

LE COMUNITA' ENERGETICHE RINNOVABILI: RIFLESSIONI SULL' "AFFIDABILITÀ" DEL SISTEMA DI INCENTIVAZIONE DI CUI AL DECRETO RED II

Giuseppe La Rosa*

Ita.: il contributo analizza il regime di incentivazione previsto dal decreto *red II* a favore delle cer. considerando anche la necessità dell'adozione dei regolamenti attuativi, l'analisi è condotta da una prospettiva sistemica volta ad individuare il grado di affidabilità, sia sotto il profilo normativo che amministrativo. considerati i limiti del sistema sul piano amministrativo, si sono individuati alcuni correttivi da implementare nei regolamenti attuativi al fine di mitigare i rischi di inaffidabilità.

Eng.: *the essay aims at analysing the new regime provided by the decreto red ii to incentive the development of the cer. keeping into consideration that some regulatory acts are to be implemented for the fully effectiveness of the regime, the essay analyse the issue from a general and systematic perspective, with the purpose to ascertain the reliability of the regime from a legislative and administrative side. since the regime seems to be not fully reliable, from the administrative side, some possible mitigation measures are highlighted.*

SOMMARIO: **1.** Introduzione al tema. Finalità (e limiti) dell'indagine. - **2.** Le comunità energetiche rinnovabili e il sistema di incentivazione. - **3.** La stabilità (normativa) degli incentivi alle CER. - **4.** La stabilità (amministrativa) degli incentivi alle CER. - **5.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione al tema. Finalità (e limiti) dell'indagine.

In recepimento della direttiva (UE) 2018/2001 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, è stato adottato il decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199 (Decreto RED II), il quale, con la finalità di raggiungere – in linea con gli

obiettivi del PNIEC e del PNRR¹ - la decarbonizzazione², è intervenuto su plurimi concorrenti fronti. In particolare, il Decreto RED II introduce la disciplina relativa ai regimi di sostegno e strumenti di promozione (Titolo II), alle procedure autorizzative (Titolo III), alle comunità energetiche rinnovabili (Titolo IV) e all'utilizzo dell'energia rinnovabile nei trasporti (Titolo V).

Oggetto del presente studio è l'indagine sui regimi di sostegno previsti per le comunità energetiche rinnovabili condotta attraverso lo specifico spettro della loro stabilità, sia rispetto a possibili successive modifiche legislative deteriori sia quanto all'adozione di poteri amministrativi decadenziali che incidano sui sostegni in corso di erogazione. La recente introduzione della disciplina positiva, in uno con la sua parzialità – dovendo essere implementata attraverso un decreto ministeriale, allo stato non adottato - inducono, dunque, ad affrontare il tema da una prospettiva sistematica, volta a isolare le cifre distintive della regolazione rispetto al contesto più generale nel quale si colloca. Da diversa concorrente prospettiva, del resto, si ritiene che la maggiore o minore efficacia degli strumenti di sostegno dipendano, in principalità, dal livello di "affidabilità" degli stessi, ossia dalla loro stabilità nella duplice prospettiva sopra tratteggiata.

2. Le comunità energetiche rinnovabili e il sistema di incentivazione.

1* Professore Straordinario a tempo determinato di diritto amministrativo nell'Università Telematica Pegaso.

Sui principali obiettivi, nonché sui profili relativi alla natura giuridica del PNRR, si v. B. CARAVITA, *PNRR e Mezzogiorno: la cartina di tornasole di una nuova fase dell'Italia*, in (a cura di L. Bianchi e B. Caravita) *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, 2021; M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID-Rassegna*, 2021, 11; G. DE MINICO, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *www.costituzionalismo.it*, 2021, n. 2, 113; M. GUIDI, M. MOSCHELLA, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: dal Governo Conte II al Governo Draghi*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2021, 405.

2 A tal fine e, segnatamente, sul collegamento agli obiettivi di cui al PNIEC e PNRR si richiama l'art. 3, secondo cui «1. L'Italia intende conseguire un obiettivo minimo del 30 per cento come quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo. L'Italia intende inoltre adeguare il predetto obiettivo percentuale per tener conto delle previsioni di cui al regolamento (UE) n. 2021/1119, volte a stabilire un obiettivo vincolante, per l'Unione europea, di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55 per cento rispetto ai livelli del 1990 entro il 2030. 2. Nell'ambito dell'obiettivo di cui al comma 1, è assunto un obiettivo di incremento indicativo di energia da fonti rinnovabili nei consumi finali per riscaldamento e raffrescamento pari a 1,3 punti percentuali come media annuale calcolata per i periodi dal 2021 al 2025 e dal 2026 al 2030. 3. Gli obiettivi di cui ai commi 1 e 2 sono perseguiti in coerenza con le indicazioni del Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima e tenendo conto dell'evoluzione e dell'aggiornamento dei consumi statisticamente rilevanti».

Come anticipato, il Decreto RED II ha, tra l'altro, introdotto un'organica disciplina in materia di comunità energetiche rinnovabili (CER), a cui è stato da tempo riconosciuto un ruolo cruciale nella transizione energetica³.

La CER - già disciplinata dall'art. 42-*bis* d.l. 162/19 (conv. con l. 8/2020), seppur in via transitoria e con riferimento ai nuovi impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza singolarmente non superiore ai 200 kW⁴ - è definita quale *soggetto giuridico*⁵ sottoposto al rispetto di determinati requisiti di costituzione e condizioni di funzionamento.

Quanto ai requisiti di costituzione, l'art. 31, comma 1, Decreto RED II specifica che la CER:

- a) deve tendere ad apportare benefici ai suoi membri, non essendo direttamente finalizzata a scopi di natura finanziaria;
- b) è un soggetto giuridico autonomo sottoposto ai poteri di controllo di persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse quelle comunali, gli enti ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale, nonché le amministrazioni pubbliche di cui all'elenco dell'ISTAT;
- c) può essere partecipata anche da imprese purché tale partecipazione non costituisca attività commerciale e industriale principale;
- d) può essere partecipata da tutti i consumatori, compresi i soggetti a basso reddito e vulnerabili.

Il successivo comma 2 prevede, invece, le condizioni di funzionamento della CER, specificando che:

- a) ai fini dell'energia condivisa rileva solo la produzione di energia rinnovabile degli impianti che risultano nella disponibilità e sotto il controllo della CER;
- b) l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità, fermo restando che l'energia eventualmente eccedentaria può essere accumulata e venduta anche tramite accordi di compravendita di energia elettrica rinnovabile, direttamente o mediante aggregazione;
- c) i membri della comunità utilizzano la rete di distribuzione per condividere l'energia prodotta, anche ricorrendo a impianti di stoccaggio;
- d) gli impianti a fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica realizzati dalla CER devono essere entrati in esercizio dopo la data di entrata in vigore del

³ Si v. C. ACOSTA, M. ORTEGA, T. BUNSEN, B. KOIRALA, A. GHORBANI, *Facilitating energy transition through energy commons: an application of socio-ecological systems framework for integrated community energy systems*, in *Sustainability*, 2018, 366.

⁴ Per una approfondita analisi critica dell'art. 42-*bis* e delle sottese questioni interpretative, si v. M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, 630.

⁵ Così l'art. 2, comma 1, lett. p.

Decreto RED II, salva la possibilità che alla stessa aderiscano impianti già in esercizio ma entro il limite del trenta per cento della potenza complessiva;

- e) i membri delle comunità possono accedere agli incentivi di cui al Titolo II alle condizioni e con le modalità ivi stabilite;
- f) la CER può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili finalizzate all'utilizzo da parte dei membri, può promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità.

Le disposizioni che precedono, dunque, disvelano con ogni evidenza la natura e la finalità della CER, nonché la funzione che alla stessa il legislatore intende riconoscere ai fini della transizione energetica, ponendosi l'obiettivo di fornire energia rinnovabile a prezzi accessibili ai propri membri, piuttosto che dare la priorità al profitto economico⁶.

Venendo ai sistemi di incentivazione di cui le CER hanno diritto di godere, il Decreto RED II, dopo aver previsto che gli impianti di potenza pari o inferiore a 1 MW facenti parte delle CER possono accedere a forme di incentivo diretto (art. 5, comma 4), demanda a un regolamento ministeriale - da adottarsi entro 180 giorni - l'aggiornamento dei meccanismi di incentivazione, individuando i criteri a cui tale decreto dovrà attenersi. Innanzitutto, possono accedere all'incentivo gli impianti a fonti rinnovabili che hanno singolarmente una potenza non superiore a 1 MW e che entrano in esercizio in data successiva a quella di entrata in vigore del decreto. L'incentivo, che viene erogato in via diretta (ossia senza necessità di partecipazione ad aste o iscrizione in registri) fino al raggiungimento di contingenti di potenza stabiliti su base quinquennale, fa unicamente riferimento alla quota di energia condivisa da impianti e utenze di consumo all'interno della stessa configurazione, ossia connesse sotto la stessa cabina primaria. Nelle more dell'adozione del predetto decreto ministeriale, l'art. 8, comma 2, del Decreto RED II prevede che continui a trovare applicazione il decreto adottato in attuazione dell'art. 42-*bis*, cit., ossia il d.m. 16 settembre 2020, a cui si farà *infra* più approfondito riferimento.

3. La stabilità (normativa) degli incentivi alle CER.

⁶ Tale carattere è marcatamente evidenziato nella direttiva 2018/2001 che individua la CER come un soggetto giuridico fondato sulla "partecipazione aperta e volontaria", il cui scopo prioritario non è la generazione di profitti finanziari, ma il raggiungimento di benefici ambientali, economici e sociali per i suoi membri o soci o al territorio in cui opera. A tal fine, proprio per garantire il carattere no profit delle CER, non ne è ammessa la partecipazione di aziende del settore energetico (fornitori e ESCO) che possono, invece, prestare servizi di fornitura e di infrastruttura.

La “affidabilità” del meccanismo incentivante previsto per le CER deve essere verificata da una duplicità di prospettive: da un lato, quale stabilità normativa, intesa come ragionevole previsione circa la intangibilità delle erogazioni in corso da parte di sopravvenienze normative; dall’altro, quale stabilità amministrativa, considerata come il progressivo consolidamento di posizioni di vantaggio rispetto all’esercizio di poteri di verifica e di autotutela da parte dell’Autorità competente.

Prendendo abbrivio dalla stabilità normativa, si ritiene utile richiamare le indicazioni che sono state elaborate dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea con riferimento all’annosa vicenda che ha originato l’art. 26 del d.l. 24 giugno 2014, n. 911, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 11 (c.d. decreto spalmaincentivi). In particolare, tale norma ha previsto che, a decorrere dal 2015, le tariffe incentivanti in corso di erogazione per l’energia prodotta dagli impianti fotovoltaici con potenza nominale superiore a 200 kW fossero rimodulate sulla base di tre prefissate opzioni, tutte peggiorative dei regimi anteriori regolati dalle convenzioni stipulate con il Gestore dei servizi energetici (GSE)⁷. Investita della questione di costituzionalità da numerose ordinanze del TAR Lazio, Roma, per violazione degli artt. 3 e 41 Cost. 5 e degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 1, Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e all’art. 6, par. 3, del TUE⁸, la Corte

⁷ In particolare, l’art. 26, comma 3, cit., dispone che «[a] decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l’energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell’operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014: a) la tariffa è erogata per un periodo di ventiquattro anni, decorrente dall’entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all’allegato 2 al presente decreto; b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all’attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in egual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di tutti gli aventi titolo all’opzione, un risparmio di almeno 600 milioni di euro all’anno 2015-2019, rispetto all’erogazione prevista con le tariffe vigenti; c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell’incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità: 1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW; 2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 500 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW; 3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW. In assenza di comunicazione da parte dell’operatore il GSE applica l’opzione di cui alla lettera c)».

⁸ In particolare, il Giudice amministrativo ha ritenuto non manifestamente infondata la violazione degli artt. 3 e 41 Cost., per irragionevolezza, sproporzione e violazione del legittimo affidamento, atteso che la disposizione incide ingiustificatamente sulle consolidate posizioni di vantaggio, riconosciute da negozi di “diritto privato” e sul legittimo affidamento dei fruitori degli incentivi, considerando che il sistema degli incentivi perde la sua stabilità nel tempo nonostante lo stesso sia stato già individuato e predeterminato in una convenzione o contratto di diritto privato (art. 24 comma 2 lettera D d. lgs. n. 28/2011); gli investimenti effettuati non sono salvaguardati; viene meno l’equa remunerazione degli investimenti effettuati; il periodo di tempo per la percezione dell’incentivo, invariato nella misura complessiva, viene prolungato indipendentemente dalla vita media convenzionale degli impianti (lett. a); l’incentivo non è più costante per tutto il periodo di diritto, ma si riduce in assoluto per tutto il periodo residuo (lett. c) o varia in diminuzione nell’ambito del ventennio originario di durata della convenzione (lett. a) o per cinque anni (lett. b). Esso violerebbe anche l’art. 117, co. 1, Cost. in relazione,

costituzionale, con sentenza 24 gennaio 2017, n. 16, ne ha dichiarato l'infondatezza. Per la Corte, in particolare, sono risultate prive di fondamento le doglianze relative alla violazione del legittimo affidamento riposto dai fruitori degli incentivi nella conservazione delle posizioni di vantaggio consolidate e loro riconosciute nelle convenzioni stipulate con il GSE. E ciò perché la norma impugnata non avrebbe inciso all'interno dei rapporti di durata, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi di che trattasi con il GSE, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile. Per le finalità che interessano la presente analisi si ritiene utile isolare gli argomenti posti dal Giudice delle leggi a fondamento della propria decisione. In primo luogo, del decreto spalmaincentivi è stata valorizzata la finalità pubblicistica, consistente, sostanzialmente, nel coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica, posto che, come noto, gli incentivi al fotovoltaico rientrano tra i cosiddetti oneri generali del sistema elettrico e sono posti (anche) a carico del cliente finale, che li paga direttamente, in ragione della copertura di cui alla componente A/3 della bolletta elettrica⁹. In secondo luogo, la modifica normativa al sistema incentivante non avrebbe inciso in modo «improvviso e imprevedibile», considerando che un «operatore economico prudente e accorto»

quali norme interposte, all'art. 1, Prot. addizionale n. 1, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di cui è stata autorizzata la ratifica e disposta l'esecuzione con l. 4 agosto 1955, n. 848) e all'art. 6, par. 3, Trattato UE, che introduce nel diritto dell'Unione «in quanto principi generali», i «diritti fondamentali» garantiti dall'anzidetta Convenzione, considerando che l'ingerenza costituita dalla sottrazione di parte dei crediti spettanti ai produttori di energia in forza delle convenzioni stipulate con il GSE non appare giustificata ed è in contrasto con il principio di proporzionalità, non risultando l'intervento ablatorio adeguatamente bilanciato dalla finalità di diminuire le tariffe elettriche in favore di alcune categorie di consumatori. Ancora, è stata ritenuta dubbia la costituzionalità dell'art. 26, co. 3, d.l. n. 91/2014, rispetto all'art. 3 Cost., eventualmente anche in relazione all'art. 41 Cost., nella parte in cui prevede che la rimodulazione si applichi soltanto agli «impianti di potenza nominale superiore a 200 kW» (*recte*: ai soggetti fruitori di tariffe incentivanti per l'energia elettrica prodotta da tali impianti), atteso che tale restrizione del campo applicativo comporta la creazione, all'interno dell'insieme dei titolari degli impianti fotovoltaici incentivati, di due sottoinsiemi di imprese distinte in base alla «potenza nominale» (dell'impianto), destinatarie di un trattamento differenziato. Infine, è stata apprezzata la non manifesta infondatezza della violazione dell'art. 77 Cost.

⁹ Nel dettaglio, la pronuncia in parola ha sottolineato che «il legislatore del 2014 è intervenuto, infatti, in un contesto congiunturale nel quale – a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per l'energia solare prodotta da fonte fotovoltaica, rivelatasi progressivamente più accentuata, sia rispetto anche ai costi di produzione (in ragione del repentino sviluppo tecnologico del settore), sia rispetto al quadro complessivo europeo – era venuto specularmente in rilievo il crescente peso economico di tali incentivi sui consumatori finali di energia elettrica (in particolare sulle piccole e medie imprese costituenti il tessuto produttivo nazionale)», rilevando che «ha operato, con logica perequativa, al dichiarato fine di «favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili» (art. 26, comma 1, d.l. n. 91 del 2014) e di «pervenire ad una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici», prevedendo a tal proposito che i minori oneri per l'utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano, appunto, «destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica in media tensione e di quelli in bassa tensione [...]» (art. 23 d.l. citato); in definitiva, «è, dunque, quello in esame un intervento che risponde ad un interesse pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica».

avrebbe potuto tener conto della possibile evoluzione normativa, considerate le caratteristiche di temporaneità e mutevolezza dei regimi di sostegno». A tale conclusione, la Corte giunge valorizzando due concorrenti profili: sul piano normativo, viene in rilievo il d.lgs. n. 28 del 2011 che coniuga espressamente l'obiettivo della «stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione» con quelli di «armonizzazione con altri strumenti di analoga finalità e [...] riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori»; sul piano regolamentare/contrattuale, partendo dalla considerazione che «le convenzioni stipulate con il Gestore non sono riducibili a contratti finalizzati ad esclusivo profitto dell'operatore – che dovrebbe vedere ferme le condizioni iniziali, per vent'anni, anche ove le condizioni tecnologiche mutino profondamente – ma costituiscono strumenti di regolazione, volti a raggiungere l'obiettivo dell'incentivazione di certe fonti energetiche nell'equilibrio con le altre fonti di energia rinnovabili, e con il minimo sacrificio per gli utenti che pure ne sopportano l'onere economico», viene sottolineato come nella Convenzione-tipo, approvata con delibera dell'AEEG del 6 dicembre 2012, si legge, testualmente (sub art. 17, punto 17.3), che «il GSE si riserva di modificare unilateralmente le clausole della presente Convenzione che, per effetto di eventuali evoluzioni normative e regolamentari, siano in contrasto con il vigente quadro di riferimento».

A seguito della ridetta pronuncia della Corte costituzionale, il Giudice amministrativo, ritenendo ancora irrisolti alcuni profili di compatibilità europea, ha rimesso¹⁰ la questione alla Corte di Giustizia, la quale, tuttavia, con sentenza 15 aprile 2021, causa C-798/18 e C-799/18, ha ritenuto non sussistenti ragioni di contrasto con l'ordinamento europeo. In particolare, per quanto qui più direttamente rileva, la Corte è partita dall'assunto secondo cui «l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28 non osta a una normativa nazionale, quale l'articolo 26, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 91/2014, che modifica un regime di sostegno riducendo le tariffe e modifica le modalità di pagamento di incentivi alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici, purché tale normativa rispetti detti principi [*ndr*, ossia il principio della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento]». Sebbene sia affidato al Giudice nazionale di valutare, sulla base di un concreto

¹⁰ Si v. TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, ordd. 20 novembre 2018, n. 11206 e 16 novembre 2018, n. 11124, con cui è stata posta la seguente questione pregiudiziale: «Se il diritto dell'Unione europea osti all'applicazione di una disposizione nazionale, come quella di cui all'art. 26, commi 2 e 3, del d.l. 91/2014, come convertito dalla legge 116/2014, che riduce ovvero ritarda in modo significativo la corresponsione degli incentivi già concessi per legge e definiti in base ad apposite convenzioni sottoscritte dai produttori di energia elettrica da conversione fotovoltaica con il Gestore dei Servizi Energetici S.p.A., società pubblica a tal funzione preposta; in particolare se tale disposizione nazionale sia compatibile con i principi generali del diritto dell'Unione europea di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di leale collaborazione ed effetto utile; con gli artt. 16, 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; con la direttiva n. 2009/28/CE e con la disciplina dei regimi di sostegno ivi prevista; con l'art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell'energia».

approccio se tali principi fossero rispettati, la Corte europea rileva, da un lato, che «il decreto legislativo n. 28/2011 disponeva, al suo articolo 25, che l’incentivo alla produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici è disciplinato da un decreto ministeriale che fissa un limite annuale della potenza elettrica cumulata di simili impianti ammissibili a beneficiare delle tariffe incentivanti e che prevede tali tariffe tenendo conto della riduzione del costo delle tecnologie e degli impianti nonché delle misure incentivanti applicate negli altri Stati membri e della natura del sito degli impianti»; dall’altro, «le convenzioni concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici interessati e il GSE erano firmate sulla base di contratti-tipo, che esse non assegnavano, di per sé, incentivi agli impianti stessi, ma fissavano unicamente le modalità della loro erogazione, e che, quanto meno per quanto riguarda le convenzioni concluse dopo il 31 dicembre 2012, il GSE si riservava il diritto di modificare unilateralmente le condizioni di queste ultime a seguito di eventuali sviluppi normativi, come espressamente indicato in tali convenzioni». In ragione di quanto precede, dunque, il Giudice europeo ritiene che vi fossero indicazioni sufficientemente chiare per gli operatori economici nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o, addirittura, soppressi.

Tralasciando le condivisibili critiche¹¹ cui i richiamati precedenti prestano il fianco, ai fini del presente studio si ritiene di limitare le considerazioni unicamente alla valutazione circa l’applicabilità dei principi ivi espressi al sistema di incentivazione ore previsto per le CER. E ciò con il dichiarato obiettivo di apprezzare se lo stesso goda di una adeguata garanzia di stabilità normativa ossia, se – utilizzando i criteri ermeneutici della giurisprudenza costituzionale ed euro-unitaria – il quadro regolatorio in cui esso è collocato rende imprevedibile, a un operatore diligente, la possibilità di una modifica normativa peggiorativa, tale, in ipotesi, da comportare la decurtazione o la rimodulazione dell’incentivo già in corso di erogazione.

La risposta, a parere di chi scrive, deve essere calibrata in considerazione delle specificità caratterizzanti il sistema in analisi e il (nuovo) contesto normativo, anche europeo. Certamente non può trascurarsi come le convenzioni che le CER stipuleranno con il GSE conterranno una clausola con cui quest’ultimo si riserva il diritto di modificare unilateralmente le condizioni a seguito di eventuali sviluppi normativi. Infatti, in virtù di quanto indicato nell’art. 8, comma 2, Decreto RED II – nelle more dell’adozione del nuovo decreto ministeriale – trova applicazione il d.m. 16 settembre 2020¹², il quale richiama la delibera ARERA n. 318/2020/R/eel del 4 agosto 2020 (art. 4) e per la cui attuazione il GSE ha adottato le Regole tecniche per l’accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell’energia elettrica condivisa

¹¹Si v. F. SCALIA, *Dopo la Corte Costituzionale, anche la Corte di giustizia promuove la rimodulazione degli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Dir. agr.*, 2021, 397.

¹² Recante «Individuazione della tariffa incentivante per la remunerazione degli impianti a fonti rinnovabili inseriti nelle configurazioni sperimentali di autoconsumo collettivo e comunità energetiche rinnovabili, in attuazione dell’articolo 42-bis, comma 9, del decreto-legge n. 162/2019, convertito dalla legge n. 8/2020».

del 22 dicembre 2020. L'allegato 5 del predetto documento¹³, dopo avere chiarito che «il Contratto è formato inderogabilmente dalle condizioni contrattuali generali sotto riportate», tra queste condizioni inderogabili, specifica che «il GSE si riserva di modificare unilateralmente il Contratto in conformità alle eventuali modifiche ed aggiornamenti della normativa di riferimento». Sembra, dunque, che anche con riferimento al sistema incentivante di cui ci occupiamo il rapporto tra le parti (GSE-CER) potrebbe essere considerata soggetta alla medesima instabilità già sperimentata con il decreto spalmaincentivi e che, come visto, ha trovato (una) giustificazione in ragione della sussistenza di una clausola di tale tenore presente nelle convenzioni modificate dal decreto in parola.

Tuttavia, ciò che muta è il contesto generale nel quale gli incentivi alle CER sono collocati e la cui attenta analisi sembra poter condurre ad opposta conclusione.

In primo luogo, deve essere valorizzato il quadro normativo sul quale il sistema incentivante CER si poggia. E ciò è possibile attraverso due principali considerazioni, in un certo modo, innovative rispetto al sistema regolatorio su cui il decreto spalmaincentivi si è innestato. Da un lato, viene in rilievo l'art. 6 della direttiva 2018/2001, recante «stabilità del sostegno finanziario», che, dopo avere previsto che «gli Stati membri provvedono affinché il livello e le condizioni del sostegno concesso ai progetti relativi alla produzione di energia rinnovabile non subiscano revisioni tali da incidere negativamente sui diritti conseguiti e minare la sostenibilità economica dei progetti che già beneficiano del sostegno» (comma 1), ha precisato che «gli Stati membri possono adeguare il livello di sostegno in base a criteri oggettivi, a condizione che tali criteri siano stabiliti nella concezione originaria del regime di sostegno» (comma 2). Dall'altro lato, il Decreto RED II stabilisce che «l'accesso all'incentivo è garantito fino al raggiungimento di contingenti di potenza stabiliti, su base quinquennale, in congruenza con il raggiungimento degli obiettivi di cui all'articolo 3» (art. 7, comma 1, lett. f).

Ebbene dall'articolato normativo sopra richiamato sembra emergere un chiaro contesto volto a garantire la stabilità – e, dunque, la immutabilità – del sistema incentivante, al fine di mantenere la intangibilità dei diritti conseguiti. Eventuali esigenze di modifica, che dovrebbero comunque essere circoscritte dalla necessità di una programmazione quinquennale, sarebbero consentite solo a condizione che ciò avvenga sulla base di criteri oggettivi e che tali criteri siano stabiliti nella concezione originaria del regime di sostegno.

In secondo luogo, giova valorizzare la natura stessa della CER e, segnatamente, la sua configurazione non già quale strumento con finalità imprenditoriale e lucrativa, ma quale sistema sostanzialmente rivolto all'autoconsumo tra privati o soggetti per i

¹³ Contenente il «contratto per la regolazione delle partite economiche relative all'energia elettrica condivisa da un gruppo di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono collettivamente o da una comunità di energia rinnovabile».

quali l'adesione alla CER non costituisca attività commerciale e industriale principale, ossia che non possa trattarsi di soggetti che partecipano nella loro qualità di produttori di impianti di fotovoltaico o di altri mezzi di produzione dell'energia rinnovabile¹⁴. Il profilo è tutt'altro che secondario se si tiene conto che, come visto, la Corte costituzionale, nel considerare come non imprevisto, né imprevedibile il mutamento sotteso allo spalmaincentivi, ha fatto riferimento al livello di diligenza richiesto, nel comprendere il quadro normativo di riferimento (e, dunque, anche la sua instabilità), all' «operatore economico prudente e accorto», figura nel cui ambito i membri delle CER per definizione non possono essere ricondotti.

In terzo luogo, un'eventuale modifica peggiorativa del regime di sostegno sembra non potersi giustificare neanche con la finalità di conseguire una maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica (ragione che, come sopra visto, è stata valorizzata dalla Corte costituzionale per affermare la legittimità del decreto spalmaincentivi). E ciò perché da una lettura sistematica del Decreto RED II sembra potersi apprezzare come il legislatore delegato abbia inteso garantire che le ridette esigenze possano mantenersi in costante equilibrio nel corso del tempo. In particolare, viene previsto che gli incentivi abbiano «lo scopo di assicurare un'equa remunerazione dei costi di investimento ed esercizio» (art. 4, comma 2, lett. a), dovendo essere «proporzionato all'onerosità dell'intervento» (art. 5, comma 1, lett. c). Esso, tuttavia, deve trovare copertura sulle componenti delle tariffe dell'energia elettrica e del gas, la cui incidenza, tuttavia, viene «calmierata» dalla previsione dell'art. 15, secondo cui «a decorrere dall'anno 2022, una quota dei proventi annuali derivanti dalla messa all'asta delle quote di emissione di CO₂ ... è destinata alla copertura dei costi di incentivazione delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica mediante misure che trovano copertura sulle tariffe dell'energia». In tal modo, dunque, sembra potersi delineare una chiara consapevolezza del legislatore circa la possibile difficile frizione tra le due esigenze e, dunque, la puntuale previsione normativa circa il meccanismo per garantire un accettabile punto di equilibrio.

4. La stabilità (amministrativa) degli incentivi alle CER.

Il profilo circa il grado di affidabilità del meccanismo incentivante deve ora essere analizzato con riferimento allo spettro dei poteri amministrativi in virtù dei quali il GSE può, pur a distanza di molto tempo, disporre la decadenza (rectius l'annullamento del) dal beneficio e la restituzione delle somme già erogate. La questione si innesta nella più complessa vicenda relativa alla portata e allo spettro di

¹⁴ Così M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2020, 640.

applicazione dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28/2011, che, a seguito del d.l. Semplificazioni, subordina l'adozione dei provvedimenti di decadenza alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990¹⁵. In particolare, il nuovo comma 3 dell'art. 42, cit., subordina 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, secondo cui «il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge». Superando definitivamente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario¹⁶, 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, a parere di chi scrive, alcun ostativo rilievo la circostanza che la norma continui a fare riferimento alla *decadenza*, dovendosi valorizzare unicamente i profili sostanziali e, quindi, l'espresso richiamo ai presupposti dell'annullamento d'ufficio¹⁷. In sintesi, ai sensi del comma 3, primo cpv., il GSE può disporre la decadenza dell'incentivo

¹⁵ Sul punto, sia consentito rinviare a G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del gse nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, in *AmbienteDiritto*, 1/2021.

¹⁶ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali si v. L. ANIBALLI, *Il controllo del Gestore dei Servizi Energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 221.

¹⁷ 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.

(*rectius* annullare d'ufficio il provvedimento di attribuzione del beneficio) nel rispetto dei presupposti posti dall'art. 21-*nonies*, cit., ossia, oltre alla accertata illegittimità del provvedimento originario e alla sussistenza di ragioni di interesse pubblico, adeguatamente motivate e bilanciate con i contrapposti interessi privati, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dall'adozione del provvedimento annullando¹⁸. Tuttavia, sul presupposto che non è meritevole di tutela l'affidamento del privato che abbia indotto in errore l'amministrazione¹⁹, 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»²⁰, possono essere annullati anche oltre i dodici 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 dodici 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 Stato²¹, senza tuttavia ricevere adeguato

18 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 Diez, 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. Tale limite, da ultimo, è stato portato a dodici mesi dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

19 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.

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

21 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

componimento in sede legislativa, ha dato adito a un contrasto interpretativo. Sebbene non siano mancate posizioni difformi²², 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 fatti²³. Ne consegue che il superamento dei dodici 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 rappresentazione alla erronea²⁴ od omessa²⁵ indicazione di rilevanti circostanze di fatto e di diritto²⁶. È stata avvertita²⁷, 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.

Tale ultimo profilo è di dirimente rilievo nella materia che ci occupa, atteso che l'art. 18, comma 3-*bis*, l. n. 241/1990 ha previsto che nei procedimenti avviati su istanza di parte aventi ad oggetto l'erogazione di benefici economici i requisiti

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.

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

23 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.

24 Si v. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 25 settembre 2018, n. 1604.

25 Così TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 16 giugno 2020, n. 2441; Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374.

26 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.

27 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*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, spec. 88, la quale stigmatizza il rischio che tale approccio valorizzi «errori di valutazione e/o ricostruzione del quadro normativo e/o tecnico di riferimento».

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 osservato²⁸, 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 non lineare. Il profilo è rilevante in considerazione delle conseguenze che il d.p.r. n. 445/2000 prevede laddove le rese dichiarazioni dovessero essere *non veritiere*. Infatti, l'art. 75 d.p.r. cit. stabilisce che, qualora «emerge 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 soggettivo²⁹ e all'accertamento penale della falsità³⁰, in uno con il carattere automatico e vincolato della decadenza³¹ 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

28 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, 183.

29 *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.

30 Così TAR Puglia, Bari, Sez. II, 3 luglio 2020, n. 968.

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

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. 241/1990³².

Di tale quadro, generale, si ha una diretta evidenza proprio con riferimento al sistema di incentivazione CER di cui in questa sede ci occupiamo. In ossequio agli obiettivi di massima semplificazione (obiettivi ribaditi dall'art. 4, comma 2, lett. e del Decreto RED II), la deliberazione 4 agosto 2020, 318/2020/R/EEL, Allegato A, prevede che, ai fini dell'accesso agli incentivi, l'interessato deve presentare, tra l'altro, la dichiarazione sostitutiva *ex* dpr 445/00, circa la sussistenza dei requisiti per l'accesso ai benefici³³. L'utilizzo della dichiarazione sostitutiva circa la sussistenza dei requisiti di legge per accedere all'incentivo – fondandosi spesso su riferimenti opinabili o non sempre di immediata comprensione, specie laddove si ricordi che la CER è costituita ontologicamente non da esperti operatori di settori ma da “semplici” cittadini - finisce con l'addossare su questi ultimi gli effetti di una possibile errata interpretazione delle condizioni di fatto e di diritto.

A parere di chi scrive, tali conseguenze potrebbero essere mitigate prevedendo in capo al GSE una più penetrante attività di controllo e verifica di quanto dichiarato nella fase antecedente l'erogazione dell'incentivo. A tale conclusione potrebbe pervenirsi valorizzando, in chiave di collaborazione amministrativa, quanto la ridetta delibera prevede al pt. 4.6, secondo cui «il GSE verifica che siano rispettati tutti i requisiti necessari per l'ammissibilità al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa e, nei soli casi in cui la predetta verifica abbia esito

32 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*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020, 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 delibazione 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».

33 In particolare, viene richiesto, al pt. 4.3., che l'istante alleggi «una dichiarazione, resa ai sensi del DPR 445/00, in relazione al rispetto, da parte dei soggetti che intendono far parte della configurazione, di tutte le condizioni di cui al comma 3.1, lettere da a) a c)» e «d) allega una dichiarazione, resa ai sensi del DPR 445/00, in relazione al rispetto, da parte di tutti gli impianti di produzione presenti nella configurazione, dei requisiti previsti dal comma 3.1, lettera e); e) allega una dichiarazione, resa ai sensi del DPR 445/00, in relazione alla non sussistenza delle condizioni di incompatibilità dell'incentivazione per l'autoconsumo collettivo di cui all'articolo 42bis, comma 7, del decreto-legge 162/19».

positivo: a) stipula la convenzione». Ebbene, tale verifica dovrebbe propriamente riguardare non già il mero controllo formale circa la sussistenza/insussistenza delle dichiarazioni sostitutive, ovvero la completezza formale delle stesse, ma dovrebbe estendersi a una verifica sostanziale e contenutistica sulla reale sussistenza delle condizioni di ammissibilità; il che potrebbe darsi laddove – nella fase di verifica – fosse prevista una apposita attività di comprova dei requisiti (auto-dichiarati), mediante la richiesta di documentazione a sostegno, alla stessa stregua di quanto avviene per le procedure a evidenza pubblica. Certamente il profilo si scontra con le ragioni di efficienza e celerità della procedura che sarebbero compromesse da una attività di verifica che - a fronte di una pluralità di richieste - potrebbe apparire particolarmente onerosa e lunga e, comunque, incompatibile con le sottese ragioni di speditezza. Il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze, dunque, potrebbe essere rintracciato in una diversa condivisione di responsabilità tra la parte pubblica e l'istante privato, nel senso di prevedere, sul primo, l'onere di procedere - anche a campione - alla comprova di quanto autodichiarato dall'istante e, su quest'ultimo, le conseguenze deteriori della decadenza/annullamento dal beneficio unicamente laddove la falsità della dichiarazione fosse unicamente accertata giudizialmente.

5. Considerazioni conclusive.

La previsione di un regime di sostegno, consistente nell'erogazione di incentivi tariffari, rappresenta certamente un valido strumento per contribuire allo sviluppo delle CER e, anche per il loro tramite, al raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione. La validità concreta di un tale sistema, tuttavia, non può essere apprezzata attraverso un'analisi atomistica della consistenza economica della tariffa ovvero delle modalità di erogazione, ma mediante una più ampia prospettiva volta a verificarne il grado di affidabilità. Soltanto se il sostegno economico è inteso come affidabile, ossia in grado di garantire un supporto stabile e omogeneo per ripagare le spese di investimento, allora può effettivamente acquisire un ruolo centrale per indurre gli investimenti volti allo sviluppo delle CER. Diversamente, a prescindere dall'entità e dalla misura dell'incentivo, laddove lo stesso fosse dalla collettività inteso come instabile, perché soggetto a possibili modifiche normative deteriori ovvero all'esercizio di poteri decadenziali *sine die*, un siffatto sistema dovrebbe definirsi strutturalmente incapace di perseguire i risultati sottesi.

L'indagine condotta ha consentito di apprezzare un diverso livello di stabilità del regime incentivante, a seconda della diversa prospettiva di rilevanza. Infatti, mentre il contesto normativo, europeo e nazionale, nel quale il nuovo regime è collocato sembra rendere non giustificabile, e quindi non ragionevole o logico, un mutamento normativo in senso peggiore in corso di erogazione dell'incentivazione, a diversa

conclusione sembra doversi giungere con riferimento alla stabilità amministrativa, ossia alla estensione temporale del potere caducatorio attribuito al GSE. Infatti, ai fini dell'accesso agli incentivi, l'istante è tenuto a dichiarare – mediante dichiarazione sostitutiva *ex dpr 445/00* - la sussistenza dei requisiti per l'accesso ai benefici. Gravano, dunque, sull'istante le conseguenze di una dichiarazione non veritiera, anche perché fondata su riferimenti opinabili o non di immediata comprensione. E ciò perché una tale ipotesi, allo stato delle interpretazioni giurisprudenziali sull'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241/1990 e dell'art. 75 d.p.r. n. 445/2000, determinerebbe la possibilità per il GSE di controllare la veridicità delle dichiarazioni sine die e, in caso di difformità, di comminare la decadenza del beneficio, richiedendo la restituzione di quanto già erogato. Come si è evidenziato, tali conseguenze potrebbero essere mitigate prevedendo, anche con adeguate specificazioni nell'adottando decreto ministeriale, che la verifica nella fase precedente all'attribuzione dell'incentivo non si limiti unicamente a un controllo formale, ma si estenda a una verifica sostanziale e contenutistica sulla reale sussistenza delle condizioni di ammissibilità. E ciò potrebbe essere perseguito laddove fosse prevista un'apposita attività di comprova dei requisiti (auto-dichiarati), mediante la richiesta di documentazione a sostegno, alla stessa stregua di quanto avviene per le procedure a evidenza pubblica. La fisiologica frizione con le ragioni di efficienza e celerità della procedura potrebbe essere attenuata prevedendo una diversa condivisione di responsabilità tra la parte pubblica e l'istante privato, nel senso di limitare le conseguenze deteriori della decadenza/annullamento dal beneficio unicamente laddove la falsità della dichiarazione fosse accertata giudizialmente.