. 29 d.m. 23 giugno 2016 e l'art. 12, comma 5, d.m. 5 maggio 2011 non hanno natura costitutiva del divieto di artato frazionamento, ma hanno soltanto chiarito, sul piano positivo, in relazione al rispettivo ambito applicativo, gli elementi connotanti una fattispecie elusiva (più impianti riconducibili ad un'unica iniziativa imprenditoriale) comunque operante in materia - a prescindere dalla disciplina dettata dai relativi decreti ministeriali - con l'indicazione di taluni indizi, di carattere non tassativo, da cui desumere l'artato frazionamento nei casi di impianto a media-alta tensione, costituendo il divieto di artato frazionamento un principio generale dell'ordinamento (solo esemplificato per gli impianti fotovoltaici dal suindicato art. 12 del d.m. 5 maggio 2011) che opera a prescindere da una espressa e puntuale previsione normativa ed è applicabile a tutti gli impianti che percepiscono incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili;
- r) in applicazione del principio di auto responsabilità costituisce onere dell'interessato ad ottenere il beneficio il fornire la prova di tutti i presupposti per l'ammissione all'incentivo, ricadendo sullo stesso eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della fattispecie agevolativa;

Con riguardo ai profili processuali la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi:

- s) è inapplicabile l'azione sul silenzio all'istanza volta ad ottenere l'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Terzo Conto energia a seguito dell'adozione di un provvedimento di decadenza del G.s.e., coperto da giudicato, dall'accesso alle tariffe incentivanti di cui al Secondo Conto energia. Ciò in quanto, secondo la costante giurisprudenza in materia, non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto ex art. 117 c.p.a. ed il rito del silenzio è esperibile soltanto laddove ci si trovi al cospetto di una disposizione puntuale impositiva di un obbligo di provvedere, ovvero laddove quest'ultimo sia univocamente ricavabile dal sistema giuridico, non sussistendo peraltro detto obbligo laddove il regime incentivante previsto dai conti energia sia oramai terminato;
- t) non è improcedibile il ricorso proposto avverso un provvedimento di decadenza qualora in corso di causa il G.s.e. rigetti la richiesta dell'istanza di riesame proposta ex art. 56, commi 7 e 8, d.l. n. 76 del 2020, convertito in l. n. 120 del 2020, non essendo un tale atto di conferma in senso proprio, ovvero sostitutivo delle determinazioni impugnate in quanto il G.s.e. con il provvedimento di rigetto, anziché rivalutare la situazione sostanziale originaria all'esito di una nuova istruttoria e sulla base di una nuova motivazione, riferite alla legittimità dell'atto originariamente assunto, nega l'integrazione dei (sopravvenuti) presupposti di applicazione dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011, come modificato dalla sopravvenuta normativa;

- u) rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia nella quale il titolare di un impianto fotovoltaico chiede l'accertamento del diritto a ottenere la tariffa incentivante con il riconoscimento della rivalutazione Istat, con le consequenziali condanne, nonché l'accertamento negativo del diritto del G.s.e. alla ripetizione di quanto già corrisposto a detto titolo;
- v) la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie in tema di energia, prevista dall'art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a., si estende anche alle controversie con il G.s.e. in tema di misure di incentivazione per la produzione di energia da fonti rinnovabili; detta giurisdizione non viene meno per la circostanza che il G.s.e. sia intervenuto con strumenti negoziali;
- w) rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. o), c.p.a., l'impugnazione proposta dal responsabile di un impianto fotovoltaico contro il provvedimento dell'Agenzia delle entrate del 6 marzo 2020 con cui, in attuazione dell'art. 36, comma 3, d.l. n. 124 del 2019, conv., con modif., dalla l. n. 157 del 2019, sono stati indicati le modalità di presentazione e il contenuto essenziale della comunicazione mediante la quale gli operatori economici che abbiano cumulato la deduzione fiscale ex art. 6, commi 13 ss., l. n. 388 del 2000, e gli incentivi previsti dai decreti ministeriali del 2011 possono, avvalendosi della speciale facoltà introdotta proprio dal citato art. 36, assoggettare alle imposte dirette l'importo dedotto dalle rispettive basi imponibili. Infatti, tale provvedimento si configura come atto tipicamente amministrativo, generale, meramente ricognitivo e attuativo del disposto di legge, non contenente una pretesa tributaria sostanziale e non rientrante nell'elenco riportato nell'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992;
- x) le vertenze nei confronti del G.s.e. per atti concernenti le incentivazioni di interventi per la produzione di energia da fonti rinnovabili sono devolute alla competenza territoriale del T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, in quanto il G.s.e. è società a partecipazione pubblica a carattere ultraregionale e tali incentivazioni, pur concernendo l'energia prodotta in un determinato impianto, non hanno effetti localizzabili nell'ambito regionale in cui è ubicato l'impianto stesso, ma hanno effetti sull'intero sistema nazionale energetico.