

## LA RIDETERMINAZIONE DEI POTERI DEL GSE NEL D.L. SEMPLIFICAZIONI E LA (APPARENTE) STABILITÀ DEGLI INCENTIVI PER L'ENERGIA DA FONTE RINNOVABILE.

**Giuseppe La Rosa\***

*Abstract. Il sistema degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabile è al centro di una delicata tensione tra esigenze di interesse pubblico e le ragioni dei privati alla tutela del proprio affidamento a beneficiare della loro erogazione per l'intera durata contrattuale. In questa prospettiva, il d.l. Semplificazioni ha introdotto alcune modifiche all'art. 42 d.lgs. n. 28/2011 con l'obiettivo di circoscrivere il potere di decadenza del GSE e rafforzare la stabilità dei sottesi rapporti amministrativi. Il presente studio, ricostruito il quadro normativo e dogmatico di riferimento, indaga sulle modifiche introdotte al fine di valutare l'effettiva idoneità delle stesse a perseguire i dichiarati obiettivi di stabilità degli incentivi.*

*Abstract. [eng] The incentives granted for energy from renewable sources meets both public and private interests. By way of d.l. Semplificazioni Article 42 of Legislative Decree No. 42/2011 has been amended with the purpose of limiting the GSE's administrative power to withdraw the incentives already granted and, as consequence, aiming at guarantee the private legitimate expectations. This paper, within the current regulatory framework, aims at analysing the new legislative provisions in order to assess their actual suitability to pursue the declared goals in terms of stability in the incentives granting.*

**SOMMARIO:** **1.** Premessa e finalità dell'indagine. **2.** L'art. 42 d.lgs. n. 28/2011 e i controlli del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, energia termica e risparmio energetico. **3.** La controversa qualificazione dei poteri esercitati dal GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi: le tesi contrapposte. **4.** Segue: una possibile diversa ipotesi ricostruttiva. **5.** Il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 introdotto dal d.l. Semplificazioni: il rilievo dell'illegittimità del provvedimento originario. **6.** L'interesse pubblico e il termine per l'annullamento d'ufficio del provvedimento di erogazione degli incentivi: profili critici. **6.1.** Le ragioni di interesse pubblico e il bilanciamento con gli interessi dei privati. **6.2.** Il termine per l'annullamento d'ufficio. **7.** Considerazioni conclusive.

## 1. Premessa e finalità dell'indagine.

Il d.l. n. 76/2020, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120/2020 (c.d. d.l. Semplificazioni), nell'ambito di un complessivo intervento volto alla semplificazione<sup>1</sup> e allo sviluppo della *green economy*, ha apportato significative modifiche all'art. 42 d.lgs. n. 28/2011.

In particolare, è stato previsto che il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. ("GSE") può disporre la decadenza degli incentivi ovvero l'annullamento del provvedimento di riconoscimento dei titoli di efficienza energetica «in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241». Sebbene la novella sia stata accolta con favore, in quanto tesa a garantire una maggiore certezza e stabilità nell'erogazione degli incentivi<sup>2</sup>, i sottesi obiettivi rischiano di essere più apparenti che reali. Infatti, essa, lungi dal rideterminare in modo sistematico e organico i poteri amministrativi attribuiti al GSE, si limita ad un intervento circoscritto e posticcio che rischia di generare più confusione applicativa che certezza regolatoria, minando le finalità cui l'intervento normativo in tesi tende. Nel contesto appena descritto, il presente studio, partendo da un inquadramento dogmatico del potere amministrativo esercitato dal GSE, intende indagare se il riferimento all'art. 21-*nonies* introdotto dal d.l. n. 76/2020 rappresenti una effettiva e concreta misura di limitazione del suo esercizio e, in definitiva, di maggiore stabilità delle erogazioni di incentivi pubblici nella materia.

## 2. L'art. 42 d.lgs. n. 28/2011 e i controlli del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, energia termica e risparmio energetico.

In recepimento della Direttiva Europea 2009/28/CE, il d.lgs. n. 28/2011 ha posto una disciplina organica in materia di promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, prevedendone - al Titolo V - specifici meccanismi di incentivazione e sostegno e demandando a fonti di rango secondario (decreti ministeriali) la puntuale regolamentazione dei termini e dei requisiti per l'ammissione agli incentivi<sup>3</sup>.

---

1\* Professore straordinario a tempo determinato di diritto amministrativo nell'Università telematica Pegaso. Per una critica sulla tecnica di semplificazione adottata dal d.l. Semplificazioni si v. le condivisibili osservazioni di L.A. MAZZAROLLI, *Considerazioni generali sul «semplificare» ... ma all'italiana*, in *AmbienteDiritto*, 2020, 4, ove ampi richiami di dottrina in tema di semplificazione nel diritto amministrativo (nota 15). Per una analisi critica delle principali modifiche introdotte dal d.l. Semplificazioni, cfr. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, in *Federalismi.it*, 2020.

2 Si v. L. PERGOLIZZI, *Il d.l. n. 76/2020 nel processo di attuazione del piano nazionale integrato per l'energia e il clima*, in *AmbienteDiritto.it*, 2020, 4, spec. 12.

3 Per una ricostruzione dei principali profili normativi e regolatori in materia di energie rinnovabili, cfr. S. PIANTA, *Le fonti energetiche rinnovabili: profili giuridici*, in (a cura di E. PICOZZA, S.M. SAMBRI) *Il diritto dell'energia*, Vicenza, 2015, 521 ss.

L'art. 42 d.lgs. n. 28/2011, rubricato «Controlli e sanzioni in materia di incentivi», attribuisce al GSE un generale potere di controllo volto a verificare la sussistenza in capo ai beneficiari dei requisiti per accedere e mantenere l'erogazione degli incentivi<sup>4</sup>. Questa disposizione, tra il 2017 e il 2020, è stata oggetto di ben quattro consistenti interventi legislativi<sup>5</sup>, oltre a una pronuncia di incostituzionalità<sup>6</sup>, così passando dagli originari 7 commi (di complessive 546 parole) agli attuali 15 commi (di complessive 1541 parole). Queste modifiche, volte a circoscrivere e graduare i poteri del GSE e a garantire maggiore stabilità e tutela alla posizione del privato<sup>7</sup>, hanno, in definitiva, determinato un quadro regolatorio molto complesso e non sempre lineare, foriero di consistenti dubbi interpretativi e applicativi, come confermato dal consistente contenzioso che nella materia si è generato<sup>8</sup>.

L'art. 42, al comma 1, attribuisce al GSE il potere di verificare «i dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza», precisando che tale verifica «è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti», i quali «sono svolti anche senza preavviso ed hanno ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione

4 Sulle funzioni esercitate dal GSE nella materia dell'incentivazione dell'energia da fonti rinnovabili, si v. l'art. 4 dello statuto societario.

5 In particolare, l'articolo 57-*quater* del d.l. n. 50/2017, conv. dalla l. n. 96/2017, ha inserito i commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater*, 4-*quinqies* e 4-*sexies*; l'art. 1, comma 89, della l. n. 124/2017 ha inserito i commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater*; l'art. 1, comma 960, lett. a, l. 205/2017, l'art. 13-*bis*, comma 1, lettera a), del d.l. n. 101/2019, conv. dalla l. n. 128/2019, e, da ultimo, l'art. 56, comma 7, lettere a) e a-*bis*), del d.l. n. 76/2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 120/2020 hanno modificato il comma 3.

6 Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 4-*sexies* 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, 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.

7 Si v. la Relazione illustrativa al d.l. n. 76/2020 che, chiaramente, afferma come «l'intervento proposto è volto a stabilire condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili», e ciò anche alla luce della direttiva 2009/28/CE che, nell'evidenziare il ruolo dei regimi nazionali di sostegno alla produzione di energia rinnovabile, ne sottolinea anche i necessari caratteri di stabilità e certezza giuridica. In particolare, viene affermato che «la disposizione di cui alla lettera a) consente al Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. di esercitare i propri poteri di controllo con una adeguata ponderazione sul valore della certezza degli investimenti». Infatti, la circostanza che il GSE possa esercitare i propri poteri entro i limiti dell'autotutela amministrativa, di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, eviterebbe «l'adozione di provvedimenti sanzionatori, che possono intervenire anche a notevole distanza di anni dall'ammissione ai benefici incentivanti, attraverso una adeguata ponderazione degli effetti e degli investimenti effettuati». Giova altresì precisare come la Relazione illustrativa precisi che la novella sarebbe volta alla «introduzione nell'ordinamento positivo di un principio già sancito in ambito giurisprudenziale» (richiamando, sul punto, Cons. Stato n. 5324/2019) e avrebbe, dunque, la finalità di dare certezza alla materia dei controlli, rafforzare la fiducia degli investitori ed in ultimo determinare un effetto deflattivo del carico giudiziario. Sul punto, Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237 ha rilevato come l'evoluzione normativa che ha interessato la materia dimostra la volontà del Legislatore di attenuare l'eccessivo rigore di alcune misure demandate al GSE, introducendo un sistema maggiormente rispondente ai canoni di adeguatezza e proporzionalità.

8 Da una consultazione del sito istituzionale della giustizia amministrativa si ricava che i provvedimenti giudiziari adottati in materia solo nel 2020 sono 1126 (966 adottati dal TAR Lazio, Roma e 160 dal Consiglio di Stato).

impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica». A tale attività di controllo del GSE si affiancano le attività di controllo che spettano alle altre amministrazioni pubbliche (comma 2), le quali, affinché il GSE possa assumere i provvedimenti di competenza, sono tenute a comunicare a quest'ultimo tempestivamente gli esiti delle proprie verifiche laddove possano incidere sul mantenimento dell'incentivo (comma 4). I commi 3 e seguenti dell'art. 42, cit., quindi, individuano una serie eterogenea di provvedimenti che possono essere adottati dal GSE all'esito delle ridette attività, includendo altresì ipotesi specifiche in ragione della tipologia di incentivi e di impianti.

L'attuale testo dell'art. 42, cit. prevede che il GSE dispone la decadenza integrale dall'incentivo (o rigetto dell'istanza), con il recupero delle somme già erogate, laddove (i) le violazioni riscontrate siano «rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi» e (ii) sussistano i presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 (cfr. comma 3, primo cpv.). In attuazione del comma 6<sup>9</sup>, il d.m. 31 gennaio 2014, dopo avere specificato che i controlli «sono effettuati e disposti dal GSE e sono volti alla verifica della sussistenza o della permanenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi» (art. 1), individua le *violazioni rilevanti*<sup>10</sup>, precisando altresì che il GSE, in ogni caso,

---

9 In dettaglio, il comma 6 prevede che il Ministero predisponga apposito decreto in ragione delle informazioni fornite dal GSE, le quali, ai sensi del comma 5, devono prevedere: a) le modalità con le quali i gestori di rete forniscono supporto operativo al GSE per la verifica degli impianti di produzione di energia elettrica e per la certificazione delle misure elettriche necessarie al rilascio degli incentivi; b) le procedure per lo svolgimento dei controlli sugli impianti di competenza del GSE; c) le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale; c-bis) le violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3 (disposizione coeva alla introduzione del secondo cpv. del comma 3); d) le modalità con cui sono messe a disposizione delle autorità pubbliche competenti all'erogazione di incentivi le informazioni relative ai soggetti esclusi ai sensi dell'articolo 23, comma 3; e) le modalità con cui il GSE trasmette all'Autorità per l'energia elettrica e il gas gli esiti delle istruttorie ai fini dell'applicazione delle sanzioni di cui al comma 3.

10 In particolare, vengono indicate le seguenti violazioni rilevanti: 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

laddove «rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate» (art. 11). La portata della misura generale della decadenza è, tuttavia, limitata dalla sussistenza di ipotesi speciali e derogatorie che trovano applicazione con riferimento a specifiche condizioni relative al tempo in cui la violazione viene accertata, alla tipologia di fonte o di impianto, nonché alla gravità della violazione. Ognuna di queste ipotesi riceve, nell'ambito dello stesso art. 42, cit., una puntuale disciplina quanto ai presupposti applicativi e alle conseguenze sanzionatorie. In particolare:

(a) con riferimento a qualsiasi fonte e impianto, laddove la violazione sia *lieve* (sul punto, si tornerà *infra*) e sia accertata nella fase in cui l'incentivo sia in corso di erogazione, il GSE dispone la decurtazione dello stesso in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione - misura ridotta della metà laddove essa sia spontaneamente denunciata dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo - (comma 3, secondo cpv.);

(b) con riferimento ai progetti di risparmio energetico incentivati con il meccanismo dei titoli di efficienza energetica, laddove il GSE riscontri la non rispondenza del progetto proposto e approvato alla normativa vigente alla data di presentazione del progetto e tali difformità non derivino da documenti non veritieri ovvero da dichiarazioni false o mendaci, è disposto il rigetto dell'istanza di rendicontazione o l'annullamento del provvedimento di riconoscimento dei titoli, con efficacia *ex nunc* e ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990. Infatti, da un lato, gli effetti del rigetto dell'istanza di rendicontazione decorrono dall'inizio del periodo di rendicontazione oggetto della richiesta di verifica e certificazione dei risparmi; dall'altro, gli effetti dell'annullamento del provvedimento decorrono dalla data dell'annullamento; in entrambe le ipotesi, sono fatte salve le rendicontazioni già approvate relative ai progetti standard, analitici o a consuntivo (commi 3-*bis* e 3-*ter*);

(c) con riferimento agli impianti fotovoltaici, nel caso in cui la violazione riscontrata consista nella installazione di moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento, (c.1) per gli impianti di potenza compresa tra 1 e 3 kW, si applica la decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione (comma 3-*quater*); (c.2) per gli impianti di potenza superiore a 3 kW, si applica la decurtazione del 10 per cento (5 per cento in caso di autodenuncia) dalla data di decorrenza della convenzione, laddove il soggetto beneficiario della tariffa incentivante abbia intrapreso le azioni consentite dalla legge nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli (commi 4-*bis* e 4-*ter*).

Come anticipato, l'attuale struttura dell'articolo in analisi è il frutto di una serie di interventi legislativi sviluppatasi nell'arco degli ultimi anni e accomunati dal duplice obiettivo di rendere le misure adottabili dal GSE maggiormente rispondenti ai

---

determinazione agli incentivi; n) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati.

requisiti di adeguatezza e proporzionalità (come, peraltro, richiesto da Corte cost., n. 57/2017<sup>11</sup>) e di rafforzare la fiducia degli investitori nel settore delle energie rinnovabili<sup>12</sup>, esigenza certamente indispensabile anche per il raggiungimento degli obiettivi indicati nel PNIEC di recente approvazione<sup>13</sup>.

### **3. La controversa qualificazione dei poteri esercitati dal GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi: le tesi contrapposte.**

Anche al fine di apprezzare la consistenza della novella introdotta dal d.l. Semplificazioni, si ritiene necessario richiamare l'ampio dibattito che ha riguardato la qualificazione giuridica del potere attribuito al GSE dall'art. 42 e, dunque, la disciplina ad esso applicabile. Sul punto, si sono tradizionalmente delineati tre orientamenti.

Secondo una prima impostazione<sup>14</sup>, il potere esercitato dal GSE avrebbe natura eminentemente sanzionatoria, atteso che lo stesso mira a garantire una reazione dell'ordinamento nei confronti di un comportamento del beneficiario che si assume

11 Che, seppur con riferimento all'art. 43 d.lgs. n. 28/2011, ha avuto modo di rilevare che il profilo «di 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 ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore».

12 Invero, sul punto, non può tacersi come alcuni interventi legislativi siano andati in segno opposto determinando una profonda incertezza, laddove non sfiducia, tra gli operatori del mercato. Il riferimento è, innanzitutto, al d.l. 91/2014 (c.d. "Spalmaincentivi") che ha previsto una riduzione/rimodulazione degli incentivi a favore degli impianti fotovoltaici. La sua applicazione alle convenzioni già stipulate e agli incentivi in corso di erogazione ha determinato un consistente contenzioso avanti al Giudice amministrativo che ha sollevato, dapprima, questioni di legittimità costituzionali (dichiarate infondate con sentenza Corte cost. n. 16/2017) e, successivamente, questioni di compatibilità con l'ordinamento europeo (allo stato non ancora decise). Inoltre, tra gli interventi con un alto impatto di instabilità per il settore si ritiene debba essere segnalato l'art. 36 del d.l. 124/2019. Questa disposizione, dando per pacifica la incompatibilità tra il beneficio c.d. Tremonti ambiente e gli incentivi per gli impianti fotovoltaici erogati ai sensi del III, IV e V Conto energia, ha introdotto un meccanismo di restituzione del beneficio fiscale, con rinuncia contestuale dei contenziosi pendenti, il quale avrebbe dunque garantito la stabilità degli incentivi. Tuttavia, la norma dava per presupposta la ridetta incompatibilità la quale, tuttavia, era stata sconfessata dal TAR Lazio, Roma, (sentenza n. 6784/2019), sebbene appellata. È chiaro, dunque, come a fronte della presupposta incertezza circa la cumulabilità degli incentivi erogati dal III conto energia in poi con il beneficio fiscale della Tremonti ambiente, la norma in parola, lungi dal fornire stabilità e fiducia al sistema, è stata foriera di ulteriori incertezze applicative a danno degli operatori. Per una ricostruzione sul legittimo affidamento nel settore dell'incentivazione dell'energia da fonte rinnovabile, cfr. F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Dir. econ.*, 2019, 229.

13 Sulle misure e gli obiettivi del PNIEC, cfr. L. PERGOLIZZI, *Il d.l. n. 76/2020 nel processo di attuazione del piano nazionale integrato per l'energia e il clima*, cit.

14 F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Federalismi.it*, 19, 2018, spec. 24 ss., il quale ritiene che questa tesi troverebbe conferma nelle modifiche apportate al comma 3 dell'art. 42 dalla l. n. 205/2017 che, nell'introdurre la decurtazione tra un minimo e un massimo in ragione dell'entità della violazione, si porrebbe in linea con i criteri posti, in via generale, dalla l. n. 689/1981. In giurisprudenza, sebbene con riferimento a una ipotesi di decadenza da contributo pubblico, la decadenza è qualificata come misura sanzionatoria da Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 232.

illecito, in quanto posto in violazione di un precetto normativo<sup>15</sup>. Riconducendo la decadenza nell'alveo delle misure sanzionatorie, anche per come definite in ambito sovranazionale<sup>16</sup>, questo orientamento giunge, dunque, a ritenere applicabili i principi posti in materia dalla Costituzione, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza), tra cui: la garanzia del giusto processo<sup>17</sup>, la tassatività, intesa quale puntuale individuazione del precetto da seguire<sup>18</sup>, la presunzione di non colpevolezza, l'adeguata motivazione e istruttoria, la proporzionalità, la rilevanza dell'elemento soggettivo, l'irretroattività, nonché la perentorietà del termine di conclusione del procedimento<sup>19</sup>.

Secondo diverso indirizzo<sup>20</sup>, i provvedimenti adottati dal GSE sarebbero da qualificarsi come espressione di autotutela amministrativa decisoria - in specie di annullamento d'ufficio - dovendo, dunque, trovare applicazione la disciplina posta, a

15 Per una ricostruzione dell'evoluzione della sanzione amministrativa e degli elementi caratterizzanti la stessa anche nei confronti della sanzione penale, si v. M. DELSIGNORE, *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 235. Sul potere sanzionatorio, si v. C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1989.

16 Per la qualificazione della nozione, a partire dalla sentenza Engel ed altri v. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, si fa riferimento alla sussistenza di tre criteri, da considerarsi alternativi e non cumulativi: i) la qualificazione giuridico-formale dell'infrazione nel diritto interno; ii) la natura dell'infrazione; iii) la natura o il grado di severità della sanzione. Pertanto, la qualificazione che l'infrazione riceve nell'ordinamento nazionale non ha che un valore formale e relativo e può cedere ove si accerti la natura intrinsecamente penale della stessa, avendo riguardo alla funzione deterrente e repressiva della sanzione e al tipo di sanzione prevista. In argomento, la dottrina è vasta: tra gli altri, si v. M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali - europee*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 3/2018, 374 ss.; Id., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 47 ss.; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015; Id., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2014, 337 ss.

17 Cfr. art. 6, par. 1, CEDU, applicabile non solo con riferimento alla fase processuale, ma anche alla fase procedimentale, come sostenuto da M. ALLENA, *Art. 6, cit.*, 14 e, in giurisprudenza, da Cons Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595.

18 Cfr. art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU.

19 Si v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 31 ottobre 2018, n. 2456, che prendendo le mosse dalla nozione di "pena" elaborata dalla CEDU, afferma che il principio che impone la giusta durata di un procedimento amministrativo non può essere surrogato dalla presenza di una successiva fase giurisdizionale soggetta alle regole dell'articolo 6 della CEDU, assumendo «un valore *ex se*, non surrogabile in altro modo al pari di quanto accade in relazione ad altri profili di garanzia del procedimento sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596)», ritenendo, in definitiva, che «il procedimento sanzionatorio abbia una natura, almeno in parte, para-giurisdizionale, che richiede un rafforzamento delle garanzie principali del c.d. giusto processo, ivi compresa l'esigenza di una ragionevole durata del procedimento».

20 Cfr., seppur con specifico riferimento alla decadenza dei titoli di efficienza energetica, A. TRAVI, *I poteri di revisione del G.S.E.*, in (a cura di AA.VV.) *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, 126. In giurisprudenza, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5324; Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609; sussumibile nell'alveo dell'orientamento in parola anche TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 22 aprile 2016, n. 4663 che, sebbene abbia rigettato la censura relativa alla violazione dell'art. 21-nonies l. n. 241/1990, dalla parte motiva sembra presupporre l'applicabilità della disposizione anche ai poteri del GSE, salvo difettare, nel caso di specie, ragioni ostative all'annullamento d'ufficio.

livello generale, dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990<sup>21</sup>. Ne deriva, innanzitutto, che il provvedimento di annullamento d'ufficio presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico, attuale e concreto, con una adeguata ponderazione comparativa, che tenga anche conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dall'Amministrazione<sup>22</sup>. Non assume, quindi, dirimente rilievo l'accertata originaria illegittimità dell'atto, essendo altresì necessaria la sussistenza di un interesse pubblico attuale al ripristino della legalità che risulti prevalente sugli interessi dei privati che militano in senso opposto, senza peraltro che l'amministrazione possa affidare la motivazione dell'atto di ritiro a clausole di stile riguardo alla prevalenza dell'interesse pubblico<sup>23</sup>. Inoltre, l'annullamento d'ufficio può essere disposto esclusivamente entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dall'adozione dell'atto annullando<sup>24</sup>.

Secondo altro orientamento - consolidatosi nella giurisprudenza amministrativa maggioritaria<sup>25</sup> e, da ultimo, confermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>26</sup> e ribadito dalla Corte costituzionale<sup>27</sup> -, il GSE eserciterebbe un immanente potere di accertamento e controllo che, essendo volto essenzialmente a verificare quanto dichiarato dal beneficiario dell'incentivo, sarebbe privo di spazi di discrezionalità, avendo, anzi, natura doverosa ed esito vincolato. Esso è causalmente collegato a una carenza commessa dal beneficiario nell'ambito del sistema di accesso ai meccanismi incentivanti caratterizzato dal principio di autoresponsabilità, nel senso che costituisce onere dell'interessato fornire tutti gli elementi idonei a dar prova della sussistenza delle condizioni per l'ammissione ai benefici, ricadendo sullo stesso le conseguenze di eventuali carenze che incidano sul perfezionamento della

21 La dottrina sull'annullamento d'ufficio è vastissima: tra i contributi più recenti, si v. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018.

22 Così Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2468; C.G.A., s. g. 15 settembre 2014, n. 540.

23 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1605; Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026.

24 Sul rapporto tra decorso del tempo e affidamento, si v. A. ARDITO, *Autotutela, affidamento e concorrenza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2008, 653, la quale osserva come «la situazione di affidamento prescinda dal trascorrere del tempo e che anzi sorga nell'immediatezza dell'emanazione del provvedimento. Al contrario il consolidamento presuppone necessariamente il trascorrere del tempo e determina il cristallizzarsi degli effetti del provvedimento, qualora medio tempore si siano concretamente poste in essere attività che riempiano di contenuti il decorso del tempo»; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 705, secondo cui le situazioni create dal provvedimento possono dirsi consolidate non tanto e non solo ad opera del mero trascorrere del tempo, quanto, piuttosto, in conseguenza di ciò che concretamente è stato fatto nel corso del tempo trascorso.

25 *Ex multis*, tra le più recenti, si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 29 dicembre 2020, n. 14087; 14 dicembre 2020, n. 13443; Id. 26 novembre 2020, n. 12631; Id. 4 novembre 2020, n. 11406; Id. 13 ottobre 2020, n. 10410; Id. 23 settembre 2020, n. 9743; Id. 7 luglio 2020, n. 7777; Id. 23 marzo 2020, n. 3569; Id. 2 ottobre 2019, n. 11502; Id. 1 febbraio 2019, n. 1289; Cons. Stato, Sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 8442;

26 Cons. Stato, Ad. Plen., 11 settembre 2020, n. 18.

27 Corte cost. 13 novembre 2020, n. 237.

fattispecie agevolativa<sup>28</sup>. Del resto, il meccanismo degli incentivi è preordinato al soddisfacimento di un interesse istituzionale che trascende il mero interesse dei destinatari, coinvolgendo in principalità l'interesse dell'organismo che elargisce il beneficio il quale, a sua volta, altro non è che il portatore degli interessi, dei fini e degli obiettivi del superiore livello politico istituzionale<sup>29</sup>. Facendo applicazione delle richiamate coordinate interpretative, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>30</sup> ha, dunque, confermato che il potere in esame è qualificabile come «decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva», distinguendosi tanto dall'annullamento d'ufficio, quanto dal potere sanzionatorio. Dal primo si discosta «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 *nonies* della legge 241/90 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»; dal secondo si differenzia in ragione «a) della non rilevanza, ai fini della integrazione dei presupposti, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa; b) del limite dell'effetto ablatorio prodotto, al massimo coincidente con l'utilità innanzi concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale la decadenza viene ad incidere».

#### **4. Segue: una possibile diversa ipotesi ricostruttiva.**

Nessuno degli orientamenti sopra richiamati appare pienamente esaustivo e convincente, in quanto, fondandosi su approcci qualificatori monolitici, risulta obliterata la pluralità delle potestà (poteri e facoltà) concretamente esercitabili dal GSE in relazione agli esiti delle attività di accertamento e alle difformità riscontrate.

Come anticipato, l'art. 42, comma 1, d.lgs. n. 28/2011, dopo avere stabilito che l'erogazione degli incentivi nei settori elettrico, termico e dell'efficienza energetica è di competenza del GSE ed è subordinata alla verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili, prevede che tale verifica «è effettuata attraverso il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti [che] hanno ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica». Il d.m. 31 gennaio 2014, quindi, prevede che l'attività di controllo è volta «alla verifica della sussistenza o

28 Cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 22 giugno 2017, n. 7295; id. 19 settembre 2017, n. 9807; id. 6 maggio 2016, n. 5340; id. 21 novembre 2016, n. 11621.

29 Così Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2017, n. 50, che aggiunge come «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».

30 Cons. Stato, Ad. Plen., n. 18/2020, cit.

della permanenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi» (art. 1, comma 2). La descritta attività di controllo spettante al GSE riveste una funzione propedeutica e strumentale rispetto alle possibili determinazioni che ne conseguiranno, le quali, dunque, avranno natura e qualificazione giuridica propria, indipendente dalla circostanza che tali determinazioni sono assunte all'esito di una specifica attività di controllo e verifica<sup>31</sup>. In altre parole, in funzione della difformità/violazione riscontrata nell'ambito dell'attività di controllo il GSE adotterà i conseguenti provvedimenti amministrativi. La qualificazione giuridica del provvedimento adottando non può essere intesa, pertanto, in modo aprioristico e monolitico, ma dipende da quanto è emerso dall'attività di controllo e, in particolare, dalla situazione di fatto nei confronti della quale il GSE fornisce una risposta. In questa prospettiva, non è possibile qualificare in modo uniforme (unicamente come espressione di autotutela, di sanzione o decadenza) qualsiasi provvedimento che il GSE adotta all'esito dell'attività di controllo, ma la qualificazione giuridica (e, di conseguenza, il regime applicabile) di ciascun provvedimento è strettamente dipendente dalla tipologia di difformità riscontrata e, quindi, dalla "reazione" alla stessa.

Seguendo tale approccio, i provvedimenti astrattamente adottabili dal GSE possono essere qualificati come espressione di *annullamento d'ufficio*, *decadenza amministrativa*, *autotutela obbligatoria* e *autotutela privatistica*, in ragione dei presupposti, di fatto e di diritto, su cui essi trovano fondamento. In particolare, essi saranno qualificati come espressione di:

(a) annullamento d'ufficio, allorquando si cotesti l'originaria insussistenza dei requisiti soggettivi od oggettivi, la cui erronea considerazione ha determinato l'illegittimità del provvedimento di ammissione al beneficio;

---

<sup>31</sup> In termini, si v. F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, cit., sebbene le conclusioni cui giunge l'A. in relazione alla natura sanzionatoria del potere esercitato dal GSE non sono pienamente condivisibili.

(b) decadenza amministrativa<sup>32</sup>, ove la difformità consista nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il godimento dei benefici;

(c) autotutela obbligatoria, laddove, ai sensi dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, il GSE riscontri una dichiarazione non veritiera, disponendo, dunque, la decadenza dal beneficio sulla cui base era stato concesso; e

(d) autotutela privatistica<sup>33</sup>, ove nel corso del rapporto convenzionale dovessero sopraggiungere fatti soggettivi (ad esempio, divieti e decadenze di cui al d.lgs. n. 159/2011, sopravvenuto venir meno dei requisiti soggettivi per l'ammissione al beneficio) od oggettivi (ad esempio, variazioni che comportino modifiche sostanziali dell'impianto, sopravvenuto venir meno dei requisiti strutturali e funzionali dell'impianto sulla cui base lo stesso è stato ammesso al beneficio).

Mentre sulle ipotesi di annullamento d'ufficio, di decadenza amministrativa e autotutela obbligatoria si tornerà *infra* (parr. 5 e 6.2), è qui necessario meglio circoscrivere lo spettro della autotutela privatistica, che, come visto, rappresenta uno degli strumenti di "reazione" del GSE nei confronti di difformità/violazioni da parte del soggetto beneficiario dell'incentivo. Sul punto, è necessario rilevare che - come stabilito dall'art. 24, comma 2, d.lgs. n. 28/2011 - «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». Il contratto-tipo<sup>34</sup>, all'art. 13, prevede una serie di ipotesi in presenza delle quali il contratto viene risolto. Oltre ai casi in cui la risoluzione non è altro che la

---

32 M.A. SANDULLI, *Decadenza, Diritto amministrativo* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, 1989, secondo cui con il termine decadenza si fa riferimento a tre fenomeni giuridici distinti tra loro: a) la c.d. decadenza in senso stretto, che rappresenta la conseguenza per il mancato esercizio entro il termine stabilito delle facoltà inerenti a un rapporto derivante da un provvedimento amministrativo (ad esempio, decadenza della concessione edilizia per mancato inizio o ultimazione dei lavori entro il termine stabilito); b) la decadenza per inadempimento del privato a obblighi, modi o ordini inerenti conseguenti a un rapporto negoziale o amministrativo, a carattere continuativo, con la pubblica amministrazione (ad esempio, la decadenza dalle concessioni); c) la decadenza per sopravvenuto venir meno dei presupposti (essenzialmente soggettivi) necessari perché il provvedimento potesse essere originariamente adottato. Si v. anche P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 478, ss. ritiene che «in relazione alle varie cause che possono determinare la pronuncia dell'autorità, possiamo distinguere due specie di decadenza: a) decadenza sanzionatoria: trova il suo presupposto in un inadempimento del destinatario, ovvero nel mancato esercizio delle facoltà inerenti all'atto stesso. Essa comporta una valutazione discrezionale del comportamento del destinatario e deve essere preceduta da una preventiva contestazione di addebiti; b) decadenza accertativa: trova il suo presupposto nel sopravvenuto venir meno di uno dei requisiti di idoneità, richiesti sia per la costituzione che per la prosecuzione del rapporto. Non sempre richiede una previa contestazione, perché il venir meno dei requisiti può anche derivare da un fatto incolpevole ed implica un accertamento di carattere obiettivo».

33 La dottrina sull'autotutela privatistica è vastissima. Tra i contributi più rilevanti per ampiezza di trattazione si v. C. M. BIANCA, *Autotutela (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2000; A. RAPPAZZO, *L'autotutela della parte nel contratto*, Padova, 1999; L. MEZZANOTTE, *Il diritto di ritenzione. Dall'autotutela alla pena privata*, Napoli, 1995; L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: II) diritto civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988; A. DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983; L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, vol. II, Milano, 1974; E. BETTI, *Autotutela* (voce), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959.

34 Approvato con la delibera ARERA 5 maggio 2020, 155/2020/R/efr.

conseguenza dei provvedimenti adottati dal GSE in presenza di violazioni rilevanti<sup>35</sup>, la disposizione contrattuale prevede specifiche ipotesi di risoluzione (obbligatoria e facoltativa) determinate dalla sopravvenienza di fatti, stati o condizioni che incidono sulla stabilità del rapporto contrattuale: ad esempio, «qualora l'Operatore incorra nei divieti e nelle scadenze previsti dalla vigente disciplina antimafia», «qualora, a seguito di un proprio procedimento, il GSE accerti il venir meno di una delle condizioni previste per il riconoscimento degli incentivi di cui alla normativa di riferimento e/o una delle condizioni previste per l'ammissione ai regimi di ritiro dell'energia», «nel caso d'inadempienza degli obblighi previsti dal presente Contratto», «qualora si verificano variazioni rispetto a quanto dichiarato in fase di richiesta di ammissione al meccanismo di incentivazione e/o di ritiro dell'energia elettrica», «qualora, a seguito di un proprio procedimento, il GSE accerti variazioni in ordine ai requisiti oggettivi o soggettivi, nonché concessionari/autorizzativi, sulla base dei quali l'impianto è stato ammesso al meccanismo incentivante e/o di ritiro dell'energia»<sup>36</sup>. La sussistenza di una delle predette ipotesi, dunque, rileva quale elemento direttamente incidente sul rapporto negoziale in corso e l'atto con cui il GSE dispone la risoluzione non è espressione di potere amministrativo, ma di potestà privatistica<sup>37</sup>, con le connesse conseguenze<sup>38</sup> quanto agli elementi essenziali dell'atto e del procedimento di formazione, non trovando applicazione le specifiche

35 Tra queste, il caso in cui le Amministrazioni e le Autorità competenti adottino provvedimenti che incidano sulla disponibilità e/o sulla funzionalità e/o sulla produttività dell'impianto/sito e/o sull'idoneità degli interventi realizzati, nonché sull'efficacia e sulla validità dei titoli rilasciati; qualora l'attività di verifica documentale o mediante sopralluogo, ai sensi della normativa di riferimento, si sia conclusa con esito negativo.

36 L'art. 13, sul punto, prevede che «in alternativa alla risoluzione, per variazioni di lieve entità e al di fuori dei casi rilevanti ai sensi della disciplina di settore, il GSE si riserva di modificare il valore dei corrispettivi riconosciuti nonché, ove le condizioni per il riconoscimento degli stessi siano ripristinate, di non corrispondere gli incentivi per un periodo pari a quello in cui è perdurata la variazione di lieve entità».

37 In argomento, è utile richiamare l'orientamento giurisprudenziale, ormai consolidato, formatosi con riferimento alla erogazione di sovvenzioni pubbliche, secondo cui «nel caso della revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche non viene in rilievo il generale potere di autotutela pubblicistica, fondato sul riesame della legittimità o dell'opportunità dell'iniziale provvedimento di attribuzione del contributo e sulla valutazione dell'interesse pubblico, ma lo speciale potere di autotutela privatistica dell'Amministrazione, con il quale, nell'ambito di un rapporto ormai paritetico, l'Amministrazione fa valere le conseguenze derivanti dall'inadempimento del privato alle obbligazioni assunte per ottenere la sovvenzione» (TAR Veneto, Sez. III, 27 novembre 2017, n. 1087) e «la revoca di una pubblica sovvenzione, ove disposta per l'inadempimento del beneficiario agli obblighi imposti dalla legge o dal provvedimento ed intervenga nella fase esecutiva del rapporto concessorio, va inquadrata nell'ambito dei poteri di autotutela privatistica dell'Amministrazione e trova ragione non in una rinnovata ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato, ma nell'asserito inadempimento degli obblighi imposti al beneficiario e nella verifica dei presupposti di esigibilità del credito» (TAR Campobasso, Sez. I, 23 maggio 2017, n. 189).

38 Invero, l'argomento è stato principalmente affrontato al fine di individuare la situazione giuridica soggettiva del privato nei cui confronti l'atto viene adottato e, dunque, radicare la giurisdizione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen, n. 13/2013 e 6/2014). Il tema, però, nel caso che ci occupa è irrilevante atteso che l'art. 133 lettera o) c.p.a. devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia «concernente la produzione di energia», nel cui alveo rientra è «anche le controversie relative agli incentivi (e più in generale i regimi di sostegno) alla produzione da fonti rinnovabili, stante le notorie finalità dell'intervento pubblico nel settore e il nesso di strumentalità sussistente tra questo e gli inerenti obblighi di matrice europea e internazionale» (Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, 2 novembre 2015, n. 12339).

disposizioni di cui alla l. n. 241/1990 sulla partecipazione procedimentale e sulla motivazione del provvedimento<sup>39</sup>, nonché ai suoi effetti, che saranno *ex nunc*<sup>40</sup>.

La proposta ricostruzione, dunque, individua quale elemento rilevante ai fini della qualificazione del potere, di volta in volta, esercitato dal GSE non già l'attività di verifica e di controllo, che è un mero strumento, ma la difformità che a seguito della stessa emerge e nei confronti della quale il GSE interviene, con i meccanismi pubblicistici o privatistici, a seconda delle circostanze concrete. Tale ipotesi ricostruttiva, lungi dall'aver una mera finalità dogmatica, assume un concreto rilievo pratico laddove venga utilizzata quale chiave di lettura dell'art. 42 d.lgs. n. 28/2011.

## **5. Il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 introdotto dal d.l. Semplificazioni: il rilievo dell'illegittimità del provvedimento originario.**

Come anticipato, il d.l. Semplificazioni ha introdotto all'art. 42, comma 3, primo cpv., il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, subordinando l'adozione del provvedimento di decadenza alla sussistenza dei presupposti ivi previsti. Al fine di meglio comprendere la portata della novella e le sue conseguenze sul piano dogmatico e applicativo, si ritiene utile ripercorrere, seppur brevemente, le modifiche che hanno interessato il comma 3 dell'art. 42, cit. e la sottesa rimodulazione dello spettro di interventi riconosciuto al GSE. La versione originaria della norma prevedeva unicamente che nel caso di violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE disponesse il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate. In applicazione di tale disposizione, quindi, il ridetto d.m. 31 gennaio 2014 ha individuato un elenco di violazioni rilevanti, precisando altresì che, anche al di fuori delle ipotesi indicate, il GSE, laddove rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate. In

---

39 Non essendo espressione di potere amministrativo non sono applicabili le disposizioni specifiche in punto di garanzie partecipative e di motivazione di cui alla l. n. 241/1990.

40 L'art. 1458 c.c. prevede che «la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite». In argomento, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che l'atto di ripudio unilaterale del rapporto disposto dalla p.a. è espressione di autotutela privatistica, ed è sostanzialmente riconducibile alla fattispecie civilistica della clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), di quest'ultima condividendone la struttura (clausola attributiva di un potere negoziale di risoluzione del rapporto), i presupposti (il grave inadempimento della controparte), il concreto modo di operare (atto unilaterale di parte), nonché la natura soltanto eventuale della parentesi giudiziaria, che è onere del preteso inadempiente attivare (cfr. Cons. Stato, n. 7136/19).

sostanza, qualsiasi violazione rilevante – di qualsiasi gravità e intensità – avrebbe comportato la decadenza dell’incentivo con effetti *ex tunc*, determinando, dunque, il contestuale recupero delle somme già erogate.

Successivamente, alla richiamata disposizione è stato aggiunto un ulteriore capoverso - a opera dell’art. 1, comma 960, lettera a), l. n. 205/2017 – a tenore del quale, «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 GSE dispone la decurtazione dell’incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l’80 per cento (percentuali ridotte dall’art. 13-*bis*, comma 1, lettera a), d.l. n. 101/2019, rispettivamente, al 10 e 50) in ragione dell’entità della violazione. Tali violazioni avrebbero dovuto essere individuate da un apposito decreto ministeriale, allo stato, non adottato.

Le modifiche apportate nel 2017/2019, dunque, hanno introdotto un sistema “modulare” di contestazioni nei confronti delle violazioni rilevanti, distinguendole, di fatto, in *gravi*, per le quali il GSE avrebbe disposto la decadenza integrale e *lievi*, per le quali il GSE avrebbe disposto la decurtazione (dal 10% al 50%) in ragione dell’entità della violazione medesima<sup>41</sup>. Nonostante il chiaro intento del Legislatore di attenuare l’eccessivo rigore delle originarie misure demandate al GSE, introducendo meccanismi maggiormente rispondenti ai principi di proporzionalità e adeguatezza, la concreta portata applicativa di tali disposizioni è stata compromessa dalla mancata adozione del decreto ministeriale che, in sostituzione dell’attuale d.m. 31 gennaio 2014, avrebbe dovuto distinguere le violazioni lievi da quelle gravi e, quindi, le ipotesi comportanti la decurtazione da quelle determinanti l’integrale decadenza. Infatti, sebbene la giurisprudenza amministrativa abbia inizialmente ritenuto la previsione applicabile anche in mancanza dell’adozione del decreto ministeriale, dovendo la valutazione della gravità essere affidata caso per caso al GSE<sup>42</sup>, di recente si è assistito a una dequotazione della concreta rilevanza della disposizione in parola, ammettendo che il GSE disponga la decadenza dell’incentivo,

<sup>41</sup> Come osservato da Corte cost. n. 237/2020, cit. «nel sistema attuale non tutte le violazioni, sebbene rilevanti, determinano l'impossibilità di accedere agli incentivi ovvero la decadenza dagli stessi, ma soltanto quelle connotate da maggiore gravità».

<sup>42</sup> Si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-*ter*, ord. 17 luglio 2020, n. 4843; id., ord. 7 febbraio 2020, n. 745; id., 30 luglio 2019, n. 10129, secondo cui « non può, in proposito, ritenersi – come sostenuto dal Gestore – che la disposizione ricordata non abbia natura immediatamente applicabile, in mancanza del decreto ministeriale previsto dall’art. 42, comma 5, lett. c-*bis* (secondo cui il GSE fornisce al Ministero dello Sviluppo Economico “gli elementi per la definizione di una disciplina organica dei controlli che, in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità, stabilisca [...] le violazioni che danno luogo a decurtazione dell’incentivo ai sensi dell’ultimo periodo del comma 3”). La formulazione dell’art. 42, comma 3, è invero chiara nell’imporre al Gestore le suddette valutazioni “in deroga”, pur a prescindere dalle indicazioni ministeriali; la norma, infatti, non condiziona affatto l’applicazione della deroga all’adozione del decreto ministeriale il quale, dal canto suo, è previsto solo dalla successiva (e diversa) norma contenuta nella lettera c-*bis*) del comma 5. Del resto, a ragionar diversamente, si finirebbe per avallare la possibilità (come, plasticamente, avverrebbe nella fattispecie oggi *sub iudice*) per cui la volontà espressa dal legislatore di ammettere una deroga al potere amministrativo di decadenza possa rimanere “congelata”, a tempo indefinito, dall’inerzia del Ministero, con una sorta di comportamento “abrogante” posto in essere dal potere esecutivo avente l’effetto di porre nel nulla la norma primaria di favore, in palese stravolgimento del sistema costituzionale delle fonti».

salvo poi riservarsi di revocare il provvedimento laddove la violazione contestata venisse inclusa tra le violazioni lievi dall'adottando decreto ministeriale<sup>43</sup>.

In questo contesto di richiamata progressiva attenuazione della rigidità normativa, il d.l. Semplificazioni ha subordinato la possibilità di disporre la decadenza integrale dell'incentivo (nonché l'annullamento dei titoli di efficienza energetica) alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990. Superando definitivamente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario sopra richiamato (si v. par. 2), il Legislatore ha, dunque, ricondotto il potere attribuito al GSE dal primo capoverso del comma 3 all'alveo dell'autotutela amministrativa (in specie di annullamento d'ufficio) non assumendo alcun ostativo rilievo la circostanza che la norma continui a fare riferimento alla *decadenza*, dovendosi valorizzare unicamente i profili sostanziali e, quindi, l'esplicito richiamo ai presupposti dell'annullamento d'ufficio<sup>44</sup>. In sintesi, ai sensi del comma 3, primo cpv., il GSE può disporre la decadenza dell'incentivo (*rectius* annullare d'ufficio il provvedimento di attribuzione del beneficio) nel rispetto dei presupposti posti dall'art. 21-*nonies*, cit., ossia (i) l'accertata illegittimità del provvedimento originario, (ii) la sussistenza di ragioni di

43 Si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-*ter*, 29 dicembre 2020, n. 14087; id. ord. 17 luglio 2020, n. 4828; id. ord. 18 giugno 2020, n. 4371; id. ord. 25 maggio 2020, n. 4020; Cons. Stato, Sez. IV, ord. 8 maggio 2020, n. 2488, secondo cui «il Gestore, nell'evidenziare che le violazioni accertate, allo stato, devono ritenersi tali da comportare la decadenza del diritto agli incentivi, si è correttamente riservato, una volta che sarà adottato il decreto di cui all'art. 42, comma 5, lett. c-bis), del d.lgs. n. 28 del 2011, la possibilità di revocare l'atto con contestuale adozione di un provvedimento di decurtazione dell'incentivo». Sebbene l'approfondimento di tali profili esulino dall'economia del presente lavoro, non si può tacere come tali misure finiscano per addossare sull'operatore le incertezze derivanti dalla colpevole mancata adozione del decreto ministeriale, fatto certamente non imputabile al privato. Al fine di mitigare le conseguenze deteriori che un tale assetto determina in capo ai privati, si ritiene che tale potere di revoca debba perdere gli ordinari caratteri dell'autotutela amministrativa (e segnatamente la discrezionalità nell'*an*) ed essere qualificato quale potere ad avvio obbligatorio a fronte di una istanza proposta dal privato. Sulla individuazione delle ipotesi di revoca ad avvio obbligatorio, si rinvia a G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. 315 ss.

44 Sui criteri di qualificazione di un provvedimento amministrativo, si v. Cons. Stato, ad. plen., 23 gennaio 2003, n. 3, secondo cui «un atto amministrativo non va qualificato in base alla definizione datane dall'autorità amministrativa che lo ha emanato, ma in relazione al suo effettivo contenuto», in *Foro it.*, 2006, 7, con nota di richiami di G. SIGISMONDI. In termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 12 novembre 2007, n. 2876, che ha chiarito come «la qualificazione come revoca di un provvedimento di autotutela motivato in relazione non già alla inopportunità, ma alla illegittimità, configura una imprecisione emendabile e non invalidante»; TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 10 agosto 2010, n. 2098; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244. In dottrina, sull'attività di interpretazione del provvedimento amministrativo, si v. P. M. VIPIANA, V. CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova, 2012, 106, secondo cui «gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal *nomen iuris* adottato ai fini dell'inquadramento degli stessi all'interno delle tradizionali categorie dell'annullamento, che opera per vizi di legittimità, con effetto *ex tunc*, e della revoca, in presenza di vizi di merito, che opera *ex nunc*»; M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 197 ss.; G. MELE, *Interpretazione dei contratti e interpretazione degli atti amministrativi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1955, IV, 207 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Interpretazione giudiziaria degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 175 ss. Sugli elementi distintivi, anche ai fini della qualificazione, tra revoca e annullamento si v. G. PIPERATA, *Il ritiro del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca (Nota a Cons. Stato sez. VI 14 gennaio 2009, n. 136)*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 1191.

interesse pubblico, adeguatamente motivate e bilanciate con i contrapposti interessi privati e (iii) il rispetto di un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dall'adozione del provvedimento annullando. Mentre i presupposti di cui ai ptt. (ii) e (iii) rappresentano una (possibile) limitazione del potere a *valle*, il riferimento all'illegittimità dell'originario provvedimento costituisce una significativa rimodulazione a *monte* dell'ampiezza dei poteri attribuiti al GSE, meglio circoscrivendo (e limitando) le ipotesi in cui il GSE può disporre l'integrale decadenza degli incentivi e distinguendole da quelle in cui il potere del GSE consiste nella decurtazione (che si sostanzia in una forma di decadenza parziale). La norma, infatti, nell'attuale formulazione, ha l'effetto di circoscrivere le violazioni rilevanti che possono comportare l'integrale decadenza dell'incentivo unicamente a quelle collegate a una erronea originaria valutazione dei presupposti (soggettivi e oggettivi) per l'accesso all'incentivo, determinando tali violazioni l'originaria illegittimità del provvedimento attributivo. Le ulteriori violazioni rilevanti - ad esempio, quelle indicate nell'elenco di cui al d.m. 31 gennaio 2014 alle lett. c)<sup>45</sup>, d)<sup>46</sup>, e)<sup>47</sup>, f)<sup>48</sup>, g)<sup>49</sup>, k)<sup>50</sup> - attenendo a fatti successivi all'adozione del provvedimento originario non possono comportare la decadenza dell'incentivo, ma rileveranno unicamente quali violazioni *lievi*, con la conseguente applicabilità del secondo capoverso del comma 3 e, dunque, del diverso potere di decadenza parziale (decurtazione).

Le richiamate considerazioni inducono, dunque, a ripensare il rapporto tra il primo e il secondo capoverso del comma 3. Inizialmente inteso quale rapporto derogatorio (del secondo capoverso rispetto al primo) fondato sulla identità del potere esercitato e dell'astratta sovrapponibilità delle violazioni rilevanti, esso ora non può che configurarsi come sistema unitario e articolato, individuando, al primo capoverso, i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e, al secondo capoverso, i diversi presupposti per l'esercizio del potere di decadenza amministrativa *parziale*. In altre parole, la distinzione tra decadenza integrale e decadenza parziale (decurtazione) non trova più fondamento nel binomio gravità-lievità della violazione rilevante, ma nell'esercizio di poteri diversi e, rispettivamente, dell'annullamento d'ufficio e della decadenza amministrativa.

Da tale ricostruzione conseguono due ulteriori profili di consistente rilievo applicativo. In primo luogo, viene a determinarsi una consistente limitazione della discrezionalità nell'individuazione delle violazioni rilevanti da parte del decreto

45 «inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo».

46 «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».

47 «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».

48 «manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata».

49 «alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata».

50 «utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE».

ministeriale adottando ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 42, cit. E, infatti, le violazioni rilevanti che possono determinare l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (con la conseguente *integrale* decadenza dall'incentivo e contestuale *recupero* delle somme già erogate), prima individuabili con un più ampio spettro, comprendendo anche violazioni attinenti alla fase di gestione dell'impianto o comunque a comportamenti tenuti dal beneficiario successivamente all'accesso agli incentivi, a seguito della novella in commento sono unicamente circoscrivibili a quelle relative all'originaria carenza dei requisiti di accesso al beneficio. Solo tali profili, infatti, determinano l'originaria illegittimità del provvedimento amministrativo di concessione e, quindi, giustificano l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio previsto dal primo capoverso del comma 3.

In secondo luogo, la ontologica differenza tra il potere di annullamento d'ufficio e quello di decadenza amministrativa non consente di applicare al secondo, neanche parzialmente, i presupposti e la disciplina posta al primo capoverso, determinandosi diversamente operando una non consentita contaminazione delle norme attributive di distinti poteri amministrativi. Tale considerazione comporta l'impermeabilità delle due disposizioni (originariamente astrattamente consentita dalla circostanza che esse prevedevano un omologo potere), con la conseguenza che la decadenza amministrativa *parziale*, da un lato, non sarà soggetta al rispetto di nessuno dei presupposti previsti dall'art. 21-*nonies* cit. e, dall'altro, non determina l'integrale recupero delle somme erogate in eccesso, dal momento che tale previsione è unicamente contenuta al primo capoverso, né il secondo capoverso ne dispone espressamente l'efficacia *ex tunc*<sup>51</sup>.

## **6. L'interesse pubblico e il termine per l'annullamento d'ufficio del provvedimento di erogazione degli incentivi: profili critici.**

Come anticipato, il riferimento all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 operato dal comma 3, primo capoverso, dell'art. 42 d.l.gs. n. 28/2011 determina che il GSE dovrà tenere conto dei presupposti ivi previsti allorché disponga l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti con cui sono stati concessi incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili e dei provvedimenti di riconoscimento dei titoli di efficienza energetica. I provvedimenti caducatori, dunque dovranno, da un lato, contenere un'adeguata motivazione circa la rilevanza delle ragioni di interesse pubblico concreto e attuale, in bilanciamento con i contrapposti interessi privati, e, dall'altro, essere adottati entro un termine ragionevole, comunque, non superiore a diciotto

---

<sup>51</sup> Sull'efficacia *ex nunc* del provvedimento di decadenza, cfr. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, spec. 190.

mesi dall'adozione del provvedimento annullando. Queste generali coordinate devono però essere ora analizzate con riferimento alla specifica materia degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, anche al fine di valutare la concreta portata innovativa della novella in termini di riduzione dei confini di esercizio del potere caducatorio e, in definitiva, l'effettivo perseguimento dell'obiettivo di garantire una maggiore stabilità ai sottesi rapporti.

### **6.1. Le ragioni di interesse pubblico e il bilanciamento con gli interessi dei privati.**

Sulla consistenza delle ragioni di interesse pubblico su cui il provvedimento di secondo grado deve trovare fondamento è pacifico l'orientamento secondo cui queste non possono coincidere con il mero ripristino della legalità, dovendo assumere una propria e autonoma consistenza<sup>52</sup>. In altre parole, quandanche un provvedimento

<sup>52</sup> Le pronunce giurisprudenziali di questo tenore sono molteplici: in questa sede ci si limita a segnalare, tra le più chiare, TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 5 dicembre 2019, n. 1926; TAR Lazio, Roma, sez. II, 27 novembre 2009, n. 11946; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 20 settembre 2004, n. 6512, secondo cui «l'esercizio del potere di autotutela richiede la valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico concreto all'annullamento, non identificabile nel mero ripristino della legalità violata, e la sua comparazione con gli interessi privati sacrificati»; Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2002, n. 4756, che ha affermato che «è illegittimo un provvedimento di annullamento d'ufficio nel quale non sono state indicate le ragioni attuali e specifiche di interesse pubblico che, unitamente all'esigenza di ripristino della legalità violata, devono sorreggere l'esercizio del potere di autotutela»; TAR Lazio, Roma, sez. II, 3 gennaio 1989, n. 13; Cons. Stato, sez. IV, 4 agosto 1988, n. 684; Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 1987, n. 40; TAR Lazio, Roma, sez. II, 30 settembre 1986, n. 1956; Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 1986, n. 470; Cons. Stato, sez. IV, 11 luglio 1985, n. 278, secondo cui «È illegittimo l'annullamento in sede di autotutela di un provvedimento, per il quale sia già scaduto il termine di impugnativa, che sia giustificato solo dall'esigenza astratta del ripristino di una situazione di legalità e non anche da un interesse pubblico attuale e concreto»; TAR Molise, 29 novembre 1984, n. 273. Di segno opposto, seppur relativamente a specifiche fattispecie, si segnalano: Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 2 marzo 1990, n. 45, secondo cui «per l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo non occorre un interesse pubblico diverso da quello del ripristino della legalità, allorché non si sia ancora consolidata alcuna situazione giuridica negli interessati»; Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 1989, n. 1312, secondo cui « si può prescindere dalla motivazione sull'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo (diverso dal ripristino della legalità) soltanto se il provvedimento di autotutela non incide o non abbia inciso negativamente su posizioni consolidate per decorso del tempo; altrimenti è necessaria ed indispensabile la valutazione e l'esistenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale, da compararsi con quello da sacrificarsi del destinatario interessato, che negli effetti dell'originario provvedimento aveva fatto affidamento, sussistendo l'obbligo della relativa motivazione anche laddove l'annullamento d'ufficio, pur sempre discrezionale, riguardi atti vincolati »; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 1987, n. 83; TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 ottobre 1985, n. 537, secondo cui « una motivazione sullo specifico interesse pubblico da tutelare è richiesta quando, a causa del decorso del tempo, vi siano interessi consolidati che vengano lesi dal provvedimento di autotutela: pertanto, quando questo segue immediatamente il provvedimento illegittimo, il ripristino della legalità violata è sufficiente a giustificare l'esercizio dei poteri di autotutela »; Cons. Stato, sez. VI, 16 luglio 1983, n. 591, secondo cui « in materia di annullamento d'ufficio, il principio secondo cui per l'esercizio di quel potere, al di là della estrinseca violazione di legge perpetrata dall'originario provvedimento, è indispensabile la valutazione attuale che l'amministrazione faccia del miglior modo di realizzare i fini ad essa assegnati dall'ordinamento, soffre deroga solo quando l'attuale vigenza del provvedimento illegittimo consenta il prodursi di nuovi effetti contra ius, non essendo logicamente concepibile che attraverso l'uso di potestà discrezionali l'amministrazione possa autorizzare il protrarsi di situazioni o rapporti, non soltanto viziati nel loro momento genetico, ma di per sé contrastanti con l'ordinamento vigente»; Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 1984, n. 707, che ha stabilito che «il provvedimento di annullamento d'ufficio

amministrativo fosse illegittimo, l'Amministrazione potrebbe disporre l'annullamento se tale decisione, tenuto conto dei contrapposti interessi privati, fosse conforme al perseguimento di specifiche e motivate ragioni di interesse pubblico.

Su tale principale tracciato ermeneutico, tuttavia, la giurisprudenza ha isolato alcune ipotesi in cui l'interesse pubblico all'annullamento dovrebbe considerarsi *in re ipsa*, senza la necessità di compiere ulteriori indagini e valutazioni sulla sussistenza di specifici profili di interesse pubblico e senza che l'eventuale interesse privato possa avere alcuna rilevanza, con ciò inducendo la dottrina a qualificarlo come annullamento doveroso nel *quid*<sup>53</sup>. Venendo a quanto più direttamente riguarda la presente indagine, tra le ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa* sono tradizionalmente ricondotte le situazioni caratterizzate da esborsi di danaro pubblico rispetto alle quali la giurisprudenza ha chiarito che «l'esercizio dell'autotutela nel caso di provvedimenti che comportino un esborso illegittimo di denaro pubblico non necessita né di particolare motivazione né di particolare ponderazione rispetto alla sussistenza e prevalenza dell'interesse pubblico, che è *in re ipsa* e sul quale il trascorrere del tempo non ha efficacia riduttiva»<sup>54</sup>. Prendendo abbrivio da tale impostazione, proprio con riferimento all'annullamento dei provvedimenti di erogazione degli incentivi pubblici per la realizzazione di impianti alimentati da energia rinnovabile, è stato precisato che «anche nelle ipotesi in cui può correttamente parlarsi di autotutela esercitata ai sensi dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990, l'esigenza di evitare un indebito esborso di denaro pubblico costituisce ragione di pubblico interesse sufficiente per l'adozione del provvedimento di annullamento, né può configurarsi un affidamento meritevole di giuridica tutela»<sup>55</sup>. Da queste considerazioni, dunque, risulta chiaro come la rilevanza astratta del presupposto in parola rischi di affievolirsi nella concreta applicazione alla materia degli incentivi pubblici, essendo questa ontologicamente caratterizzata dall'erogazione di consistenti somme di denaro, il cui recupero assumerebbe pertanto sempre preminente rilievo satisfattivo di ogni ulteriore ragione a supporto del provvedimento caducatorio. Né tali conseguenze potrebbero essere superate accedendo all'orientamento giurisprudenziale che, cercando di circoscrivere la portata del principio in parola, ne ha limitato l'applicazione unicamente alle ipotesi in cui l'erogazione del beneficio sia ancora in corso, sul presupposto che «in tal caso l'interesse pubblico può dirsi (non solo concreto, in quanto effettivamente sussistente,

---

di un precedente atto non necessita che sia motivato in relazione all'interesse pubblico specifico ed attuale quando il nuovo intervento dell'amministrazione soddisfa legittimamente l'interesse del privato senza sacrificarne altri».

53 Sul tema si v. a M. ALLENA, *op. cit.*, spec. 122 ss., ove ampi richiami di dottrina e giurisprudenza fino al 2018.

54 Cons. Stato, Sez. II, 2 marzo 2020, n. 1468. In questo senso, *ex multis*, recentemente, Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2020, n. 717; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 5 settembre 2019, n. 10763; TAR L'Aquila, Sez. I, 9 febbraio 2018, n. 53, secondo cui «l'esigenza di evitare detto esborso non solo non richiede un'espressa motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico specifico, ma non richiede nemmeno la valutazione delle posizioni della ricorrente».

55 TAR Lazio, Roma, Sez. III, 3 febbraio 2017, n. 1812.

in relazione alla vicenda incisa e, come tale, distinto dal mero e solo concorrente interesse al ripristino della violata legalità, ma anche, come è necessario) attuale, nella segnata e specifica accezione di perdurante (che ne evoca una delle possibili accezioni sul piano della rilevanza temporale)»<sup>56</sup>. E ciò perché gli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili sono erogati nell'ambito di uno spettro temporale particolarmente lungo, che arriva fino al ventennio, e che i controlli del GSE si concentrano proprio nel corso dell'erogazione degli incentivi<sup>57</sup>.

I cennati rischi di sostanziale svuotamento del presupposto normativo potrebbero essere superati mediante una rimeditazione del confine delle ragioni di interesse pubblico su cui il provvedimento di annullamento deve trovare fondamento. Tale analisi non può che prendere abbrivio da una corretta individuazione della norma attributiva del potere di annullamento d'ufficio, essendo opinione diffusa che questa deve individuare, anche implicitamente, l'interesse pubblico per il cui raggiungimento il potere amministrativo è attribuito<sup>58</sup>. Invero, la questione troverebbe un'immediata soluzione se si accedesse alla tesi secondo cui il potere di riesame sarebbe esercitato nel perseguimento di interessi che non sono individuabili *ex ante* ma che spetta all'amministrazione circoscrivere di volta in volta, ponendoli a fondamento del provvedimento di riesame<sup>59</sup>. Tuttavia, siffatta teorica, se ha l'innegabile pregio di risolvere la questione relativa all'esatta individuazione delle ragioni sottese al potere di riesame, si porrebbe in contrasto con i principi di legalità e tipicità, nonché di tutela della posizione dei privati. Così opinando, infatti, si finirebbe per configurare l'annullamento d'ufficio non già come potere, ma alla stregua di un privilegio di cui sarebbe investita la pubblica amministrazione che non troverebbe fondamento, giustificazione né limite nella cura di un particolare e individuato interesse pubblico<sup>60</sup>. Lo stretto collegamento funzionale tra il provvedimento di primo grado e quello di secondo grado<sup>61</sup> induce a ritenere che la norma attributiva del potere di disporre l'annullamento d'ufficio è rappresentata dal

<sup>56</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5496.

<sup>57</sup> Sul punto, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 4 marzo 2019, n. 2877, secondo cui «l'art. 42 del d.lgs. n. 28/2011 conferisce un potere immanente di verifica della spettanza dei benefici previsti per la produzione di energia elettrica; poteri la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso, non essendo previsto alcun termine decadenziale al riguardo».

<sup>58</sup> Cfr. F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, I, 243 ss., spec. 245, in cui l'A. rileva che la individuazione dell'interesse pubblico non può che essere effettuata dal legislatore e non anche dall'amministrazione, atteso che, diversamente opinando, «si lascerebbe arbitra la pubblica amministrazione di scegliere a proprio insindacabile bene placido l'ambito dei propri poteri di ingerenza».

<sup>59</sup> Si v. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo - Parte generale*, Padova, 1987, 150, secondo cui «se un interesse deve essere soddisfatto questo non può essere semplicemente quello perseguito dall'atto oggetto dell'autotutela, ma quello diverso e appunto attuale che muove l'Amministrazione all'esercizio della stessa».

<sup>60</sup> Cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 68.

<sup>61</sup> Sul fondamento del potere di secondo grado, sulla natura dello stesso e sulla individuazione dell'interesse pubblico rilevante, sia consentito rinviare a G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 81 ss.

combinato disposto dell'art. 21-*nonies* cit. con la norma attributiva del potere di primo grado, messe in necessario collegamento attraverso i principi di efficacia, buon andamento e funzionalizzazione. Ne consegue, a ben vedere, che vi è una convergenza funzionale tra l'interesse sotteso al provvedimento di secondo grado e quello di cui il provvedimento annullando era espressione, al punto che «l'interesse dell'amministrazione [all'annullamento] deve coincidere con l'interesse per il cui soddisfacimento era o doveva essere preordinato l'atto colpito dall'annullamento»<sup>62</sup>.

Orbene, declinando tali considerazioni alla materia che qui è in esame, non può trascurarsi come l'interesse pubblico sotteso all'erogazione degli incentivi sia rappresentato dallo sviluppo degli impianti alimentati da fonti rinnovabili<sup>63</sup>, significativamente qualificati come *opere di pubblica utilità*<sup>64</sup>. La tariffa incentivante, del resto, non si atteggia a incentivo pubblico a fondo perduto, dal momento che il beneficiario della stessa, proprio attraverso la realizzazione e l'esercizio dell'impianto di produzione energetica da fonte rinnovabile, esercita un'attività di interesse pubblico. La proposta riparametrazione delle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento d'ufficio e, segnatamente, il perdurante collegamento con l'interesse pubblico sotteso all'erogazione degli incentivi consente di prendere le distanze dall'orientamento giurisprudenziale che vede nel risparmio delle risorse pubbliche una imperitura e immantinente ragione a supporto del provvedimento di secondo grado. Per quanto qui argomentato, ai fini dell'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio, il GSE dovrà dunque valutare non già il mero rilievo economico del recupero delle somme erogate e da erogare, ma il perdurante perseguimento dell'interesse pubblico rappresentato, come detto, dalla produzione di energia da fonte rinnovabile. Solo seguendo questa prospettiva sarebbe possibile garantire effettivamente una maggiore stabilità ai provvedimenti di riconoscimento degli incentivi, consentendo un adeguato bilanciamento tra le esigenze del privato (che ha già realizzato l'investimento) e l'interesse pubblico (alla produzione di energia da fonti rinnovabili) e privilegiando un approccio sostanzialistico. Su tale ultimo aspetto, infatti, l'annullamento d'ufficio potrà essere disposto dal GSE allorché l'illegittimità del provvedimento originario si accompagni a una contestuale frustrazione delle ridette esigenze pubblicistiche, come sarebbe riscontrabile ove, ad esempio, l'impianto non fosse alimentato da fonti rinnovabili ovvero l'energia prodotta non fosse correttamente e interamente immessa in rete. Laddove invece la carenza originaria dei requisiti non determini il mancato perseguimento delle finalità di pubblico interesse non ci sarà spazio per operare un legittimo annullamento d'ufficio (ad esempio, se la carenza attiene al titolo

62 A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., Napoli, 1991, 134.

63 Si consideri, infatti, che la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra nonché la ricerca, promozione, sviluppo e la maggior utilizzazione possibile di fonti energetiche alternative a quelle fossili sulla base di tecniche avanzate compatibili con il rispetto dell'ambiente corrispondono a precisi impegni assunti dall'Italia in ambito europeo (cfr. direttiva n. 2009/28/C del 5 giugno 2009) ed internazionale (cfr. l. 1 giugno 2002 n. 120, con cui è stato ratificato il Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici).

64 Cfr. art. 12, primo comma, d.lgs. n. 387/2003.

edilizio/autorizzatorio con cui è stato realizzato l'impianto, se questo non sia stato annullato o revocato dalla competente autorità)<sup>65</sup>.

## 6.2. Il termine per l'annullamento d'ufficio.

Il presupposto certamente più rilevante ai fini di una maggiore garanzia sulla stabilità dei provvedimenti amministrativi è rappresentato dalla circostanza che l'annullamento d'ufficio può essere adottato entro un *termine ragionevole* comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, nel cui alveo è riconducibile il provvedimento di attribuzione degli incentivi<sup>66</sup>. Sugli effetti dello spirare di questo termine, pur non mancando pronunce giurisprudenziali che hanno confermato la possibilità di adottare comunque il provvedimento di annullamento tardivamente, salvo un onere motivazionale rafforzato<sup>67</sup>, sembra essersi consolidato l'orientamento circa la sua perentorietà, determinando il suo superamento l'illegittimità del provvedimento<sup>68</sup>. Tuttavia, sul presupposto che non è meritevole di tutela

65 Sulla rilevanza dell'interesse pubblico nell'accezione proposta di produzione di energia da fonte rinnovabile, si v. Cons. Stato n. 5609/2014, cit., che sottolinea come la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili corrisponda a finalità di interesse pubblico che, unitamente agli interessi del privato, devono essere adeguatamente ponderate dal GSE nella adozione dei provvedimenti di secondo grado.

66 Tale previsione era in linea con le indicazioni europee che pur richiedendo il necessario rispetto di termini di annullamento ragionevoli, non ne fissavano la concreta portata. In questo senso, si v. Corte di Giustizia, 12 luglio 1957, cause riun. 7/56, 3/57, 7/57, Algera Dineke, e altri c. Alta Autorità in Racc. 1957, 81 ss., punto III; Tribunale di primo grado, sez. II, 12 settembre 2007, cause T-25/04, González y Díez, SA c. Commissione; Tribunale di primo grado, sez. I ampliata, 16 ottobre 1996, causa T-336/94, Efisol SA c. Commissione, secondo cui «Il Tribunale ricorda inoltre che la Corte ha precisato nella sua giurisprudenza che, se l'atto idoneo a fondare il legittimo affidamento è revocato dall'amministrazione entro un termine ragionevole, il sorgere del legittimo affidamento non può essere accertato (cfr. ex multis Corte di Giustizia, 26 febbraio 1987, causa 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commissione, Racc. pag. 1005, punti 12-17) ». Sulla determinazione della ragionevolezza del termine cfr. Tribunale della funzione pubblica, sez. II, 11 settembre 2008, causa F-51/07, Philippe Bui Van c. Commissione, secondo cui «da una giurisprudenza costante risulta che la revoca di un atto amministrativo illegittimo deve avvenire entro un termine ragionevole. [...] Per quanto riguarda la revoca di un atto amministrativo, dalla giurisprudenza discende che la ragionevolezza del termine di revoca deve essere valutata in funzione delle circostanze proprie di ciascuna causa e, in particolare, della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità della causa nonché del comportamento delle parti coinvolte». Nell'ottica di garantire una maggiore stabilità dei provvedimenti e più appagante tutela al legittimo affidamento dei privati, la l. n. 124/2015 ha modificato l'articolo, prevedendo il limite temporale dei diciotto mesi.

67 Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 settembre 2018 n. 5574; TAR Lazio, Roma, 13 febbraio 2018, n. 1695; Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2017 n. 3462.

68 Cfr. TAR Campania, Salerno, sez. II, 28 gennaio 2019, n. 199, secondo cui «è illegittimo l'annullamento in autotutela di un permesso di costruire oltre il termine di diciotto mesi previsto dall' art. 21 *nonies* l. n. 241/1990, a seguito della riforma operata dalla l. n. 124/2015; tale termine deve essere considerato come un astratto e generale termine *ne ultra quem*, decorso il quale non potrà essere legittimamente esercitato il potere di ritiro per vizi di legittimità»; TAR Liguria, Genova, Sez. I, 3 ottobre 2016, n. 970. In dottrina, cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur. It.*, 2015, spec. 2753, il quale tuttavia (a pag. 2754) manifesta rilievi critici sulla omessa previsione legislativa circa la perentorietà del termine.

l'affidamento del privato che abbia indotto in errore l'amministrazione<sup>69</sup>, il comma 2-bis stabilisce che i provvedimenti amministrativi «conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato»<sup>70</sup>, possono essere annullati anche oltre i diciotto mesi. La portata applicativa della disposizione è strettamente connessa al rilievo se l'inciso «per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato» vada riferito esclusivamente alle «dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci» ovvero anche alle «false rappresentazioni dei fatti». Infatti, laddove si accedesse alla seconda impostazione, la possibilità di superare i diciotto mesi sarebbe maggiormente circoscritta dalla necessità che anche le *false rappresentazioni dei fatti* siano oggetto di accertamento penale con sentenza passata in giudicato. Tale questione, la cui rilevanza è stata opportunamente segnalata dal Consiglio di Stato<sup>71</sup>, senza tuttavia ricevere adeguato componimento in sede legislativa, ha dato adito a un contrasto interpretativo. Sebbene non siano mancate posizioni difformi<sup>72</sup>, l'orientamento oggi prevalente è nel senso che il presupposto accertamento giudiziale in sede penale riguarda unicamente il caso delle dichiarazioni sostitutive, non estendendosi anche alle false rappresentazioni dei fatti<sup>73</sup>. Ne consegue che il superamento dei diciotto mesi è consentito sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerente i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; sia nel caso in cui l'acclarata erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso - non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva - si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco. Su questo crinale, peraltro, la giurisprudenza è giunta finanche ad equiparare la falsa

69 Per un'analisi critica del profilo circa la tutela del legittimo affidamento in relazione al comportamento tenuto dal privato, anche alla luce dei principi espressi da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017, si v. G. TROPEA, *Autotutela in edilizia: a piccoli passi verso la legalità*, in *Giur. It.*, 2020, spec. 652.

70 Così il comma 2-bis dell'art. 21-*nonies*, cit.

71 Il riferimento è al parere del Cons. Stato n. 839/2016, sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) e n. 1784/2016 sullo schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'art. 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

72 Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 16 gennaio 2019, n. 95.

73 Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6975; id., Sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 849; id., Sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940; id., Sez. IV, 8 novembre 2018, n. 6308.

rappresentazione alla erronea<sup>74</sup> od omessa<sup>75</sup> indicazione di rilevanti circostanze di fatto e di diritto<sup>76</sup>. È stata avvertita<sup>77</sup>, condivisibilmente, la preoccupazione che un siffatto approccio giunga a dare rilievo anche alla valutazione che di una circostanza di fatto o di diritto il privato possa avere compiuto, con la conseguenza che, per tale via, si giungerebbe a un sostanziale svuotamento della garanzia rappresentata dalla previsione del termine di esercizio del potere di annullamento.

A bene vedere, però, le garanzie di stabilità sottese alla novella, nella materia oggetto di interesse, rischiano di essere ulteriormente compromesse in ragione dei meccanismi propri che la caratterizzano e, in particolare, per l'uso diffuso delle dichiarazioni sostitutive. Giova prendere le mosse dall'art. 18 l. n. 241/1990, il cui comma 3-*bis*, introdotto dal d.l. Semplificazioni, ha previsto che nei procedimenti avviati su istanza di parte aventi ad oggetto l'erogazione di benefici economici i requisiti soggettivi e oggettivi richiesti dalla normativa di riferimento sono comprovati mediante dichiarazioni sostitutive ovvero la diretta acquisizione dei documenti da parte dell'amministrazione procedente. Come è stato osservato<sup>78</sup>, invero, le inefficienze dell'organizzazione amministrativa hanno determinato la sempre maggiore centralità delle autodichiarazioni, spostando così in capo al privato l'onere di ricostruire (e dichiarare) l'esistenza/inesistenza di situazioni di fatto o di diritto spesso attraverso la valutazione e l'interpretazione di un quadro normativo incerto. Il profilo è rilevante in considerazione delle conseguenze che il d.p.r. n. 445/2000 prevede laddove le rese dichiarazioni dovessero risultare *non veritiere*. Infatti, l'art. 75 d.p.r. cit. stabilisce che qualora «emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera». La portata afflittiva della disposizione è stata ulteriormente acuita a opera del d.l. n. 34/2020 che, aggiungendo il comma 1-*bis*, ha previsto che «la dichiarazione mendace comporta, altresì, la revoca degli eventuali benefici già erogati nonché il divieto di accesso a contributi, finanziamenti e agevolazioni per un periodo di 2 anni decorrenti da quando l'amministrazione ha adottato l'atto di decadenza». L'irrilevanza che la giurisprudenza ha attribuito all'elemento soggettivo<sup>79</sup> e all'accertamento penale della

<sup>74</sup> Si v. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 settembre 2018, n. 1604.

<sup>75</sup> Così TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 giugno 2020, n. 2441; Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374.

<sup>76</sup> Parla espressamente della «prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo» Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017.

<sup>77</sup> Sul punto, si v. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, cit., 188, la quale stigmatizza il rischio che tale approccio valorizzi «errori di valutazione e/o ricostruzione del quadro normativo e/o tecnico di riferimento».

<sup>78</sup> M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, cit., 183.

<sup>79</sup> *Ex multis*, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I *bis*, 23 luglio 2020, n. 8622. In argomento si consideri che il TAR Puglia, Lecce, ord. 17 settembre 2018, n. 1346 ha sollevato questione di illegittimità costituzionale che, tuttavia, con sentenza Corte cost. n. 199/2019 è stata dichiarata inammissibile.

falsità<sup>80</sup>, in uno con il carattere automatico e vincolato della decadenza<sup>81</sup> inducono a ritenere come la blanda protezione della stabilità del provvedimento (come risultante dalla richiamata lettura dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, fornita dalla giurisprudenza) si sposti sulla strutturale instabilità dei rapporti amministrativi fondati su presupposte dichiarazioni rese dal privato, laddove se ne dovesse accertare la non veridicità. Instabilità che, nella materia dell'erogazione degli incentivi pubblici, diventa particolarmente sensibile dal momento che gli atti assentivi si basano, prevalentemente, sulle autodichiarazioni della parte circa i requisiti soggettivi, le caratteristiche strutturali dell'impianto, la data di entrata in esercizio, la data di ultimazione dei lavori, etc. In sostanza, posto che l'erogazione degli incentivi viene assentita in ragione delle autodichiarazioni rese dalla parte l'eventuale accertamento dell'insussistenza di un requisito necessario per accedere al beneficio comporta la contestuale contestazione della non veridicità della dichiarazione e, dunque, la decadenza del beneficio ai sensi dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, la cui applicazione è significativamente «fatta salva» dal comma 2-*bis* l. n. 241/1990<sup>82</sup>. Il GSE, pertanto, nell'esercizio del potere di autotutela obbligatoria, adotterà il provvedimento di decadenza dal beneficio, non avendo alcuna concreta rilevanza le misure mitigative sottese alla novella qui in esame.

## 7. Considerazioni conclusive.

L'analisi qui condotta consente di rilevare come la soluzione legislativa, pur nel pregevole tentativo di circoscrivere i poteri del GSE mediante il richiamo ai presupposti dell'articolo 21-*nonies* l. n. 241/1990, non consenta di apprezzare un'effettiva maggiore tutela alla stabilità dei rapporti di incentivazione per l'erogazione di energia da fonti rinnovabili. La stabilità presuppone innanzitutto

80 Così T.A.R. Puglia Bari Sez. II, 03/07/2020, n. 968.

81 Ad esempio, cfr. Cons. Stato, Sez. III, 20 luglio 2020, n. 4634.

82 Sulla circostanza che il comma 2-*bis* fa salva l'applicazione dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000 e, quindi, sulla applicabilità della decadenza alle ipotesi di falsità della dichiarazione si v. P. CERBO, *Brevi note sul potere di autotutela "tardivo"*, in *Giur. it.*, 2020, spec. 657. Sui problematici profili di compatibilità tra le due disposizioni, si v. M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, cit., 193. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920, secondo cui l'art. 75 d.p.r. n. 445/2000 prevede «forme ben definite d'autotutela doverosa, poste a garanzia di supremi valori ed interessi dell'ordinamento contro la consolidazione degli effetti d'un atto illegittimo ed ingiusto e non tempestivamente revocato o annullato - aventi dunque una copertura costituzionale di forza superiore all'autotutela discrezionale ed un'efficacia parimenti generale e concorrente con i casi ordinari dell'autotutela discrezionale, oltre ad esser basate sulla deliberazione predefinita del pubblico interesse a tal rimozione -, tant'è che l'art. 21-*nonies*, co. 2-*bis*, recato dalla novella ex art. 6, co. 1, lett. d), n. 2) della l. 7 agosto 2015 n. 124 (quindi, ben prima dei fatti di causa), ha fatto salve, tra le altre, le sanzioni previste dal capo VI del DPR 445/2000, tra cui, appunto, quelle dettate dal ripetuto art. 75», con la conseguenza che «non è vero dunque che esista solo l'autotutela discrezionale e che, comunque, essa vada esercitata nel termine di diciotto mesi di cui all'art. 21-*nonies*, co. 1, I per. della l. 241/1990, poiché è la stessa norma a prevedere le vicende in cui prevale l'esigenza di provvedere in autotutela doverosa o, il che negli effetti è lo stesso, dichiarare la decadenza dai benefici secondo la formula del ripetuto art. 75».

certezza e prevedibilità<sup>83</sup> e questa non può che essere conseguita mediante un quadro normativo chiaro, definito e, dunque, scevro da dubbi interpretativi e aporie applicative. E ciò non può dirsi dell'attuale contesto regolamentare, ove, da un lato, la stratificazione di interventi succedutisi nel tempo ha portato a una disciplina disarmonica e asistemica, consegnandola alla mercè dell'attività interpretativa della giurisprudenza; dall'altro, elementi essenziali ai fini della definizione del concreto spettro di esercizio del potere del GSE (si fa riferimento all'individuazione delle violazioni rilevanti e a quelle che, ai sensi del secondo cpv. del comma 3, comportano la decurtazione) sono demandati ad atti normativi di secondo grado, per la cui adozione non sono neanche previsti tempi certi. Sgombrando il campo dai falsi miti della maggiore stabilità che la novella avrebbe dovuto garantire, l'analisi condotta per mezzo delle richiamate coordinate dogmatiche ha lumeggiato come il percorso di tutela della posizione di legittimo affidamento dei beneficiari degli incentivi sia ancora irto di consistenti ostacoli, acuiti dall'uso disinvolto di istituti di carattere generale in settori caratterizzati da specificità. Si è visto come i presupposti di cui all'art. 21-*nonies* hanno, in effetti, un circoscritto ambito di applicazione con riferimento a quelle violazioni rilevanti che attengono ai requisiti soggettivi e oggettivi la cui carenza, *ab origine*, rileva quale vizio originario del provvedimento amministrativo di concessione del beneficio. In disparte i profili relativi alla concreta dequotazione delle garanzie sottese alla disciplina dell'annullamento d'ufficio derivanti dai prevalenti indirizzi giurisprudenziali circa la sussistenza dell'interesse in *re ipsa* all'adozione dell'atto caducatorio e allo spettro applicativo del comma 2-*bis*, non può tacersi come la materia in esame sia caratterizzata da un diffuso utilizzo delle dichiarazioni sostitutive al fine di dimostrare la sussistenza dei requisiti di legge (come previsto dall'art. 18 l. n. 241/1990). Tale considerazione, fondata su asserite ragioni di semplificazione, determina una fisiologica contrazione delle garanzie di stabilità, atteso che ciò legittima l'esercizio di poteri imperituri di controllo da parte del GSE e l'adozione di atti di c.d. autotutela obbligatoria comportanti la decadenza dal beneficio e il recupero delle somme erogate, laddove fosse accertata (dallo stesso GSE) la non veridicità della dichiarazione (come previsto dall'art. 75 d.p.r. n. 445/2000).

Queste considerazioni sono sufficienti a giustificare la richiamata diffidenza verso l'approccio ad oggi seguito dal Legislatore e rilevare come la stabilità dei rapporti amministrativi non può essere seriamente perseguita se non attraverso una previa ridefinizione dei rapporti tra semplificazione e organizzazione amministrativa. Per come è oggi concepita, la semplificazione amministrativa, fondata com'è sui meccanismi di autodichiarazione, sposta sistematicamente sul privato il "peso" dell'istruttoria amministrativa. Allo stesso è richiesto, infatti, di autocertificare la sussistenza dei presupposti di legge che altro non è sostanzialmente che l'esito dell'attività di verifica che l'amministrazione dovrebbe compiere a monte, ossia

---

<sup>83</sup> Intende la semplificazione come strumento di chiarezza, stabilità e prevedibilità in ordine all'effettiva tenuta e conseguente spendibilità di un titolo M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *www.giustamm.it*, 2016.

prima della erogazione del beneficio. Semplificando, in questo modo, il regime di accesso agli incentivi, ma contemporaneamente lasciando alla mercé dell'organizzazione amministrativa i tempi e le modalità del controllo su queste dichiarazioni si giunge ad ammettere nel nostro ordinamento una fisiologica instabilità dei sottesi rapporti. Ciò consente, dunque, di indicare quale via che il Legislatore dovrebbe intraprendere la previsione di una necessaria fase di valutazione e verifica che deve essere condotta e conclusa prima della erogazione degli incentivi, consentendo di disporre la decadenza in corso di erogazione solo nelle ipotesi patologiche, ossia laddove la falsità della dichiarazione e/o della rappresentazione sia il frutto voluto di una condotta illecita che, come tale, non può che essere accertata nell'opportuna sede giudiziale.