

INCENTIVI E DISINCENTIVI ALLA REALIZZAZIONE DI INVESTIMENTI NEL SETTORE DELLE ENERGIE RINNOVABILI: QUESTIONI IN TEMA DI AFFIDAMENTO E TUTELA*

di Biancamaria Raganelli** e Ilenia Mauro***

Sommario. 1. Il quadro regolatorio di riferimento in materia di promozione e sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili. – 2. Alcune recenti modifiche in materia di politica energetica. – 3. Il c.d. principio europeo di *legitimate expectation* dell'operatore economico. – 4. L'interpretazione e i chiarimenti forniti dalla giurisprudenza amministrativa sui poteri di verifica e controllo e la tutela del legittimo affidamento. – 5. La posizione della Corte costituzionale. – 6. L'attività interpretativa della Corte di Giustizia dell'UE con funzioni di *rule making*. – 7. Le verifiche rimesse al giudice nazionale. – 8. Alcune riflessioni conclusive.

1. Il quadro regolatorio di riferimento in materia di promozione e sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili. La disciplina europea per la promozione e incentivazione delle energie rinnovabili è evoluta in maniera significativa negli ultimi 15 anni, nutrita da un complesso sistema di fonti e articolata in una «stratificazione» di norme sovranazionali, interne, primarie e secondarie.

Come noto, le c.d. fonti di energia rinnovabile costituiscono alternative ai combustibili fossili. L'energia eolica, solare, idroelettrica, oceanica, geotermica, biomassa e biocarburanti contribuiscono a ridurre le emissioni di gas a effetto serra, a diversificare l'approvvigionamento energetico e a ridurre la dipendenza dai mercati volatili e inaffidabili dei combustibili fossili, in particolare del petrolio e del gas. Nel 2021 le energie rinnovabili hanno rappresentato il 21,8 % del consumo finale lordo di energia dell'UE¹. Nel 2023 l'obiettivo dell'UE in materia di energie rinnovabili per il 2030 è stato innalzato al 42,5 % mirando a raggiungere il 45 %.

La base giuridica dello sviluppo della disciplina europea secondaria e nazionale di recepimento è fornita dall'art. 194 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, secondo cui nel quadro dell'instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: garantire il funzionamento del mercato dell'energia; garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; promuovere l'interconnessione delle reti energetiche.

* Sottoposto a referendum.

** Professoressa Associata di Diritto dell'Economia – Università di Roma Tor Vergata.

*** Giurista d'impresa. Tutte le opinioni rappresentate nel presente articolo appartengono esclusivamente all'Autore del contenuto e non rappresentano quelle di persone, istituzioni, società o organizzazioni a cui l'Autore può essere associato a titolo professionale o personale, se non diversamente indicato.

¹ A livello internazionale, in base ai dati dell'ultimo report dell'*International Renewable Energy Agency* (cd. IRENA), l'84% di tutta la capacità elettrica aggiunta nel 2022 è stata ottenuta da fonti rinnovabili; percentuale in aumento nel 2023, che ha raggiunto l'86%.

A tal fine, è previsto che il Parlamento europeo e il Consiglio, stabiliscano le misure necessarie per conseguire gli obiettivi citati, adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

Il Trattato chiarisce che le misure citate non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico. Il Consiglio può tuttavia stabilire le misure principalmente di natura fiscale, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo.

Come evidenziato in letteratura, gli interventi per sostenere le imprese nel settore energetico tradizionalmente sono stati affrontati come una questione eminentemente nazionale e gli aiuti sono stati sottoposti alla ferrea regola del divieto di cui all'art. 107, TFUE. L'impostazione è cambiata più recentemente, tenuto conto dell'interpolazione sussistente fra l'intervento di uno Stato e quello degli altri *partner* europei. Il ruolo dei soggetti pubblici è mutato in molti settori dell'economia, con un forte impulso armonizzatore svolto dall'Unione europea, a partire dalla crisi pandemica e poi proseguito con la crisi energetica riconducibile alle guerre in Ucraina e Israele. Quello energetico è un settore fondamentale dell'economia europea che riguarda interessi consolidati, involge questioni di geopolitica e rappresenta un elemento importante dal punto di vista macroeconomico².

A partire dal 2021 sono state avanzate una serie di proposte volte a rivedere e aggiornare la legislazione dell'UE in materia di energia, clima e biodiversità. Il pacchetto comprendeva proposte riguardanti la direttiva sulle energie rinnovabili, la direttiva sull'efficienza energetica, la direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici, la direttiva sulla prestazione energetica nell'edilizia, il pacchetto sul mercato dell'idrogeno e del gas decarbonizzato, il regolamento sulla riduzione delle emissioni di metano nel settore dell'energia, un Fondo sociale per il clima e molte altre proposte.

Con la direttiva 2001/77/CE l'Unione Europea, a seguito degli impegni alla riduzione delle emissioni inquinanti previste in ambito internazionale dal Protocollo di Kyoto adottato nel 1997, definiva il quadro comune per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili, recepita nell'ordinamento nazionale con il d.lgs. n. 387/2003. In applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione, il meccanismo incentivante costituiva una misura necessaria al raggiungimento di obiettivi strategici ma, al contempo, provvisoria, in quanto destinata a permanere solo fino alla equiparazione fra i costi d'investimento per l'installazione di impianti di energia rinnovabile e quelli previsti per altre forme di generazione elettrica. Il meccanismo risultava di fatto già in tensione con i principi in tema di divieto di aiuti di Stato e con la tutela della concorrenza nel mercato. Il d.lgs. n. 387/2003, di recepimento in Italia, individua gli obiettivi nella promozione di un maggior contributo delle fonti energetiche rinnovabili alla produzione di elettricità nel relativo mercato italiano e comunitario e nel favorire lo sviluppo di impianti di microgenerazione elettrica alimentati da fonti rinnovabili.

La direttiva sulle energie rinnovabili del 2009 stabiliva che entro il 2020 il 20 % del consumo finale lordo di energia dell'UE e il 10 % del consumo energetico del settore dei trasporti di ogni Stato membro sarebbero dovuti provenire da fonti rinnovabili. Definiva diversi meccanismi che gli Stati membri potevano applicare per promuovere gli investimenti nelle fonti di energia rinnovabili. Questi sono stati chiamati a sviluppare traiettorie indicative per

² Sul punto tra gli altri, G. Luchena, *Crisi energetica e aiuti di Stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'economia.*, 1, 2022, 129 ss.; Id., *Programmazione multilivello dell'economia e condizionalità*, in *Federalismi.it, Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 22 febbraio 2022; Id., *Transizione ecologica, Atti del Convegno L'attuazione nazionale del Recovery Fund e il futuro dell'Europa*, in *Passaggi costituzionali*, 2021; G. Certina Feroni, *Contesto e prospettive delle energie rinnovabili in Italia: tra diritto e politica*, in *Federalismi.it*, 25 giugno 2014.

conseguire i loro obiettivi, a presentare piani d'azione nazionali per le energie rinnovabili e pubblicare ogni due anni relazioni nazionali sullo stato di avanzamento delle energie rinnovabili.

Una versione riveduta della direttiva sulle energie rinnovabili è entrata in vigore a dicembre 2018 e ha stabilito un nuovo obiettivo vincolante per l'UE in materia di energie rinnovabili pari ad almeno il 32 % dei consumi energetici finali lordi entro il 2030 e un obiettivo più ambizioso, pari al 14 %, per quanto riguarda la quota di energia rinnovabile nel settore dei trasporti entro il 2030. Il Regolamento europeo 2018/1999 prevede che gli Stati membri dell'Unione proponano obiettivi energetici nazionali e definiscano piani nazionali decennali per l'energia e il clima per il periodo 2021-2030 da presentare entro marzo 2023. Tali piani sono monitorati ogni due anni attraverso relazioni sullo stato di avanzamento e sono valutati dalla Commissione, che può adottare misure a livello dell'UE per garantire la loro coerenza con gli obiettivi generali dell'Unione.

2. Alcune recenti modifiche in materia di politica energetica. Si è giunti, poi, alla dir. UE 2023/2413, frutto di tre importanti modifiche in materia di politica energetica.

La prima modifica volta ad allineare gli obiettivi dell'Unione in materia di energie rinnovabili alla sua nuova ambizione climatica, aumentando l'obiettivo vincolante di fonti energetiche rinnovabili per l'UE al 40 % entro il 2030 e promuovendo la diffusione di combustibili rinnovabili, come l'idrogeno, nell'industria e nei trasporti con obiettivi secondari aggiuntivi. La seconda (piano *REPowerEU*) introdotta a seguito dell'aggressione russa nei confronti dell'Ucraina, è finalizzata ad accelerare la transizione verso l'energia pulita in linea con la decisione di eliminare gradualmente la dipendenza dai combustibili fossili russi, innalzando l'obiettivo vincolante di fonti energetiche rinnovabili per l'UE al 45 % entro il 2030 attraverso l'installazione di pompe di calore, l'aumento della capacità solare fotovoltaica e l'importazione di idrogeno rinnovabile e biometano.

Nel 2022 è stata introdotta una terza modifica (sotto forma di regolamento del Consiglio) per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili presumendo che gli impianti di energia rinnovabile siano di interesse pubblico prevalente, il che consentirebbe autorizzazioni più rapide per i progetti in materia di energie rinnovabili e deroghe specifiche alla legislazione ambientale dell'UE.

A fine 2023 l'aggiornamento della direttiva sulle energie rinnovabili ha portato al 42,5 % l'obiettivo per il 2030 in materia di fonti energetiche rinnovabili, mentre gli Stati membri puntano a raggiungere il 45 %. Si accelera il processo di rilascio delle autorizzazioni per costruire centrali elettriche nuove a energia rinnovabile, come pannelli solari o parchi eolici, così definendo il tempo massimo per l'approvazione dei nuovi impianti in 12 mesi nelle zone di riferimento per le energie rinnovabili e 24 mesi altrove. Nel settore dei trasporti, invece, sono definiti i seguenti obiettivi: 29 % per la quota di energia rinnovabile entro il 2030 o una riduzione del 14,5 % delle emissioni di gas a effetto serra attraverso un uso maggiore di biocarburanti avanzati e combustibili rinnovabili di origine non biologica, come l'idrogeno. Per l'industria si applica un obiettivo vincolante del 42 % di idrogeno rinnovabile nel consumo totale di idrogeno entro il 2030 e del 60 % entro il 2035, nonché un obiettivo indicativo di un aumento medio annuale delle fonti di energia rinnovabili di 1,6 punti percentuali. Ciascuno Stato membro è chiamato inoltre a stabilire un obiettivo indicativo del 5 % della nuova capacità di energia rinnovabile installata proveniente da tecnologie innovative entro il 2030.

Dal punto di vista fiscale, invece, a metà 2021 la Commissione ha avviato il percorso di revisione della direttiva sulla tassazione dei prodotti energetici (2003/96/CE), pubblicando una proposta, con cui chiede di allineare la tassazione dei prodotti energetici alle politiche

dell'UE in materia di ambiente e clima e allo stesso tempo promuovere le tecnologie pulite, eliminando esenzioni obsolete e aliquote ridotte attualmente previste in caso di uso dei combustibili fossili.

Sul versante strettamente nazionale, ai fini che qui rilevano, si segnala, tra le importanti novità per il mercato energetico, la redazione di un quadro normativo definito per lo sviluppo delle c.d. Comunità Energetiche Rinnovabili («CER») a qualche anno di distanza dell'entrata in vigore dell'art. 31, d.lgs. n. 199/2021, che ha introdotto in Italia una disciplina specifica in materia. Con decreto del 23 febbraio 2024, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica è intervenuto in attuazione del d.m. 7 dicembre 2023, approvando le «regole operative per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso e al contributo PNRR» elaborato dal GSE, per definire modalità e tempistiche per richiedere le due tipologie di incentivo previste: i contributi in conto esercizio e quelli in conto capitale³. Le Comunità Energetiche Rinnovabili rappresentano un importante cambiamento nel rapporto tra cittadini ed energia e un passo fondamentale nella promozione dell'autoconsumo di energia da fonti rinnovabili e nel raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità che l'Europa si è posta entro il 2030.

In questo contesto europeo e nazionale di recepimento, si inserisce la complessa normativa secondaria che contiene la disciplina delle diverse forme di incentivazione, costituita dai numerosi atti regolamentari e amministrativi generali, anche di *soft law* quali *Linee Guida*, *Regole Applicative* e *Istruzioni Operative* finalizzate ad uniformare l'azione amministrativa degli enti muniti di competenze in materia, tra cui prevalentemente il Gestore dei Servizi Energetici⁴.

3. Il c.d. principio europeo di *legitimate expectation dell'operatore economico*. La normativa in materia di incentivazione della produzione di energia elettrica rappresenta un campo di applicazione privilegiato del principio del legittimo affidamento dell'operatore economico che, già a partire dalle elaborazioni giurisprudenziali della Corte di Giustizia degli anni '70 del secolo scorso, ha trovato riconoscimento nell'ordinamento europeo.

Il quadro regolatorio di riferimento attribuisce al privato un beneficio in assenza del quale l'attività economica, presumibilmente, non sarebbe stata compiuta o sarebbe compiuta in forme e in quantità diverse. Inoltre, in virtù di tale normativa si instaura un rapporto di durata tra il privato e l'amministrazione⁵.

Come noto, la *legitimate expectation* conduce – nella giurisprudenza sovranazionale – a ritenere che una situazione di vantaggio riconosciuta ad un privato da un atto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, se non a fronte della necessità di salvaguardare un interesse pubblico rilevante. Da tale rivalutazione dell'interesse pubblico conseguirebbe il riconoscimento di una tutela indennitaria a favore del privato, che ristori del venir meno della posizione acquisita⁶. Il diritto di avvalersi di tale principio, secondo consolidata giurisprudenza europea, presuppone che rassicurazioni «precise», «incondizionate» e «concordanti», provenienti da fonti autorizzate e affidabili, siano state

³ Sul sito del GSE sono ora online i portali per l'invio delle richieste dei contributi per le CER. <https://www.gse.it/servizi-per-te/autoconsumo/gruppi-di-autoconsumatori-e-comunita-di-energia-rinnovabile>.

⁴ Tra gli altri, i c.d. «conti energia» per la fonte fotovoltaica (d.m. 28 luglio 2005, 19 febbraio 2007, 6 agosto 2010, 5 maggio 2011); il d.m. 28 dicembre 2012 per quanto riguarda il meccanismo dei titoli di efficienza energetica («certificati bianchi»); i d.m. 6 luglio 2012 e 23 giugno 2016 per l'incentivazione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico.

⁵ Per un approfondimento, si veda F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 98, 2019, 229-267.

⁶ Sulla qualificazione del principio del legittimo affidamento come uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea, Corte Giust., *Agrargenossenschaft Neuzelle*, sentenza del 14 marzo 2013, causa C- 545/11.

fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione. Tale diritto spetta a qualsiasi soggetto in capo al quale un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione abbia ingenerato aspettative fondate, fornendogli precise rassicurazioni⁷.

La nozione del legittimo affidamento nasce in alcuni ordinamenti domestici e poi viene integrata nell'ordinamento europeo per il tramite della Corte di giustizia e della sua attività di *rule making*, secondo il c.d. *legal transplant*, fenomeno di interazione degli ordinamenti multilivello che compongono l'Unione europea. In particolare, i principi giuridici dell'attività amministrativa di matrice europea e quelli rivenienti dalle esperienze giuridiche nazionali si integrano nello *ius commune* attraverso la rete tra Corti nazionali e Corte di giustizia. Un fenomeno riconducibile al processo interattivo tra *jura particularia* convergenti funzionalmente verso uno *jus commune*, che si affianca al processo di armonizzazione delle discipline nazionali nei diversi settori⁸. Il meccanismo di «contagio o influenza tra principi» può avvenire in senso «ascendente», dagli ordinamenti nazionali a quello sovranazionale, ovvero «discendente», ma anche in senso «ciclico», con l'effetto di produrre una sorta di osmosi di esperienze e categorie con conseguente tendenziale convergenza fra diversi modelli amministrativi a livello europeo.

Nell'ordinamento tedesco il principio del legittimo affidamento nasce come corollario di quello di certezza del diritto, il c.d. *rechtsicherheit*, connesso al brocardo *non venire contra factum proprium*, che evoca la non contraddizione tra l'atto e il proprio precedente comportamento. Dagli inizi del Novecento la dottrina ha attribuito notevole rilevanza al principio dell'affidamento del cittadino, nei confronti di altri soggetti privati, ma anche e soprattutto dei soggetti pubblici, considerandolo come una ramificazione del principio della certezza del diritto⁹. La dottrina, ha riconosciuto rilevanza al principio trovando affermazione nei rapporti tra privati, ma soprattutto in quelli tra i privati e la pubblica amministrazione. Si è quindi posto come parametro di legittimità dell'*agere* amministrativo lesivo dell'affidamento nel perdurare di una condizione vantaggiosa, divenendo principio fondamentale dello Stato di diritto¹⁰.

Nell'ordinamento inglese, il principio è riconducibile al c.d. *estoppel principle*, secondo cui se

⁷ La Corte di Giustizia ha stabilito per la prima volta che il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario con la sentenza *Töpfer*, Corte di giustizia, *Töpfer*, sentenza del 3 Maggio 1978, causa C-12/77. Corte Giust, *Kabla Thüringen Porzellan/Commissione*, sentenza del 16 dicembre 2010, causa C-537/08 P, punto 63; Id, *HGA e a./Commissione*, sentenza del 13 giugno 2013, causa da C-630/11 P a C-633/11 P, punto 132.

⁸ Sul punto si veda, tra gli altri, E. Chiti, *L'evoluzione del sistema amministrativo europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, 684; M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 174.; M. Aloise, *Effetti del diritto comunitario sulle situazioni giuridiche soggettive tutelate dal diritto amministrativo italiano*, in *opiniojuris.it*, 1998.; A. Massera, *Note minime sul diritto amministrativo dell'integrazione europea*, in *Ciencia de la Legislacion*, 2, 2009. Si veda, tra gli altri, anche a C. Contessa, *I principi regolatori dell'azione amministrativa fra diritto nazionale ed eurounitario*, in *dirittoamministrativo.it.*, 2020; M. Bacci, *L'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *masterdirittoprivatoeuropeo.it*, 2015.; R. Sestini, *Legittimo affidamento e certezza giuridica*, in www.agatif.org/download/2012-Lionerel-Sestini.pdf, 2-3, 2012.; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 177 ss.

⁹ La Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca, sostenendo la meritevolezza di tutela dell'affidamento di un cittadino che abbia legittimamente confidato nel perdurare di una condizione per lui vantaggiosa, lo ha definito come un principio fondamentale dello Stato di diritto (BVerfGE, 18 dicembre 1953, n. 15; 24 luglio 1957, n. 14; 14 Marzo 1963 n. 30; 29 gennaio 1969, n. 20; 20 aprile 1982, n. 20; 3 giugno 1992, n. 15).

¹⁰ BVerfGE, 3, 237 (sent. n. 15 del 18 dicembre 1953); BVerfGE, 7, 89 ss. (sent. n. 14 del 24 luglio 1957); BVerfGE, 15, 319 (sent. n. 30 del 14 marzo 1963); BVerfGE, 25, 167 ss. (sent. n. 20 del 29 gennaio 1969); BVerfGE, 27, 297 ss. (sent. n. 28 del 16 dicembre 1969); BVerfGE, 60, 267 (sent. n. 20 del 20 aprile 1982); BVerfGE, 86, 268 II, 327 (sent. n. 15 del 3 giugno 1992).

un soggetto, con le sue parole o un suo comportamento, induce un altro a confidare su una situazione di apparenza, non gli è consentito successivamente di agire in contraddizione con l'affidamento ingenerato, se ciò condurrebbe ad un risultato in contrasto con «giustizia ed equità».

Nell'ordinamento italiano, il legittimo affidamento può essere considerato esplicitazione del dovere di buona fede, che si fa discendere dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che consiste nell'esercitare i diritti in maniera tale da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui¹¹. Nel contesto nazionale, il legittimo affidamento nel rapporto amministrazione-privato è stato tradizionalmente improntato su una tutela demolitoria ed è divenuto principio e canone di comportamento con il tempo, in quanto ritenuto assorbito dall'interesse pubblico sotteso all'esercizio del potere amministrativo¹².

Quanto ai presupposti operativi del principio di legittimo affidamento, rilevano un profilo oggettivo ed uno soggettivo: il vantaggio attribuito da un atto amministrativo unitamente al decorso di un ragionevole lasso di tempo tale da ingenerare l'aspettativa verso il consolidamento del vantaggio stesso, e la buona fede non colposa del destinatario dell'atto ampliativo.

Taluna dottrina sostiene che per l'ordinamento comunitario il principio di legalità formale possa arretrare di fronte alla necessità di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici, privilegiando l'intangibilità di un provvedimento attributivo di un vantaggio in favore di un privato che abbia confidato, in buona fede, sulla stabilità del beneficio concesso¹³. Attraverso la c.d. «giurisprudenza creativa» della Corte di giustizia sorgono le premesse per l'emersione di un diritto europeo alla parità, intesa come assenza di ingiustificate posizioni di privilegio del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Così, a partire dalla sentenza *Töpfer* viene espressamente riconosciuta la tutela dell'affidamento, così sancendo l'ingresso del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento giuridico europeo, la cui inosservanza determina una violazione del trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione¹⁴.

Mentre nell'elaborazione giuridica nazionale il principio in esame assurge a regola di comportamento del contegno amministrativo, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione esso rappresenta una regola di carattere generale, c.d. *attizia*, volta a limitare il potere amministrativo di disconoscere i vantaggi riconosciuti con pregressi atti (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4392/2020). Sotto il profilo oggettivo, impone da un lato che le norme di diritto

¹¹ Nella dottrina italiana, tra gli altri, L. Vagni, *La regola dell'affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2013, 573 ss.; S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 27; G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in sna.gov.it/www.sspa.it/wp-content/uploads/2010/04/rilievoprincipiolegittimo-affidamento.pdf, 2010, 6; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, 12 ss.; G. Falcon, *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 360; D.U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2008, 1912 ss.; Id., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Foro amm. TAR*, 4, 2008, 757 ss.; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta all'alternanza»*, Milano, 2001, 21 ss.; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento del cittadino tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; E. Castorina, «Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio «comune», in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1998, 1194 ss.; P. Mengozzi, *Da un case by case balance of interests a un two step analysis approach nella giurisprudenza comunitaria in tema di tutela del legittimo affidamento*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, 638 ss.

¹² E. Guicciardi, Recensione a K. H. Schmitt, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 556 ss.

¹³ Così F. Caringella, L. Tarantino, *Lezioni e sentenze di diritto amministrativo*, Roma, 2012, 590 ss.

¹⁴ Corte Giust. *Töpfer c. Commissione*, sentenza del 3 maggio 1978, causa 112/77.

siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, in particolare quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese. Presuppone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza. Sotto il profilo soggettivo, invece, è funzionale ad assicurare la tutela delle singole situazioni giuridiche.

Il legittimo affidamento del privato risulti tutelabile solo ove, in sede di giudizio di comparazione, esso sia prevalente rispetto all'interesse pubblico contrapposto, mentre ove si trovi in rapporto dialettico con un interesse pubblico di natura inderogabile, la tutela del principio in esame risulterà recessiva. Come chiarito dalla Corte di giustizia, la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è concessa a ogni operatore economico in capo al quale un'autorità nazionale ha fatto sorgere aspettative fondate, ma la tutela dello stesso dipende dalla comparazione degli interessi in gioco e dal caso specifico. Tuttavia, come si chiarirà meglio di seguito, qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento atto a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio di tale principio nel caso in cui tale provvedimento sia adottato¹⁵.

Un caso emblematico in cui la tutela del legittimo affidamento è stata invocata ha riguardato alcune banche nazionali slovene durante la crisi finanziaria 2007 che chiedevano di ottenere il salvataggio con denaro pubblico. Nel caso *Kotnik*, la Corte di giustizia ha dichiarato che gli azionisti e i creditori subordinati delle banche oggetto di misure *burden sharing* non possono avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento per opporsi all'attuazione delle stesse¹⁶. Il diritto di avvalersi di tale principio, secondo consolidata giurisprudenza, presuppone che rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate e affidabili, siano state fornite all'interessato dalle autorità competenti dell'Unione e comunque, la tutela della stabilità finanziaria è stata ritenuta prevalente nel caso specifico, così supportando la virata europea dal *bail-out* al *bail-in* nella gestione delle crisi bancarie¹⁷. L'affermazione della Corte di Giustizia ha una portata di grande rilievo, anche in considerazione del valore di diritto primario riconosciuto ai principi sanciti dalla sua giurisprudenza. Essa statuisce che il potere discrezionale delle istituzioni europee è in grado di prevalere sul principio del legittimo affidamento.

4. L'interpretazione e i chiarimenti forniti dalla giurisprudenza amministrativa sui poteri di verifica e controllo e la tutela del legittimo affidamento. Nell'ordinamento nazionale, come noto, i principi europei sono annoverati tra i principi generali dell'azione legislativa e amministrativa per il tramite, rispettivamente, dell'art. 117, c. 1, Cost., e dell'art. 1, c. 1, della legge generale sul procedimento amministrativo, la l. n. 241/1990.

¹⁵ Corte Giust., *SD/Agrárminiszter*, sentenza del 16 ottobre 2019, causa C-490/18. In letteratura vedi J. Temple Lang, *Legal certainty and legitimate expectations as general principles of law*, in U. Bernitz, J. Nergelius, *General principles of EC law*, The Hague, 1999, 170.

¹⁶ Corte Giust., Grande Sezione, *Kotnik e a. - Pres. K. Lenaerts - Avvocato generale N. Wahl*, sentenza del 19 luglio 2016, causa C-526/14 - Per un commento tra gli altri B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2016.

¹⁷ Il fatto che nel corso della prima fase della crisi finanziaria internazionale si sia fatto un massiccio ricorso a forme di ricapitalizzazioni pubblicistiche, senza che i creditori subordinati fossero stati invitati a contribuire al salvataggio degli istituti di credito, non consente ai creditori di cui al procedimento principale di avvalersi del principio di tutela del legittimo affidamento. Infatti, tale circostanza non integra gli estremi di una rassicurazione precisa, incondizionata e concordante, in grado di far sorgere in capo ad azionisti e creditori subordinati un legittimo affidamento a non essere sottoposti in futuro a misure di condivisione degli oneri.

Come ricordato, il principio del legittimo affidamento rappresenta un canone dell'azione amministrativa e corollario della certezza del diritto e del buon andamento della pubblica amministrazione¹⁸. Esso mira a realizzare un giusto equilibrio nel rapporto tra amministrazione ed amministrati e può definirsi quale stato di fiducia del cittadino sull'apparenza delle situazioni e dei fatti, che si consolida grazie al protrarsi di un lungo periodo di tempo.

Una *apparentia iuris*, quindi, che in virtù del tempo e della buona fede si impone al ricorrere di tre elementi che rendono l'affidamento effettivamente tutelabile: l'elemento oggettivo, ossia il provvedimento attributivo del vantaggio; l'elemento soggettivo, ossia la buona fede del privato destinatario del beneficio; e l'elemento temporale, ossia il decorso di un certo lasso di tempo¹⁹.

Ebbene, nel contesto di riferimento, il tema della tutela del legittimo affidamento si è posto con specifico riferimento alle modifiche normative di disposizioni incentivanti, cui corrispondono, nel tempo, opposti orientamenti della giurisprudenza costituzionale e di legittimità²⁰. Dapprima, infatti, esigenze di tutela dell'affidamento legittimo si sono poste per i produttori attivi nel campo della produzione di energia da fonte idrica²¹, tuttavia, l'ambito nel quale si consolida più di recente l'orientamento interpretativo della Consulta sul principio del legittimo affidamento applicato alla normativa sopravvenuta in materia di incentivazione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili è il fotovoltaico.

In questa sede, ci si soffermerà sulla invocata lesione dell'affidamento dei beneficiari di incentivi per la produzione di energia da fonte solare ad opera del cd. spalma incentivi²², in virtù del quale dal 2015 le tariffe incentivanti spettanti per impianti con potenza superiore ai

¹⁸ La letteratura sul principio del legittimo affidamento è vasta. Il primo e più risalente studio in argomento è di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

¹⁹ In tal senso, M. Caprioli, *Il potere di autotutela della P.A. in seguito all'entrata in vigore della l. 124/2015 (Legge Madia)*, in *Dir. e giurisprudenza*, 3, Roma, 2016, 116 ss. Giova rammentare, tuttavia, l'esistenza di una dottrina critica al riconoscimento di una correlazione netta tra il principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento. Invero, nelle elaborazioni giurisprudenziali in materia, a volte il principio della tutela dell'affidamento è definito un corollario del principio di certezza; talaltra la giurisprudenza sottolinea la diversità dei due principi e dei presupposti per la loro applicazione, in ragione della valenza soprattutto oggettiva del principio di certezza, posto a presidio di valori ordinamentali, quali l'efficienza e l'efficacia, e invece soggettiva dell'altro, nel quale prevale l'interesse dei privati alla stabilità delle proprie aspettative. Così, M. Gigante, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II., 135, Milano, 2017.

²⁰ F. Scalia, nel saggio citato, ricorda come il tema si sia posto: «[...] non solo nei confronti di leggi retroattive in senso proprio, quanto- soprattutto- di leggi caratterizzate da una retroattività impropria, in quanto formalmente pro futuro, ma incidenti su rapporti di durata sorti in forza della normativa dalle stesse modificate». La definizione di retroattività impropria è offerta da V. Onida, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, in E. Bruni Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *Il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici*, Milano, 2007. Secondo l'A., si parla di «retroattività propria» quando la legge attribuisce una nuova qualificazione giuridica a fatti già avvenuti, incidendo in senso modificativo su effetti giuridici già prodotti; si ha «retroattività impropria» quando la legge reca, per il futuro, innovazioni sui presupposti e sugli elementi costitutivi del trattamento giuridico di rapporti già in corso, sorti sulla base delle norme preesistenti, e destinati a durare nel tempo, per effetto di nuove valutazioni del legislatore.

²¹ La l. n. 592/1982, riconosceva ai concessionari di grandi derivazioni la possibilità di ottenere una proroga della durata della concessione a fronte dell'assunzione- da parte degli operatori economici- degli investimenti necessari a conseguire un aumento di potenza e di produzione di energia. Effettuati gli interventi richiesti dalla legge, il procedimento non giunse mai a conclusione, con la prevista approvazione della convenzione da parte del Ministero dell'Industria, che avrebbe dovuto confermare il prolungamento della concessione, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 79/1999, che ha trasferito alle Regioni le competenze amministrative in materia. Adite le competenti autorità, i giudici amministrativi prima e le Sezioni Unite della Cassazione (Cass. SS.UU., nn. 4194/2016, 4195/2016 e 4196/2016) poi respinsero i ricorsi proposti da quegli operatori che avevano fatto affidamento su una delle leggi di incentivazione poi dichiarata incostituzionale.

²² Art. 26, c. 3, d.l. n. 91/2014 (conv. in l. n. 116/2014).

200 kW sarebbero state rimodulate secondo tre opzioni, tutte peggiorative rispetto ai regimi anteriori, cristallizzati nelle convenzioni stipulate dagli operatori economici con il GSE. La costituzionalità della norma in commento è stata posta in discussione dal Tar Lazio, con sessantatré ordinanze di rimessione, relative ad altrettanti giudizi.

I Giudici rimettenti prospettavano la violazione del principio del legittimo affidamento ad opera della normativa sopravvenuta, incidente su posizioni di vantaggio acquisite e consolidate nella sfera giuridica degli operatori economici, in virtù delle convenzioni sottoscritte con il GSE. Tale lesione venne ricondotta alla violazione degli artt. 3²³ e 41 Cost., e degli artt. 11 e 117, c. 1 Cost., in relazione all'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e all'art. 6, par. 3, del TUE. Più nello specifico, si sosteneva la violazione dell'art. 3 Cost. per i profili di irragionevolezza e sproporzione dell'intervento normativo avuto riguardo alle finalità perseguite dal legislatore, nonché per i profili di disparità di trattamento tra operatori economici titolari di impianti di energia da fonte fotovoltaica e i restanti operatori economici operanti nel campo delle rinnovabili diverse dal fotovoltaico.

5. La posizione della Corte costituzionale. I dubbi di incostituzionalità prospettati dal Tar Lazio sono stati analizzati e rigettati dalla Corte Costituzionale con la sent. n. 16/2017²⁴, che si è soffermata sulla medesima previsione normativa poi oggetto di scrutinio da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea, ossia l'art. 26, cc. 2 e 3, d.l. n. 91/2014, conv. con mod. in l. n. 116/2014.

La Consulta ribadisce il proprio orientamento consolidato, affermando che l'affidamento del cittadino costituisce un elemento fondamentale e indispensabile di uno Stato di diritto; tuttavia, rigetta la questione di incostituzionalità ritenendo che la sua tutela non osta, in modo assoluto, all'emanazione da parte del legislatore di previsioni normative che modificano in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti di durata, con l'unico limite rappresentato dalla illegittimità di una normativa retroattiva in materia penale.

Il ragionamento della Consulta, dunque, si fonda, da un lato, sul criterio di ragionevolezza e, dall'altro, sul bilanciamento degli interessi rilevanti nella vicenda di cui trattasi. Quanto al primo profilo, è noto come il Giudice delle Leggi non abbia mai *tout court* considerato incostituzionale la portata retroattiva di una norma – salvo il menzionato limite di cui all'art. 25, c. 2, Cost. – ritenendo, ad ogni modo, le leggi retroattive «sospette» e, come tali, bisognose di uno scrutinio di ragionevolezza rinforzato²⁵. Tale scrutinio rinforzato, valutato alla luce della *ratio legis* di cui al d.l. n. 91/2014, consente alla Corte di: «[...] escludere che questa [la norma impugnata, *id est* l'art. 26 del testo normativo in commento, n.d.r.] abbia 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, così da ledere – come si denuncia – il principio evocato». Infatti, afferma la Consulta che il legislatore del 2014 sia intervenuto, nella materia in esame, al dichiarato fine di «favorire una migliore

²³ Dalla fine degli anni '90, la Consulta ha rinvenuto il fondamento costituzionale del principio del legittimo affidamento nell'art. 3 Cost. Si veda, in tal senso, Corte cost., sent. n.108/2016, secondo cui il principio di esame: «... è custodito da una delle molteplici declinazioni dell'art. 3 Cost. Il principio dell'affidamento, benché non espressamente menzionato in Costituzione, trova tutela all'interno di tale precetto tutte le volte in cui la legge ordinaria muti le regole che disciplinano il rapporto tra le parti come consensualmente stipulato».

²⁴ Per una disamina completa del testo, si rinvia alla lettura della sentenza consultabile su <https://www.giurcost.org/decisioni/2017/0016s-17.html>.

²⁵ In dottrina si afferma, sin da epoca risalente, che il principio di irretroattività delle leggi non rappresenta un criterio vincolante per il legislatore, ma piuttosto un criterio direttivo. Così come, in materia extra penale, esso viene indicato quale impegno morale» più che giuridico. Si vedano, in tal senso, R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 283 ss.; A. Sandulli, *Il principio di irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, II, 1947, 73 ss.

sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili» (art. 26, c. 1, d.l. n. 91/2014) 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, l'intervento legislativo di cui trattasi non può considerarsi irragionevole, arbitrario o imprevedibile, rispondendo, *a contrario*, 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. Infatti, l'intervento legislativo del 2014 nasceva in un contesto in cui, a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per i produttori di energia solare, si verificava una ricaduta di tale onere economico sugli utenti finali di energia elettrica. Pertanto, il legislatore avrebbe agito in ottica perequativa, per pervenire ad una distribuzione equa degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici.

Ad ogni modo, anche a fronte del pronunciamento della Consulta, il Tar Lazio²⁶ ha rimesso al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione di compatibilità con i principi generali dell'UE di legittimo affidamento e certezza del diritto della normativa nazionale del cd. spalma-incentivi.

Il dubbio di compatibilità sorgeva anche alla luce della pregressa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, poiché, nel caso di specie, la modifica normativa avrebbe inciso in senso sfavorevole sulle convenzioni individualmente stipulate con il GSE, prima ancora della loro scadenza. Conseguentemente, i Giudici rimettenti si interrogano se, anche alla luce del criterio dell'operatore economico prudente e accorto, la prevedibilità della modifica normativa peggiorativa possa conseguire ad una diversa considerazione degli interessi in gioco da parte del legislatore nazionale, anche in assenza di circostanze eccezionali che la giustifichino e a fronte di convenzioni stipulate tra l'operatore stesso ed una parte pubblica, che fissano la misura dell'incentivo per una durata ventennale.

6. L'attività interpretativa della Corte di Giustizia dell'UE con funzioni di rule making. La Corte di Giustizia dell'Unione europea dal canto suo ha riconosciuto la legittimità delle previsioni di cui agli artt. 26, cc. 2 e 3, nonché dell'art. 3, d.l. n. 91/2014, conv. in l. n. 116/2014 nella parte in cui dispone una revisione delle tariffe incentivanti per la produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici²⁷.

Non ha ritenuto integrata la invocata violazione dei principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento, in quanto ha ritenuto che la formulazione della normativa nazionale costituisce un'indicazione sufficientemente chiara per gli operatori economici nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi. In definitiva, è stato ritenuto che la normativa europea in materia di energia «non osta ad una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti

²⁶ Tar Lazio, Sez. III-ter, 28/09/2018, n. 11124. Gli ulteriori parametri di legittimità invocati dai Giudici amministrativi sono stati il principio di leale cooperazione ed effetto utile, nonché gli artt. 16 e 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE riguardanti, rispettivamente, la libertà d'impresa e il diritto di proprietà, con la Dir. CE n. 2009/28/CE e con l'art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell'energia.

²⁷ Corte Giust., Sez. IV, 15/04/2021, C-798/18 e C-799/18.

e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti ma non ancora dovuti».

Nel ragionamento seguito dal giudice europeo, in particolare, rileva, da un lato, che le convenzioni stipulate dall'operatore economico con il GSE, concluse sulla base di contrattati-tipo, non assegnavano incentivi agli impianti, ma si limitavano a fissare le modalità della loro erogazione e, con riferimento alle convenzioni siglate dopo il 31/12/2012, il GSE si riservava di modificare unilateralmente le condizioni poste, in caso di eventuali sviluppi normativi. Dall'altro, la Corte di Giustizia dell'Unione europea afferma che le misure introdotte dal cd. spalma incentivi non incidono su incentivi già riconosciuti, ma esse erano applicabili *pro futuro*, a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.l. n. 91/2014 con riferimento ad incentivi previsti, ma non ancora dovuti.

Con la richiamata sentenza, dunque, la Corte ribadisce il proprio costante orientamento in materia di tutela dell'affidamento legittimo, da scrutinare alla luce del parametro della imprevedibilità, per un operatore prudente e accorto, della modifica legislativa che incida, in senso peggiorativo, su rapporti sorti in virtù della previgente disciplina, e del parametro oggettivo della cd. base affidante, ossia un atto precedente su cui incide la novella legislativa, contenente rassicurazioni precise o provenienti da enti e/o soggetti autorizzati e affidabili²⁸. Tuttavia, se è vero che l'operatore economico non può riporre affidamento nel fatto che non interverrà alcuna modifica legislativa, è anche vero che egli può porre in discussione le modalità di applicazione della modifica stessa da parte del legislatore.

Alla luce di quanto precede, il giudice del rinvio è stato chiamato, dunque, a compiere il sindacato, anche di proporzionalità, sulla conformità della normativa nazionale al principio invocato, una volta ottenuti tutti gli elementi interpretativi rientranti nel diritto dell'Unione che possono consentirgli di valutare tale conformità²⁹. A tal fine, il giudice del rinvio può tener conto di tutti gli elementi rilevanti ricavabili dai termini, dalla finalità o dall'economia delle normative in questione.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha, anche successivamente, avuto occasione di analizzare il rapporto tra il sistema normativo dell'incentivazione delle energie rinnovabili e la tutela del legittimo affidamento, ribadendo i principi di diritto già espressi con la citata decisione del 15 aprile 2021.

In particolare, con l'ordinanza del 1° marzo 2022³⁰, la Sezione Decima della Corte si è pronunciata in merito a sette rinvii pregiudiziali sollevati dal Tar Lazio³¹ ai sensi dell'art. 267 TFUE con riferimento, ancora una volta, all'art. 26, d.l. n. 91/2014, conv. in l. n. 116/2014 in rapporto, tra gli altri, agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, in linea con il proprio precedente indirizzo interpretativo, ha concluso nel senso che l'art. 3, par. 3, lettera a), direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili e gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,

28 La Corte Giust., inoltre, pone l'accento sulla necessità che il legislatore nazionale preveda un adeguato periodo transitorio per consentire agli operatori economici di adeguarsi al mutato quadro normativo, ovvero preveda idonee compensazioni.

29 Punto 43 della sentenza del 15/04/2021, cit. Si veda anche le ordinanze del 13/02/2019, 12/06/2019 e 7/02/2020. Il rinvio pregiudiziale è stato sollevato nell'ambito dei giudizi di annullamento del d.m. 16/10/2014, recante le modalità per la rimodulazione delle tariffe incentivanti in attuazione del citato art. 26, d.l. n. 91/2014, nonché delle tabelle indicanti i fattori moltiplicativi da applicare ai fini del calcolo dell'incentivo, pubblicate dal GSE il 27/10/2014 e, inoltre, delle istruzioni operative adottate dallo stesso GSE e pubblicate sul proprio sito istituzionale in data 3/11/2014.

letti alla luce dei principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti, ma non ancora dovuti.

Nel ragionamento seguito dalla Corte europea, condotto dopo una ricognizione del quadro normativo di riferimento, costituito dal diritto internazionale, dell'UE e nazionale, e dopo avere richiamato i propri precedenti in argomento, è stato evidenziato che il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, da un lato, che le norme di diritto siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per i soggetti dell'ordinamento, segnatamente quando possono avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese.

In particolare, detto principio impone che una normativa consenta agli interessati di conoscere con esattezza la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti e i loro obblighi e regolarsi di conseguenza. Ne consegue che la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, esso non può invocare detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali.

7. Le verifiche rimesse al giudice nazionale. Ad ogni modo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea fa salve le verifiche rimesse esclusivamente al giudice nazionale, cui spetta esaminare se la normativa nazionale sia conforme ai principi oggetto di scrutinio della Corte, che fornisce in sede di rinvio tutti gli elementi interpretativi utili ai fini del menzionato sindacato di conformità.

Nel condurre il suo scrutinio, inoltre, il giudice nazionale può tenere conto di tutti gli elementi rilevanti ricavabili dai termini, dalla finalità o dall'economia delle normative in questione. E tali elementi, nel ragionamento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sono rinvenibili: (i) nell'art. 7, c. 2, d.lgs. n. 387/2003, nella misura in cui «indica all'operatore economico prudente e accorto [...] che gli incentivi in questione non erano garantiti a tutti gli operatori interessati per un periodo determinato, tenuto conto, in particolare, del riferimento a un importo decrescente delle tariffe incentivanti nonché alla durata limitata dell'incentivo e della fissazione di un limite massimo di potenza elettrica cumulata ammissibile all'incentivo medesimo»; (ii) nella natura delle convenzioni concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici e il GSE, firmate sulla base di contratti-tipo, che non assegnavano, di per sé, incentivi agli impianti stessi, ma fissavano unicamente le modalità della loro erogazione, e che, per le convenzioni concluse dopo il 31/12/2012, 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; (iii) in aggiunta, le modifiche apportate dall'art. 26 citato non hanno portata retroattiva e sono applicabili a decorrere dall'entrata in vigore del decreto-legge stesso.

Il Tar Lazio³² si è da ultimo pronunciato sulla validità del citato d.l. n. 91/2014, facendo piena applicazione dei criteri ermeneutici forniti dalla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, e dalla precedente giurisprudenza di costituzionalità. Il giudice amministrativo ha ritenuto, tra le altre cose, che: «[...] la modifica alle tariffe precedentemente riconosciute deve essere ricondotta [...] al complessivo sistema e ratio dei sistemi incentivanti, non obbligatori e sempre modificabili secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia, soggetti ad evoluzione legislativa coerentemente alle caratteristiche di mutevolezza e temporaneità proprie dei regimi di sostegno; inoltre, non è possibile rinvenire un sinallagma tra gli investimenti effettuati dall'operatore e la tariffa che gli viene riconosciuta, considerato che al momento in cui viene deciso ed effettuato l'investimento non si ha alcuna sicurezza in ordine al riconoscimento del regime incentivante, il quale è subordinato [...] all'accertamento della sussistenza dei relativi requisiti, senza che via sia alcuna preventiva rassicurazione in ordine alla relativa spettanza».

Inoltre, con specifico riferimento alla modifica unilaterale delle convenzioni stipulate con il GSE, il Tar adito³³ ha avuto modo di precisare che le convenzioni tariffarie 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». Da ciò deriverebbe, ad ulteriore conferma della legittimità dell'intervento normativo oggetto di scrutinio, che l'esistenza della convenzione non implica automatica certezza per l'operatore economico di stabilità ed immutabilità della misura incentivante.

8. Alcune riflessioni conclusive. La transizione ecologica e la necessità degli Stati di far fronte ad una domanda di energia crescente pongono il legislatore, nazionale ed europeo, di fronte alla necessità di agire su due binari complementari per il raggiungimento del cd. *Green Deal*, nella ricerca dei capitali pubblici e privati necessari al finanziamento degli investimenti nelle rinnovabili³⁴.

Si è parlato di «nuovo modello» che non tende a disarticolare e a scomporre socialmente l'umanità», ma provi a «riconciliare crescita e ambiente»: un progetto ambizioso eppure necessario che, tuttavia, incontra non poche incognite nella composizione di opposti valori – economici, sociali e ambientali – da bilanciare in modo proporzionale³⁵. Un modello che trova risposta nella proposta della Commissione europea di realizzare il c.d. *Green Deal europeo* quale risposta al problema dei cambiamenti climatici e strumento di realizzazione

³² Si vedano, da ultimo, Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, n. 5576/2024 e Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, n. 5569/2024.

³³ Così, tra le altre, Tar Lazio, Roma, Sez. III-ter, n. 2814/2024.

³⁴ Sul tema, tra gli altri, A. Bartosh, *The EU Green Deal and Lessons Drawn from the Christmas Story of the Grinch*, in *European State Aid Law Quarterly*, 4, 2021, 459.; M. Passalacqua (a cura di), *Diritti e mercati nella transizione ecologica e digitale*, 2021; G. Luchena, *La programmazione europea nello scenario globale*, in *EuroBalkan Law Review and Economics Review*, 1, 2023, 247-283; Id., *Gli strumenti di sostegno pubblico alla conversione ambientale*, in M. Passalacqua (a cura di), cit., 183 ss.; M. Passalacqua, *Green Deal e transizione digitale verso un diritto eventuale*, ivi, 3 ss.; B. Celati, *Diritto per lo sviluppo economico nella transizione climatica*, ivi, 271 ss.; T. Favaro, *Pubblico, privato e collettivo: la transizione ecologica tra società e comunità*, ivi, 315 ss.; A. Polisenio, *Transizione energetica transnazionale*, in *Economia pubblica*, 2, 2023.

³⁵ G. Luchena, *Il rilancio dell'economia attraverso aiuti statali proattivi e condizionati*, in *Passaggi Costituzionali*; S. Cavaliere, *Economia circolare e intervento pubblico nell'economia: spunti di riflessione*, in www.dirittifondamentali.it, 31 marzo 2020, 4; E. Scotti, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Dir. Econ.*, 98, 2019, 494.

dell'Agenda 2030 e degli obiettivi di sviluppo sostenibile promossi dall'Onu³⁶. In tale prospettiva si muove il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, recante disposizioni in tema di semplificazione in materia di interventi su progetti o impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile e di taluni nuovi impianti, nonché di spalma incentivi, c.d. Decreto semplificazioni. Questo, nel caso in cui il Gestore disponga il rigetto dell'istanza di accesso agli incentivi, ovvero la decadenza ed il recupero di quanto già percepito per riscontrate e sopravvenute violazioni della normativa in materia, nell'ambito dell'esercizio dei poteri di verifica del GSE, richiama la necessaria considerazione e tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico³⁷.

Il richiamo operato dal legislatore all'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento amministrativo sembra confermare la necessità di garanzia di quei principi generali condivisi, quali sono appunto il principio del legittimo affidamento e della proporzionalità, costituenti il cd. nucleo comune dei diritti europei, sul cui riconoscimento si fonda l'integrazione tra gli ordinamenti europei³⁸.

Secondo alcuni, la previsione contenuta nel Decreto semplificazioni sembra andare, in qualche misura, in direzione opposta rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea di cui si è dato conto nel testo. Sembra in effetti alimentare un affidamento senza condizioni e bilanciamento. Una svista, un voluto cambio di rotta o un approccio compatibile con la lettura fornita dalla giurisprudenza?

La giurisprudenza, europea, costituzionale e amministrativa risulta consolidata nell'affermare che l'ordinamento vigente offre tutela, nel campo delle energie rinnovabili, esclusivamente all'affidamento dell'operatore economico qualificato, esperto ed avveduto, poiché l'accesso ai sistemi di incentivazione è subordinato alla rigorosa ricorrenza di tutti i presupposti della fattispecie normativa, e la sua permanenza nel tempo, alle condizioni iniziali, non è garantita. La giurisprudenza citata ha infatti inciso fortemente, se non addirittura escluso la rilevanza della tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico nell'ambito delle energie rinnovabili, se non nei limitati margini individuati in sede interpretativa³⁹.

È questo un approccio inadeguato ad offrire uno stimolo sufficiente per la realizzazione di investimenti nel campo dell'energia sostenibile, potendo anzi tradursi in un disincentivo? Non necessariamente. Serve tuttavia a preservare un margine di valutazione a tutela dell'interesse generale che, come noto, consta di vari profili di analisi, nel quale entrano in gioco principi fondamentali di rango europeo, oltre che nazionale, che necessitano di essere tutelati, ma che possono porsi involontariamente in conflitto. L'interpretazione offerta dalla giurisprudenza non intende aprioristicamente privare di efficacia la previsione di incentivi in un settore tanto delicato come quello delle energie rinnovabili, ma intende subordinarne l'attuazione a delle condizioni e ad un costante bilanciamento di interessi finalizzato a stabilire una sorta di *ranking* tra principi di volta in volta prevalenti.

Da un lato, infatti, emerge la necessità di tutelare la discrezionalità dei Paesi membri

³⁶ Comunicazione della Commissione, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

³⁷ Art. 56 del citato d.l. semplificazioni che, rinviando espressamente all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990.

³⁸ Già nel lontano 1958 Rivero affermava che l'integrazione più stretta in Europa si fondava sull'esistenza di un sostrato comune. Si veda, J. Rivero, *Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1958, 295. Approfondisce il tema con riferimento ai diritti amministrativi, G. Della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2019.

³⁹ E. Traina, *Incentivi alla produzione di energie rinnovabili, poteri amministrativi e legittimo affidamento nella giurisprudenza*, seminario formazione «Scelte ambientali, azione amministrativa e tecniche di tutela dopo la legge di rev. Cost. n. 1 del 2022», 1-2 luglio 2022, Firenze, 2022.

nell'adozione e nel mantenimento di un regime di sostegno alla produzione energetica da fonti rinnovabili. Dall'altro, la necessità di garantire in ogni caso il rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario, a partire dalla certezza del diritto e del legittimo affidamento, la cui valutazione è rimessa al giudice nazionale e ancorata a due parametri, ossia la qualifica del soggetto leso quale operatore «prudente e accorto» e la prevedibilità concreta della modifica normativa.

Ebbene, se da un lato, la giurisprudenza sovranazionale ha sostenuto che la certezza del diritto, pur non impedendo modifiche normative (fatto salvo il limite dell'irretroattività), imponesse comunque al legislatore nazionale di tenere in adeguato conto le situazioni specifiche degli operatori economici, se del caso prevedendo correttivi in grado di limitare gli effetti pregiudizievoli della normativa sopravvenuta⁴⁰. Dall'altro ci si può interrogare sull'effettivo grado di prevedibilità dell'intervento legislativo stesso. A tale ultimo proposito, giova rammentare come l'applicazione di regimi incentivanti fa sorgere rapporti di durata tra privato ed amministrazione erogatrice e, secondo alcuni⁴¹, diventa fisiologico che nel corso del tempo possa ravvisarsi la necessità o l'opportunità di intervenire sulla regolamentazione dello stesso. L'esperienza legislativa italiana mostra in vari contesti un atteggiamento del legislatore non sempre lineare, che contribuisce ad alimentare incertezza negli operatori del settore. È nota, inoltre, la cosiddetta bulimia italiana nella produzione di norme, che si traduce in una spesso confusa stratificazione, contrapponendosi alle più volte invocate esigenze di semplificazione e alimentando temi di diritto transitorio. Ogni buon legislatore nella previsione di meccanismi incentivanti dovrebbe valutare fin dalla fase di ideazione e formulazione della normativa i diversi interessi in gioco coinvolti.

Se in alcuni casi gli interventi normativi hanno avuto effetti peggiorativi sui programmi di incentivazione in funzione di una maggiore sostenibilità economica del sistema, in altri, le modifiche legislative sono apparse muoversi in direzione opposta. Non manca in dottrina chi si interroga su quale debba essere il grado della prevedibilità in concreto dell'intervento normativo modificativo in *peius*, avuto riguardo all'operatore economico prudente e accorto, quindi, diligente nel tenersi informato e aggiornato⁴². La questione potrebbe essere affrontata verificando se la normativa sopravvenuta, pur non prevedibile, sia davvero tale da ledere in modo sproporzionato o irragionevole le aspettative degli operatori economici, valutando la ragionevolezza anche alla luce del fattore temporale e, quindi, alla distanza di tempo tra la cristallizzazione di una posizione di vantaggio con l'avvio di un rapporto di durata e il momento dell'intervento di modifica legislativa.

Il sostegno alla produzione energetica da fonti rinnovabili si pone da tempo al centro del dibattito globale sui pro e i contro, i costi e le distorsioni connesse alla previsione di specifiche politiche. In Europa il sostegno alla produzione energetica da fonti rinnovabili ha alimentato le politiche energetiche europee e, di riflesso, nazionali, in vista dell'obiettivo della decarbonizzazione e della lotta ai cambiamenti climatici. Nel perseguimento di tali obiettivi vengono in rilievo istanze di bilanciamento tra interessi pubblici meritevoli di tutela, che necessitano di attenta ponderazione fin dalla fase di formulazione della disciplina. Una normativa fatta di norme auspicabilmente chiare e non contraddittorie, adeguatamente pensate.

⁴⁰ Cfr. Corte Giust., 11 giugno 2015, C-98/14, che richiama sentenze VEMW e a., C-17/03, EU:C:2005:362, punto 81, nonché Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539, punto 49; nello stesso senso Corte di Giustizia UE C-487/01 e C-7/02.

⁴¹ In questo senso, F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, 229-267.

⁴² L. Anibaldi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e gli interventi rimodulatori*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2022, 481 ss.

In questo contesto, sarebbe auspicabile attivare su questi temi programmi di analisi e studio che durino nel tempo, limitando il ricorso ad interventi normativi emergenziali o legati alle contingenze del momento, al fine di incoraggiare l'iniziativa economica privata in uno dei settori strategici per il processo di transizione ecologica del Paese.

Abstract. Quali incentivi e disincentivi alla realizzazione di investimenti nel settore delle energie rinnovabili?

Il *paper* si concentra sull'interpretazione del principio del legittimo affidamento proposta dalla giurisprudenza europea e nazionale, con specifico riferimento alla complessa normativa in materia di incentivi alla produzione di energia da fonti rinnovabili e propone alcune considerazioni sui profili di tutela. Gli approdi interpretativi sono valutati all'interno del contesto normativo di riferimento. L'atteggiamento del legislatore italiano si mostra a volte prudente, a volte propenso ad una iper-regolamentazione della materia.

La giurisprudenza della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa, da un lato, e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea dall'altro sembrano convergere sui punti chiave. Il legittimo affidamento tutelabile incontra un limite nel contesto del bilanciamento d'interessi sottesi ad un intervento normativo novativo, fermo il limite dell'irretroattività. L'atteggiamento del legislatore italiano contribuisce talvolta ad alimentare incertezza negli operatori del settore. Nel ruolo a questi affidato di ricerca di un equilibrio tra interesse pubblico al raggiungimento degli obiettivi del cd. *Green Deal* europeo e interesse privato allo sviluppo della libertà di iniziativa economica, sarebbe auspicabile attivare programmi di analisi e studio che durino nel tempo, limitando il ricorso ad interventi normativi emergenziali o legati alle contingenze del momento, al fine di incoraggiare l'iniziativa economica privata in uno dei settori strategici per il processo di transizione ecologica del Paese.

Abstract. Which incentives and disincentives to invest in renewable energy? The paper focuses on the interpretation of the principle of legitimate expectations given by the European and national jurisprudence, with specific reference to the complex legislation on incentives for the production of energy from renewable sources and proposes some considerations on the legal protection.

The attitude of the Italian legislator is sometimes cautious, sometimes inclined to a hyper-regulation of the matter. The jurisprudence of the Constitutional Court and administrative jurisprudence, on the one hand, and the Court of Justice of the European Union, on the other, seem to converge on the key points. The legitimate expectation that can be protected encounters a limit in the context of the balancing of interests underlying a regulatory innovation, without prejudice to the limit of non-retroactivity.

The attitude of the Italian legislator sometimes contributes to feed uncertainty in the sector. In the role entrusted to them of seeking a balance between public interest to the achievement of the objectives of the cd. European Green Deal and private interest in the development of freedom of economic initiative, it would be desirable to activate analysis and study programs that last over time, limiting the use of emergency regulatory interventions or related to current contingencies, in order to encourage private economic initiative in one of the strategic sectors for the country's ecological transition process.

Parole chiave. Energie rinnovabili – green deal – legittimo affidamento.

Key words. Renewable energy – European Green Deal – legitimate expectation.