

L'inderogabile tutela della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili

Nota a “Consiglio di Stato, sez. II, sentenza del 3 novembre 2023, n. 9554”

Avv. Nicola Scapillati – Dott.ssa Daniela Moffa

La sentenza del Consiglio di Stato del 3 novembre 2023, n. 9554, annulla il provvedimento del G.S.E., con il quale veniva disposta la decadenza totale dalle tariffe incentivanti per la società ricorrente. In particolare, i giudici amministrativi, sanciscono il doveroso bilanciamento tra il tipo di violazione posta in essere e l'applicazione della corrispondente sanzione di decurtazione delle tariffe, in special modo in considerazione della necessaria tutela della produzione di energia da fonti rinnovabili.

Sommario: 1. Il caso. – 2. Questioni di diritto: quadro normativo di riferimento e criticità. – 3. Il difficile contemperamento tra la corretta gestione delle finanze pubbliche e la salvaguardia della produzione di energia da fonti rinnovabili. – 4. Conclusioni.

1. Il caso

Il Consiglio di Stato, attraverso la sentenza in commento, è tornato ad esprimersi sul tema della decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti per gli impianti fotovoltaici, sancendo l'illegittimità della richiesta avanzata dal G.S.E., quando lo stesso, in assenza di gravi violazioni della società percipiente, non tenga conto della possibilità di applicare il regime della decurtazione in luogo della decadenza.

La materia è stata, più volte, oggetto dell'attenzione della giurisprudenza, che si è interrogata sulla corretta interpretazione delle norme di settore.

Giova, brevemente, ricordare i fatti oggetto della sentenza in esame.

Il fatto, sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato, ha riguardato l'impugnazione della sentenza del TAR Lazio, sede di Roma, Sez. Terza Ter, n. 3768/23, nella parte in cui dichiarava legittima¹ la decadenza totale dalle tariffe incentivanti ed il recupero delle somme già erogate in relazione all'impianto fotovoltaico di proprietà della società ricorrente, in considerazione delle presunte violazioni poste in essere.

La società ricorrente avanzava richiesta di riconoscimento delle tariffe incentivanti in relazione all'impianto fotovoltaico, collocato sull'edificio di sua proprietà, nel lontano 2012.

¹ “Deve dunque essere ritenuta legittima la decadenza comminata, in luogo della decurtazione, per i casi di violazioni rilevanti di maggiore gravità, incidenti sul possesso dei requisiti sostanziali per l'accesso al regime incentivante (Consiglio di Stato, 4 gennaio 2023, n. 127), sulla base dei previsti parametri, in quanto coerente con un'interpretazione costituzionalmente orientata del quadro normativo di riferimento.” (TAR Lazio, sede di Roma, Sez. Terza Ter, n. 3768/23)

Nello stesso anno la società interessata e l'Amministrazione avviavano un dialogo documentale, che si arricchiva di elaborati grafici e quanto necessario per rendere pienamente regolare la posizione di accesso alle tariffe incentivanti. Da quel momento il corretto dispiegamento del rapporto tra le parti.

Solo a distanza di anni, l'Amministrazione, con nota del 20/10/20, comunicava alla società la decadenza totale dalla tariffa incentivante per l'impianto in esame. Quest'ultimo, a seguito dei periodici controlli del G.S.E., veniva valutato del tutto diverso da un "impianto su edificio", ma da considerarsi piuttosto classificabile come "grande impianto fotovoltaico".

In virtù di tale determinazione l'impianto sarebbe rientrato tra i "grandi impianti", per i quali la disciplina prevede l'iscrizione in apposito registro. Adempimento, ormai, non più possibile. Per tale motivo la società veniva dichiarata decaduta dal diritto a percepire le tariffe incentivanti.

La società ricorrente agiva, quindi, in giudizio per l'annullamento del provvedimento *de quo*.²

2. Questioni di diritto: quadro normativo di riferimento e criticità

Le questioni di diritto che si incardinano e si sviluppano attorno alla tematica della promozione ed incentivazione economica degli impianti, quali fonti di energia rinnovabile, trovano la propria fonte legislativa nel D.lgs. n. 28 del 2011.³

Attraverso la vicenda *de qua* il Consiglio di Stato chiarisce, in particolar modo, la portata dell'art. 42 del D.lgs. n. 28 del 2011. Tale norma disciplina i poteri del GSE in materia di accesso e mantenimento, da parte dei beneficiari, degli incentivi erogati nel settore termico, elettrico e dell'efficienza energetica.

L'elemento di ambiguità della norma deriva dall'utilizzo di una terminologia apparentemente poco chiara. Nella presunta ipotesi di violazione posta in essere dal privato, l'art. 42 *cit.*, comma 3, al secondo periodo dispone, "in deroga al periodo precedente" e "al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili", la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento⁴ in ragione dell'entità della violazione. Il concetto di "entità", il quale, come posto nella sua originaria formulazione, avrebbe potuto prestare il fianco all'esercizio di un potere

² Il provvedimento, cui si fa riferimento, si inserisce in un più ampio segmento procedimentale. Il primo provvedimento emesso sulla vicenda di cui si discute, infatti, era stato già annullato dal TAR Lazio con sentenza n. 8257/2022 e solo a seguito, in virtù del potere di riedizione, il G.S.E. aveva confermato con un sovrapponibile provvedimento la decadenza dalle tariffe.

³ Il decreto del 2011, che ha recepito la direttiva 28/2009/CE, nell'esercizio della delega di cui alla legge 4 giugno 2010, n. 96 (Legge comunitaria 2009), ha dato un nuovo assetto al sistema degli incentivi. In particolare, ha coordinato il criterio direttivo di «adeguare e potenziare il sistema di incentivazione delle fonti rinnovabili» (art. 17, comma 1, lettera h, della legge di delega), all'obiettivo di raggiungere nel 2020 la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia pari al 17 per cento (art. 3, comma 1 del decreto).

⁴ Percentuale ridotta, dapprima, "in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento" dalla l. 205/2017 e poi ulteriormente ridotta "fra il 10 e 50 per cento", dall'art. 13-bis, comma 1, lett. a), d.l. 101/2019.

dell'Amministrazione eccessivamente discrezionale, è stato rivalutato dal D.m. 31 gennaio 2014, che ne ha ristretto la portata, arrivando a far corrispondere tale concetto a quello di “*violazione rilevante*”. Le ipotesi violative di grave entità, di cui all'All. 1 del medesimo D.m.,⁵ non sono da considerarsi tassative, pur tuttavia non possono ricomprendere violazioni di lieve entità.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, le ipotesi più gravi, quali a titolo esemplificativo quelle di cui alla lett. a) dell'All. 1 *cit.*, sarebbero da segnalare alle autorità giudiziarie competenti, prima che per le stesse possa essere disposta la decadenza dalle tariffe incentivanti. Inoltre, la mancata disamina della documentazione allegata al momento della proposizione dell'istanza di accesso agli incentivi, non può riversarsi negativamente sulla società ricorrente.

Tale questione è strettamente collegata al principio del legittimo affidamento nella P.A.

Risulta evidente, infatti, che la diversa interpretazione della medesima documentazione fornita dal privato non possa gravare sul profilo economico dello stesso, dal momento che il G.S.E. ingenera la convinzione stabile di poter far affidamento sulla corresponsione dell'incentivo.

In questo settore la lesione dell'affidamento nella sicurezza e certezza del diritto non è da intendersi come conservazione immutata nel tempo di una tariffa concessa illegittimamente. Piuttosto, come il dovere dell'Amministrazione di coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi, correlati a carico degli utenti finali. Infatti, sebbene a seguito dei controlli la tariffa incentivante possa essere corrisposta in misura diversa, tale potere del G.S.E. non si deve trasformare in uno strumento utilizzato a danno della società che ha avuto originariamente accesso alla tariffa.

⁵ All. 1: a) presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, ovvero mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi; b) violazione del termine per la presentazione dell'istanza di incentivazione e, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso degli incentivi, la violazione del termine per l'entrata in esercizio; c) inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo; d) indisponibilità della documentazione da tenere presso l'impianto ai sensi dell'art. 9, comma 3, nel caso in cui se ne sia già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo; e) comportamento ostantivo od omissivo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto al controllo o del gestore di rete, consistente anche nel diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione; f) manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata; g) alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata; h) interventi di rifacimento e potenziamento realizzati in difformità dalle norme di riferimento ovvero da quanto dichiarato in fase di qualifica o di richiesta dell'incentivo; i) inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto; j) insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, per l'accesso agli incentivi ovvero autorizzativi; k) utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE; l) utilizzo di combustibili rinnovabili in difformità dal titolo autorizzativo o dalla documentazione presentata in sede di qualifica ovvero di istanza di incentivazione; m) mancata trasmissione al GSE della certificazione di fine lavori dell'impianto nei termini previsti dalla normativa di incentivazione, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso o della determinazione agli incentivi; n) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati.

Da ultimo il G.S.E., consapevole della necessità di salvaguardare la produzione di energia elettrica da impianti ammessi agli incentivi alimentati da fonti rinnovabili, ha reso pubblico il *“Regolamento per la classificazione delle violazioni e per la definizione delle percentuali di decurtazione applicabili nell’ambito dell’attività di controllo su impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili in esercizio”*.

Invero, a seguito delle svariate pronunce del giudice amministrativo, con le quali è stato ribadito che *“anche in assenza del Decreto Ministeriale”* è consentita la diretta applicabilità delle modifiche normative di cui al D.L. 3 settembre 2019, n. 101, convertito con modificazioni dalla Legge 2 novembre 2019, n. 128, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza delle sanzioni, si è reso necessario procedere alla stesura di un regolamento, che desse attuazione agli appena citati orientamenti.

L’Allegato 2 al Regolamento, al punto 4, prevederebbe in ipotesi analoga a quella oggetto della sentenza in esame, vale a dire *“carenza dei requisiti per la classificazione dell’impianto nella tipologia “su edificio”, nel caso in cui questa circostanza abbia comportato la violazione delle norme per l’accesso agli incentivi”*, una sanzione pari al *“10% (da applicare alla tariffa prevista per gli impianti a terra)”*.

Il secondo tema, già ampiamente sviscerato dai giudici amministrativi, riguarda la corretta interpretazione della nozione di *“edificio”*, di cui all’art. 1, comma 1, lett. a) del D.P.R. 412/1993,⁶ la quale offre il presupposto base per l’inquadramento dell’impianto nella rispettiva classe d’installazione, che può alternativamente essere *“su edificio”*, *“grande impianto”* o *“altro impianto”*. A seconda del tipo di installazione la normativa prevede la corresponsione di un *quantum* diverso, al quale si accede a seguito di una serie di adempimenti *ad hoc*, previsti a carico della persona fisica o giuridica che ne fa richiesta.

Per consolidata giurisprudenza la definizione, che rileva ai fini dell’installazione degli impianti fotovoltaici, è da identificarsi in una struttura costituita da un volume definito.⁷

Tuttavia, nel caso in cui, come è accaduto per la società ricorrente, una delle pareti venga momentaneamente aperta per facilitare l’attività lavorativa, *“esistendo”*, comunque, *“anche la parete*

⁶ *“Un sistema costituito dalle strutture edilizie esterne che delimitano uno spazio di volume definito, dalle strutture interne che ripartiscono detto volume e da tutti gli impianti, dispositivi tecnologici ed arredi che si trovano al suo interno; la superficie esterna che delimita un edificio può confinare con tutti o alcuni di questi elementi: l’ambiente esterno, il terreno, gli altri edifici”*.

⁷ Come confermato costantemente dalla giurisprudenza. Cfr. *ex multis*, CdS, IV sez., sent. 462/2022.

per la chiusura integrale dell'edificio, non viene meno l'esistenza di uno spazio di volume definito",⁸ per di più nel caso di una struttura già accatastata come abitazione (A/4).

Sulla scorta del principio della separazione delle competenze tra le amministrazioni, il G.S.E. è titolare di un potere di verifica sulla spettanza dei benefici, ma non gode di alcun potere di riclassificazione catastale per il riconoscimento delle tariffe, né tantomeno ha il potere di sindacare i titoli edilizi rilasciati da altre amministrazioni.

Pertanto, onde evitare lo stravolgimento del riparto di competenze, l'attività di controllo operata dal G.S.E. non può disattendere la documentazione catastale, non potendosi spingere sino alla verifica sostanziale circa la legittimità di appartenenza di un edificio ad una determinata categoria.

Secondo l'autorevole giudicato del CdS tale norma, sebbene necessariamente applicabile anche al caso di specie, non consente all'Amministrazione di prescindere dalla constatazione che la struttura in questione sia accatastata come edificio.

3. Il difficile contemperamento tra la corretta gestione delle finanze pubbliche e la salvaguardia della produzione di energia da fonti rinnovabili

Il costante riproporsi di fattispecie analoghe a quelle descritte deriva dalla difficoltà dell'Amministrazione di contemperare i contrapposti interessi coinvolti. La novella legislativa, introdotta dal D.L. 76/2020, ha avuto lo scopo di favorire una soluzione meno gravosa per il privato, al fine di *“salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'energia termica e il risparmio energetico”*.

Come già riportato, la normativa di settore è il frutto di diversi interventi legislativi, finalizzati non soltanto a garantire il principio del legittimo affidamento, ma anche l'equo bilanciamento tra la corretta gestione e ripartizione dei fondi pubblici e la necessità di ottenere l'energia da fonti rinnovabili.

La scelta, cui troppo spesso si assiste, è orientata alla prevalenza aprioristica dell'interesse pubblico alla tutela della finanza erariale piuttosto che al contemperamento con l'altro interesse, che per quanto di diversa natura, è comunque pubblico: la tutela dell'energia rinnovabile.

Il quadro d'insieme è, infatti, connotato dalla presenza di due interessi pubblici, l'uno dei quali si affianca a quello privato. Se da un lato, l'interesse pubblico all'utilizzo delle risorse della collettività impone un uso razionale e rispettoso dei fondi pubblici, d'altro canto non si può prescindere dal fatto che l'interesse privato, volto al recupero delle somme d'investimento, stanziato per la produzione di

⁸ Consiglio di Stato, sez. II, sentenza del 3 novembre 2023, n. 9554, cit.

energia rinnovabile, discende a cascata dall'altro interesse pubblico, quale la tutela dell'energia rinnovabile.

Quindi, la *ratio* del bilanciamento di interessi impone l'individuazione del minor sacrificio possibile sia per il privato, ma soprattutto per la collettività.

4. Conclusioni

Con specifico riferimento alla sentenza in commento, Consiglio di Stato, sez. II, 3 novembre 2023, n. 9554, il Collegio giudicante ha ritenuto che *“il nuovo provvedimento avrebbe dovuto valutare la possibilità di applicare la nuova normativa disponendo una decurtazione parziale”*, al contrario *“il nuovo provvedimento non ha affatto valutato la possibilità di salvaguardare la parte di impianto che era conforme alle previsioni del D.M. del 2011”*. Il provvedimento, dunque, è palesemente illegittimo, nella parte in cui *“non evidenzia alcuna grave violazione che non consentirebbe di applicare la decurtazione dei benefici anziché la decadenza”*.

L'assenza del decreto ministeriale di individuazione di quelle violazioni, che possano dar luogo alla decurtazione anziché all'immediata decadenza, si è rivelata paralizzante per gli operatori destinatari di provvedimenti analoghi a quello emanato nei confronti della società ricorrente. In questa situazione di stallo la decisione del Consiglio di Stato si palesa come innovativa e certamente di indirizzo per le future valutazioni del G.S.E.

Il giudice amministrativo, infatti, con la sentenza in esame, giunge alla conclusione che in luogo della decadenza per *“un impianto unitario si possa disporre la decurtazione limitatamente alla parte che non rispetta i requisiti previsti dal provvedimento che concede i benefici”*.

Non di minore importanza l'affermazione del CdS in tema di tutela del legittimo affidamento.

Per quanto concerne il tema dell'ampio lasso temporale intercorso tra la richiesta di accesso alle tariffe incentivanti e il provvedimento di decadenza, il CdS ha rilevato la violazione dell'interesse della ricorrente, indotta per anni a confidare in una situazione di vantaggio, soprattutto in considerazione della circostanza che *“la società ha presentato un progetto corredato anche di foto che descriveva in modo veritiero l'impianto e se il G.S.E. lo avesse esaminato con attenzione non avrebbe dovuto attendere il sopralluogo del 2018 per riscontrare l'aspetto che non consentiva in parte l'accesso ai benefici di cui al d.m. del 2011”*.

Ad oggi al G.S.E, anche per il tramite di cui al D.L. 76/2020, è imposto un riesame motivato delle singole fattispecie di decadenza dall'incentivazione, in quanto nell'ipotesi inversa verrebbe meno, come di fatto accade, la tutela delle garanzie degli operatori privati.

In conclusione, è auspicabile l'intervento del Ministero per l'emanazione del regolamento di cui si è discusso, o anche soltanto per la validazione di quello adottato recentemente dal GSE, onde evitare di scoraggiare l'attività di produzione di energia pulita e di paralizzare il perseguimento degli obiettivi prefissati in tema di fonti rinnovabili.