GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili

di Marco Calabrò

3 dicembre 2021

La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili

(nota a Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18)

di Marco Calabrò

Sommario: *1. La vicenda. – 2. Principi e ratio della disciplina in materia di incentivi energetici. – 3. La perimetrazione della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE. – 4. L'iter motivazionale della pronuncia: non configurabilità della violazione dell'art. 3, par. 3, lett. a) della direttiva 2009/28/CE. – 4.1. Il parametro della prevedibilità. – 4.2. Il parametro della retroattività della norma. – 4.3. Non configurabilità della violazione del diritto di proprietà e della libertà di impresa di cui agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. – 5. Legislazione incentivante, recessività della tutela dell'affidamento e incertezza del diritto.*

1. La vicenda

La Corte di Giustizia UE è tornata ad occuparsi della compatibilità con il diritto europeo di una normativa nazionale che preveda una riduzione di incentivi (nel caso di specie in materia di energia) precedentemente riconosciuti agli operatori economici mediante decisioni amministrative e successive convenzioni. Nello specifico, la controversia ha ad oggetto il disposto dell'art. 26, co. 2 e 3 del d.l. n. 91/2014, conv. in l. n. 116/2014 (cd. Spalma-incentivi), ai sensi del quale si è proceduto ad una rimodulazione degli incentivi per gli impianti di potenza superiore a 200 kW precedentemente assegnati con il c.d. Quarto Conto Energia (d.lgs. n. 28/2011), imponendo ai produttori di energia da fonti rinnovabili che avevano aderito al sistema incentivante di optare per una tra tre nuove ipotesi di modello tariffario, tutte comunque incidenti in senso peggiorativo sulla loro posizione. Ciò, si badi, è avvenuto in un momento nel quale la precedente legislazione incentivante non aveva ancora terminato di produrre i suoi effetti, con la conseguenza che l'intervento legislativo ha evidentemente esplicato un effetto novativo su un rapporto di durata intercorrente tra GSE e società produttrici di energia, rapporto fondato non solo su provvedimenti attributivi delle tariffe incentivanti, ma anche su appositi contratti di durata ventennale stipulati tra le parti.

Alcuni operatori economici colpiti dalla citata riforma impugnavano innanzi al T.A.R. Lazio, i decreti ministeriali attuativi dell'art. 26 cit., dolendosi della presunta illegittimità di una modifica unilaterale delle condizioni giuridiche sulla cui base le stesse società produttrici di energia avevano impostato la propria attività economica, legittimamente fidando su un sistema incentivante la cui durata ed entità erano state espressamente indicate dallo stesso GSE. Con ordinanza n. 11124 del 16 novembre 2018, il T.A.R. Lazio riteneva necessario rimettere alla Corte di Giustizia UE questione pregiudiziale circa la possibilità o meno per un legislatore nazionale – a seguito di una diversa valutazione degli interessi in gioco – di intervenire su situazioni giuridiche già consolidate in forza di provvedimenti concedenti incentivi, nonché in forza di convenzioni già stipulate con la parte pubblica.

Il Giudice nazionale prospetta molteplici possibili contrasti tra la normativa italiana e il diritto europeo: in primo luogo, la sopravvenuta rimodulazione, in senso peggiorativo, del sistema tariffario – incidendo prima del termine della loro naturale scadenza su rapporti di durata "cristallizzati" sulla base di provvedimenti concessori e convenzioni di diritto privato – potrebbe ritenersi in contrasto con i principi generali del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Per le medesime ragioni, viene prospettato come la suddetta rivalutazione degli interessi pubblici, in assenza di circostanze eccezionali che la giustifichi, si potrebbe ritenere in contrasto con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (rispettivamente libertà di impresa e diritto di proprietà), in quanto – alterando l'effettività delle misure

incentivanti già formalmente accordate – determinerebbe una lesione del diritto dell'operatore economico di programmare e gestire la propria attività imprenditoriale sulla base di posizioni contrattuali predeterminate[1].

La vicenda si inquadra nell'ambito del tema dei limiti della tutela del legittimo affidamento del cittadino non nei confronti delle scelte della p.a.[2], bensì a fronte di modifiche dell'assetto regolatorio, tema che ha a lungo impegnato la dottrina, con specifico riferimento alle leggi retroattive, nonché – come si chiarirà meglio *infra* – in merito a quelle disposizioni che, pur non avendo carattere retroattivo in senso proprio, esplicano i propri effetti su rapporti di durata[3]. Premessa la facoltà del legislatore di intervenire anche incidendo su posizioni giuridiche sorte sulla base di disposizioni precedenti, l'affidamento del privato rileverebbe laddove il contesto nel quale si colloca la norma anteriore ed il contenuto della stessa siano tali da "indurre i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'«assetto regolatorio» a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) «l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato»"[4].

Richiamate le coordinate di riferimento, deve ora osservarsi come la fattispecie oggetto della pronuncia in esame assuma invero una connotazione specifica, in ragione di almeno due ordini di motivi. Da un lato, la normativa sulla base della quale sono sorti i rapporti di durata tra GSE e operatori economici è inquadrabile nella c.d. legislazione incentivante, ovvero in quella tipologia di intervento normativo volto a conseguire obiettivi di interesse pubblico "indirizzando" le scelte imprenditoriali private, per l'appunto attraverso il riconoscimento di un incentivo tale da rendere economicamente conveniente un'attività che altrimenti risulterebbe in perdita[5]. È bene sin d'ora sottolineare come tale modello di intervento pubblico nell'economia – teso, nel caso di specie, ad incrementare la produzione di energia da fonti rinnovabili in un'ottica di tutela dell'ambiente e sicurezza del mercato energetico attraverso la riduzione della dipendenza degli Stati europei dall'importazione di idrocarburi – proprio perché idoneo a "condizionare" profondamente la libera iniziativa economica privata, renda la posizione dell'operatore economico almeno astrattamente più "forte" in termini di legittimo affidamento.

A ciò deve aggiungersi che, nel caso di specie, le tariffe incentivanti non sono state semplicemente disciplinate *ex lege* e riconosciute ai soggetti richiedenti mediante provvedimento concessorio (*ex se* revocabile a fronte di una nuova valutazione degli interessi pubblici in gioco), ma hanno altresì formato oggetto di accordi di diritto privato tra operatori economici e GSE, accordi con i quali i primi si obbligavano a realizzare e far entrare in esercizio l'impianto fotovoltaico ed il secondo, per l'appunto, a garantire per un certo periodo di tempo un

determinato sistema tariffario "incentivato".

Come noto, la vicenda in esame aveva già dato vita ad un ampio contenzioso, confluito da ultimo nella sentenza della Corte costituzionale 24 gennaio 2017, n. 16, con la quale la Consulta respingeva le questioni di legittimità costituzionale sollevate, ritenendo, da un lato, non sussistente una lesione del legittimo affidamento degli operatori economici attesa la "non imprevedibilità" della rimodulazione degli incentivi e, dall'altro lato, nemmeno configurabile una lesione della libertà di iniziativa economica in quanto i limiti apposti al suo esercizio non risultavano arbitrari né incongrui, bensì rispondenti "ad un intervento 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 relativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica"**[6]**.

Il T.A.R. del Lazio, ritenendo che la pronuncia della Consulta non avesse risolto tutti i profili sollevati, ha ritenuto comunque necessario rimettere alla Corte di Giustizia UE la questione circa la compatibilità delle disposizioni di cui all'art. 26, co. 2 e 3 del d.l. n. 91/2014 cit. con il diritto europeo, prospettando la possibile violazione della libertà di impresa (art. 16 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) del diritto di proprietà (art. 17 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e, primariamente, del principio del legittimo affidamento, che – benché non espressamente codificato nei Trattati – è ormai assurto da tempo a principio generale dell'ordinamento Europeo, proprio grazie ad un'ampia elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia**[7]**.

Ebbene, pur richiamando la centralità dei principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento nel settore *de quo*, e pur riconoscendo che l'art. 26 cit. incide sensibilmente in senso peggiorativo sui regimi di sostegno previamente introdotti, con la pronuncia in commento i giudici europei hanno ritenuto che l'intervento del legislatore italiano non configurasse una violazione delle disposizioni di cui alla dir. 2009/28/CE, concretandosi esso in una rimodulazione del sistema incentivante: a) giustificata da idonee ragioni di interesse pubblico, b) prevedibile, c) non retroattiva. E' sulla verifica della effettiva sussistenza di tali presunti caratteri della normativa contestata che ci si soffermerà nel prosieguo dell'indagine.

2. Principi e *ratio* della disciplina in materia di incentivi energetici.

Con diverse direttive susseguitesi nel tempo (2001/77/CE; 2009/28/CE; 2018/2001/UE), l'Unione Europea ha individuato la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili come obiettivo altamente prioritario, strumentale ad incrementare la sicurezza

dell'approvvigionamento energetico, a stimolare la competitività del sistema produttivo ed a ridurre le emissioni inquinanti in atmosfera[8]. L'Italia ha inteso dare attuazione a tale obiettivo attraverso l'introduzione di eterogenee forme di incentivazione[9], tutte consistenti in strumenti di mercato volti a rendere sostenibili dal punto di vista economico investimenti per impianti FER, atteso il costo di produzione nettamente più elevato rispetto alla produzione di energia elettrica da fonti fossili[10].

Tali interventi rientrano nel più ampio processo di revisione delle politiche pubbliche in materia ambientale, volto ad affiancare all'utilizzo di modelli di *command and control* strumenti idonei ad utilizzare dinamiche di mercato al fine di rendere conveniente per gli operatori economici orientare spontaneamente i loro comportamenti verso la tutela dell'ambiente[11]. Da tempo sono emersi i limiti connessi alle politiche tradizionali di tutela ambientale, limiti essenzialmente legati alla concentrazione del potere decisionale in capo alla pubblica amministrazione ed alle relative conseguenze in termini di inefficienza derivanti dal carattere accentrato e preventivo della decisione[12]. Accanto all'emersione del fallimento di politiche volte a tutelare l'ambiente solo attraverso rigide determinazioni e programmazioni, spesso sconfessate, si è, nel contempo, sviluppato un differente approccio, essenzialmente fondato sulla convinzione che un utilizzo "orientato" di alcune tecniche di mercato possa rivelarsi utile alla difesa dell'ambiente, in una dimensione di tutela "attraverso il mercato", ovvero di ricorso a strumenti (quali, per l'appunto, gli incentivi tariffari) "che fanno leva sulle dinamiche di mercato e sulle modalità di funzionamento del medesimo per promuovere la tutela dell'ambiente"[13].

Tra i modelli di incentivazione che hanno svolto un ruolo strategico negli ultimi venti anni per lo sviluppo del mercato energetico italiano, dando impulso alla crescita della produzione da fonti rinnovabili, assume una posizione centrale il c.d. Conto energia[14], oggetto della pronuncia in commento. Esso consiste nell'erogazione di un incentivo aggiuntivo rispetto al prezzo di mercato (sistema *feed in premium*), il che – comportando il permanere di un margine di rischio in capo al produttore – può condurre tanto ad una situazione di insufficienza della misura incentivante a fronte di un prezzo di mercato molto basso, quanto, al contrario, ad un eccesso di incentivazione. Ed è proprio quest'ultimo il caso che ha connotato l'esperienza italiana, per tale ragione segnata da una "parabola discendente" del sistema incentivante: la progressiva riduzione dei costi necessari per la realizzazione e l'entrata in esercizio degli impianti FER, in uno con il notevole successo registrato dai diversi Conti energia susseguitisi nel tempo, hanno indotto il legislatore italiano a ridurre progressivamente l'entità ed il periodo di operatività delle tariffe incentivanti, operazione che – per le ragioni che si chiariranno *infra* – ha per l'appunto fatto sorgere il contenzioso di cui ci si occupa in questa sede[15].

Ai nostri fini occorre in ogni caso chiarire che le direttive europee in materia di promozione di energia rinnovabile hanno tutte riconosciuto una ampia discrezionalità agli Stati membri in ordine alla individuazione della tipologia di misure di sostegno ritenute necessarie per il raggiungimento degli obiettivi nazionali di produzione di energia “verde”; in tal senso non sussiste alcun obbligo di introduzione e mantenimento di un regime tariffario incentivante, a patto che gli obiettivi di promozione siano comunque raggiunti[16]. Ciò posto, tuttavia, la stessa Corte di Giustizia UE ha in più occasioni sottolineato che, una volta adottate misure di incentivazione, queste debbano essere gestite nel rispetto dei principi generali del diritto dell’Unione Europea, tra i quali figurano la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento, essenziali per garantire la fiducia degli operatori economici e, di conseguenza, l’efficacia delle misure stesse[17]. La stessa direttiva 2009/28/CE, della quale la normativa oggetto di contestazione è attuazione, ribadisce in più di una occasione la centralità del rispetto dei principi di certezza del diritto e legittimo affidamento, laddove prevede l’esigenza di “creare la stabilità a lungo termine di cui le imprese hanno bisogno per effettuare investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili” (considerando n. 8), o afferma come “la principale finalità di obiettivi nazionali obbligatori è creare certezza per gli investitori” (considerando n. 14), o, ancora, sottolinea l’importanza di “garantire il corretto funzionamento dei regimi di sostegno nazionali [...] al fine di mantenere la fiducia degli investitori” (considerando n. 25)[18].

3. . La perimetrazione della tutela dell’affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia UE

Come noto, al principio del legittimo affidamento – benché non espressamente menzionato nella Costituzione italiana – la Consulta ha da tempo riconosciuto un valore autonomo, il cui fondamento viene rinvenuto in alcune pronunce nel solo art. 3 Cost.[19] ed in altre in un parametro composito rappresentato dall’art. 3 e dalla disposizione di rango costituzionale garante del diritto o della libertà di volta in volta incisi negativamente dall’intervento retroattivo del legislatore[20]. In particolare, al cittadino è riconosciuta la tutela del legittimo affidamento sia nelle ipotesi in cui la norma retroattiva incida su posizioni giuridiche soggettive consolidate, sia in quelle fattispecie nelle quali l’effetto negativo della disposizione sopravvenuta ricada su rapporti di durata (c.d. retroattività impropria)[21]. L’affidamento del cittadino nella sicurezza

giuridica e, più in generale, nella certezza del diritto[22], rappresenta senza dubbio un elemento fondante lo Stato di diritto; tuttavia, la giurisprudenza della Corte costituzionale chiarisce, da un lato, che affinché si possa configurare un legittimo affidamento tutelabile, la posizione giuridica incisa debba essere collocata in un contesto idoneo a far sorgere in capo al destinatario una ragionevole aspettativa di mantenimento della posizione giuridica favorevole e, dall'altro lato, che interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi in grado di comprimere posizioni consolidate, a patto che "l'incidenza peggiorativa non sia sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito nell'interesse della collettività; per altro verso, che l'intervento di modifica sia prevedibile, non potendosi tollerare mutamenti retroattivi dell'assetto di interessi relativo a rapporti di durata consolidati nel tempo, del tutto inaspettati"[23].

Nella medesima scia anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, sebbene quest'ultima sia tendenzialmente volta a riconoscere una portata applicativa più estesa al principio del legittimo affidamento (espressamente qualificato "principio fondamentale della comunità")[24], laddove ne sostiene l'operatività anche in ipotesi di normativa sopravvenuta non avente efficacia retroattiva, quale clausola che, più in generale, legittimerebbe i cittadini a fare affidamento sulla stabilità di una disciplina "di fronte ad una sua modifica improvvisa che non potevano ragionevolmente aspettarsi o qualora il comportamento dell'istituzione abbia fatto sorgere nell'interessato un'aspettativa ragionevolmente fondata"[25]. Tale prospettiva rende vieppiù non tollerabile un intervento legislativo che – incidendo retroattivamente su rapporti definiti o di durata – privi il singolo di una posizione giuridica consolidata sulla base della precedente normativa.

Tuttavia, anche la Corte di Giustizia – nel riconoscere ampio rilievo al principio del legittimo affidamento – nel contempo ne perimetra l'operatività, chiarendo che il singolo non può avvalersi del suddetto principio qualora un operatore economico "prudente ed accorto" avrebbe potuto/dovuto prevedere l'adozione di un provvedimento successivo atto a ledere i propri interessi[26]. Il giudice europeo, pertanto, individua un preciso limite alla tutela del legittimo affidamento nella prevedibilità del successivo mutamento (in senso peggiorativo) della regolazione, prevedibilità che evidentemente non consente il pieno consolidamento della posizione di cui beneficiava il soggetto: in tal senso, l'operatore economico che non ha tenuto in debita considerazione i caratteri (precari) della normativa nazionale ed europea di riferimento, ovvero non ha attribuito il giusto peso a precedenti comportamenti analoghi del regolatore, non è legittimato ad invocare la tutela del principio *de quo*[27].

In altri termini, la Corte esclude che il legittimo affidamento attribuisca all’operatore economico un diritto assoluto alla conservazione di una regolazione favorevole, riconoscendo, come è ovvio, alle autorità nazionali il potere discrezionale di intervenire modificando anche in senso peggiorativo un assetto normativo[28]. Tuttavia, tale intervento può incidere solo su posizioni giuridiche non ancora consolidatesi[29] e, nel contempo, oltre a fondarsi su motivi imperativi di interesse generale[30], deve trovare una sua adeguata giustificazione secondo parametri di ragionevolezza e prevedibilità. Con specifico riferimento ai rapporti di durata, poi, il giudice europeo chiarisce che la tutela del legittimo affidamento pretende che lo *ius superveniens* contempli anche una disciplina transitoria, nonché, se del caso, misure di compensazione, al fine di preservare gli operatori economici dai pregiudizi derivanti dal passaggio al nuovo regime[31].

In sintesi si può affermare come – secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE – la salvaguardia delle posizioni di vantaggio pregresse sia generalmente affidata al criterio della prevedibilità del mutamento della regolazione, nonché al principio della irretroattività delle norme sopravvenute[32]; come si avrà modo di illustrare, tuttavia, non solo il parametro della prevedibilità si rivela di difficile “oggettivizzazione”, ma in fattispecie quali quella in esame – incidenti su rapporti di durata – la stessa efficacia retroattiva o meno di una disposizione può risultare opinabile e oggetto di differenti ricostruzioni.

4. L’iter motivazionale della pronuncia: non configurabilità della violazione dell’art. 3, par. 3, lett. a) della direttiva 2009/28/CE

4.1. Il parametro della prevedibilità

I ricorrenti sostengono che l’art. 26 del d.l. n. 91/2014, nel modificare repentinamente in maniera svantaggiosa per i gestori di impianti fotovoltaici gli importi degli incentivi, violerebbe la stessa direttiva che la norma in questione è chiamata ad attuare: come detto, infatti, la dir. 2009/28/CE richiede agli Stati membri, tra l’altro, di definire una regolazione stabile, presupposto indispensabile affinché le imprese possano effettuare investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili. A ciò deve aggiungersi come, nel caso di specie, si stia discutendo di una legge di incentivazione, atta ad orientare l’iniziativa economica privata verso finalità di interesse pubblico, generando così “nei destinatari uno specifico affidamento nell’ottenimento del beneficio x al realizzarsi della condizione y”[33], affidamento al quale è

riconosciuta una particolare "forza" proprio in ragione del "nesso eziologico tra l'incentivo e l'agire del privato"**[34]**.

Ebbene, con la pronuncia in commento, la Corte di Giustizia esclude che possa configurarsi una lesione della direttiva citata e, quindi, del legittimo affidamento, ritenendo di poter qualificare chiaro e prevedibile l'operato del legislatore italiano, tale da consentire agli interessati di immaginare senza ambiguità la possibile evoluzione della loro posizione giuridica e di potersi regolare di conseguenza. In particolare, i giudici sottolineano come il d.gs. n. 28/2011, nell'introdurre il Quarto conto energia, indicasse una durata non predeterminata degli incentivi e prevedesse un tetto massimo di potenza elettrica incentivante, il che avrebbe dovuto indurre l'operatore economico accorto a prendere in considerazione la possibile riduzione o addirittura soppressione nel tempo del regime delle tariffe incentivanti. E' facile obiettare, tuttavia, che quanto osservato vale senz'altro nei confronti dei soggetti che ambivano ad ottenere l'incentivo, non però per gli operatori economici che, come i ricorrenti, si erano già visti riconoscere il beneficio, non solo con provvedimento amministrativo, ma anche con la stipula di una convenzione *ad hoc* con il GSE. E' vero che nei suddetti contratti il Gestore dei Servizi Energetici si riservava di modificare unilateralmente le condizioni di erogazione in ragione di eventuali sviluppi normativi, ma è evidente che tale *ius modificandi* dovesse essere attuato nel rispetto dei principi del legittimo affidamento e di proporzionalità, il che non è stato. La convenzione, infatti, riconosceva nello specifico al GSE la facoltà di "modificare le clausole [...] in contrasto con il quadro normativo di riferimento"; al contrario, nei fatti, il legislatore del 2014 non si è limitato a variare il contenuto di alcune clausole, bensì ha completamente stravolto il modello di incentivazione!

La Corte di Giustizia, tra l'altro, "dimentica" di ricordare una circostanza invero dirimente in ordine al parametro della prevedibilità, ovvero che gli operatori economici avevano in più occasioni ricevuto espressa garanzia circa il mantenimento costante delle tariffe incentivanti per l'intero ventennio originariamente previsto: ci si riferisce alla lettera di riconoscimento delle tariffe, inviata dal GSE, seguita poi dalla stipula della convenzione tesa a regolare i rispettivi obblighi e diritti, documenti entrambi contenenti un chiaro riferimento al periodo di tempo ventennale di costante erogazione degli incentivi. Appare, quindi, quantomeno paradossale l'affermazione secondo la quale, a fronte di tali esplicite e ripetute rassicurazioni, un operatore economico prudente ed accorto avrebbe dovuto immaginare una loro rimodulazione *in peius*.

Nelle sue conclusioni**[35]**, l'Avvocato Generale sostiene che le modifiche in senso peggiorativo avrebbero dovuto essere tanto più prevedibili a fronte della lunga durata della convenzione (20

anni). Eppure, è evidente come la scelta di una durata almeno ventennale dell'efficacia della misura incentivante derivasse quasi obbligatoriamente dalla necessità di rendere remunerativo l'ingente investimento iniziale (per la realizzazione e l'entrata in esercizio dell'impianto), ed è stato proprio il poter fare affidamento su un determinato incentivo per molti anni a venire ad indurre l'operatore economico ad effettuare un investimento senza dubbio "in perdita" per il primo periodo di attività. In altri termini, la natura stessa della legislazione incentivante in questione presuppone l'instaurazione di un rapporto stabile e duraturo, con la conseguenza che la durata ventennale della convenzione non può fungere certo da "indizio" di una possibile "non tenuta nel tempo" dello stesso regime tariffario.

La pronuncia in esame fonda altresì il presupposto della prevedibilità della rimodulazione del modello tariffario sulla circostanza che anche durante la vigenza dei precedenti Conti energia il legislatore italiano era intervenuto con riduzioni tariffarie "in corso d'opera". Tuttavia, a ben vedere, nelle precedenti occasioni le suddette revisioni in senso peggiorativo del sistema incentivante trovavano applicazione unicamente *pro futuro,* ovvero nei confronti degli operatori economici titolari di impianti non ancora realizzati o non entrati in esercizio, non incidendo – come invece è accaduto nel caso di specie – su posizioni giuridiche consolidate, in quanto riferite a tariffe già riconosciute relativamente ad impianti operativi. Ne è prova il precedente della Corte di Giustizia 11 luglio 2019, *Agrenergy s.r.l. e Fusignano Due s.r.l. c. Ministero dello Sviluppo Economico*, cause riunite C-180/18, C-286/18 e C-287/18, laddove – nel decidere sulla compatibilità con il diritto UE della normativa italiana che aveva preventivamente "chiuso" il regime introdotto dal Quarto conto energia – ha condivisibilmente escluso che in quella circostanza si configurasse una lesione del principio del legittimo affidamento in capo a quegli operatori economici che non erano stati ancora ammessi al modello incentivante *de quo* (per mancato inserimento in apposito registro tenuto dal GSE e per superamento dell'importo complessivo massimo di incentivazione previsto). In quel caso, dunque, i ricorrenti non risultavano affatto assegnatari di incentivo e, pertanto, non avrebbero potuto vantare alcun legittimo affidamento nell'applicazione di quel regime al posto di quello (meno favorevole) successivamente introdotto dal Quinto conto energia.

4.2. Il parametro della retroattività della norma

Le istituzioni europee appaiono ben consapevoli del rischio per lo sviluppo del mercato energetico derivante dall'introduzione, da parte degli Stati membri, di misure retroattive incidenti in senso peggiorativo sui regimi di sostegno. Una Comunicazione della Commissione del 2013 affermava inequivocabilmente che "le misure di sostegno devono rappresentare un

impegno stabile, a lungo termine, trasparente, prevedibile e credibile nei confronti degli investitori"[36].

L'analisi del tema della retroattività della legge, con specifico riferimento alle normative contenenti incentivi tesi a indurre l'intrapresa di attività economiche altrimenti in perdita, ha indotto in passato parte della dottrina a riconoscere alle leggi di incentivazione una particolare "forza passiva", tale da escludere del tutto la possibilità di una loro successiva modifica *in peius* determinante una riduzione o addirittura rimozione dei benefici originariamente concessi[37]: secondo tale orientamento, il peculiare patto di fiducia che si instaurerebbe tra operatore economico e regolatore condurrebbe ad una sorta di irretrattabilità[38] di quelle misure. Pur non aderendo a tale orientamento, la Corte costituzionale – nel chiarire che il principio della irretroattività della legge non penale non assurge a principio costituzionale – ha in più occasioni ribadito che ad esso il legislatore è tenuto comunque ad attenersi fin quando possibile, in ragione della primaria esigenza della garanzia della certezza del diritto[39].

Al riguardo, come già ricordato (v. § 3), la stessa Corte di Giustizia ha di frequente riconosciuto la tutela del legittimo affidamento non solo nei confronti di disposizioni propriamente retroattive, ma anche allorquando comportamenti o esplicite comunicazioni delle istituzioni abbiano ingenerato nel privato fondate aspettative circa il mantenimento di una evoluzione coerente della regolazione, ritenendo così meritevoli di tutela anche posizioni non formalmente consolidatesi.

Ebbene, in ordine alla fattispecie oggetto della pronuncia in commento, a ben vedere i giudici europei avrebbero potuto riconoscere la sussistenza di un legittimo affidamento tutelabile anche senza aderire alla suddetta applicazione estensiva del principio: come detto, nel caso di specie, il diverso (e meno favorevole) sistema incentivante imposto dall'art. 26 cit. riguarda soggetti ai quali l'incentivo era già stato formalmente riconosciuto, sia con provvedimento amministrativo che con la successiva stipula di un contratto di diritto privato. Affermare, come fa la Corte, che le convenzioni concluse con il GSE non assegnavano gli incentivi, limitandosi piuttosto a fissarne le modalità di erogazione, non muta la circostanza in base alla quale le tariffe incentivanti non erano state semplicemente "prospettate" agli operatori economici ricorrenti, bensì espressamente loro assegnate mediante una precedente decisione amministrativa: al fine di riconoscere la tutela del loro legittimo affidamento, pertanto, sarebbe stato sufficiente richiamare l'interpretazione maggiormente restrittiva del principio, secondo la quale la legge con effetti retroattivi non può incidere su diritti quesiti, ovvero su "fatti e rapporti che hanno spiegato tutti gli effetti loro e si sono esauriti sotto l'impero della norma antica"[40].

In altri termini, anche applicando la concezione meno "ampia" di irretroattività della norma, ovvero quella che contempla la tutela dell'affidamento di sole posizioni configurabili come aspettative consolidate e non meramente attese, nella fattispecie *de qua* la Corte di Giustizia avrebbe dovuto ritenere violativo del legittimo affidamento l'operato del legislatore italiano e, conseguentemente, del GSE. Se è vero, infatti, che la rimodulazione *in peius* non ha inciso sugli incentivi già concretamente erogati – nel senso che non ne ha previsto la restituzione parziale – essa ha comunque prodotto i suoi effetti su incentivi dovuti (nel senso di già riconosciuti, sebbene da erogare negli anni a venire), il che rende evidentemente non condivisibile quanto affermato dai giudici circa la portata non retroattiva dell'art. 26 cit. contestato. Del resto, incentivi attribuiti da un provvedimento, la cui modalità di erogazione è ulteriormente specificata da una convenzione, non possono essere considerati solo astrattamente previsti, se non ritenendo "dovuti" unicamente gli incentivi già effettivamente "erogati", il che è evidentemente una contraddizione in termini. La dottrina parla, al riguardo, di "retroattività impropria", intesa quale idoneità della norma – formalmente efficace solo *pro futuro* – ad incidere su elementi costitutivi di rapporti di durata i cui caratteri erano stati predefiniti da disposizioni precedenti**[41]**.

La pronuncia in esame sembra piuttosto applicare quella risalente concezione del principio della irretroattività della legge che non individuava quale discrimine i diritti quesiti, quanto piuttosto l'idoneità o meno di incidere sul fatto generatore del diritto**[42]**; ma appare evidente che l'adesione a tale orientamento condurrebbe ad una sostanziale frustrazione del principio del legittimo affidamento in tutte le ipotesi di rapporti di durata, senza tenere in contro, tra l'altro, il fatto che, a differenza del principio della certezza del diritto, il diverso principio del legittimo affidamento rileva primariamente proprio in relazione alle situazioni giuridiche destinate a durare nel tempo**[43]**.

Attesa la palese retroattività della disposizione contestata, non può sottacersi che in passato la Corte di Giustizia ha, invero, ritenuto recessiva la tutela del principio del legittimo affidamento anche a fronte dell'applicazione di misure meno favorevoli sostanzialmente retroattive, laddove, però, giustificate da motivi imperativi di interesse generale, nonché idonee a realizzare gli obiettivi perseguiti senza eccedere quanto necessario per raggiungerli**[44]**. Nel caso di specie, tuttavia, il legislatore italiano non solo ha giustificato la *reformatio in peius* del regime tariffario in ragione di interessi pubblici già ampiamente valutati in sede di introduzione del Quarto conto energia (l'accresciuta remunerativitá degli incentivi, a fronte della riduzione dei costi di produzione, e la contestuale esigenza di ridurre i costi sopportati dagli utenti finali), ma nemmeno si è minimamente soffermato sugli elementi atti a dimostrare che le misure

peggiorative introdotte non risultavano eccedenti rispetto a quelle necessarie per raggiungere i suddetti interessi pubblici.

Al riguardo, è bene ricordare che l'art. 23 del d.lgs. n. 28/2011, con il quale è stato introdotto il Quarto conto energia, prevedeva che qualsiasi intervento nell'ambito della suddetta misura dovesse essere conforme ai principi di gradualità, al fine di garantire la salvaguardia degli investimenti effettuati e di proporzionalità rispetto agli obiettivi. In aperta contraddizione con tale dettato normativo – nonostante, come si è già avuto modo di osservare, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia affermi con chiarezza la necessità che eventuali riforme in senso peggiorativo di una precedente legge di incentivazione contemplino una normativa transitoria e misure di compensazione – nulla di tutto ciò è stato previsto al fine di mitigare gli effetti negativi sugli interessi degli operatori economici che in buona fede avevano fatto affidamento sul modello incentivante loro formalmente riconosciuto**[45]**.

4.3. Non configurabilità della violazione del diritto di proprietà e della libertà di impresa di cui agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

Gli operatori economici ricorrenti eccepiscono, accanto alla violazione del legittimo affidamento, anche la violazione degli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rispettivamente disciplinanti la libertà di impresa e il diritto di proprietà. Partendo da quest'ultimo – premesso che ai sensi della giurisprudenza CEDU i diritti di credito e le aspettative patrimoniali connesse allo svolgimento di un'attività economica rientrano pacificamente nella nozione di "bene" tutelabile ex art. 17 cit.**[46]** – la questione è verificare se la tutela della proprietà trovi o meno applicazione in relazione ad incentivi formalmente riconosciuti ma non ancora erogati. Ebbene, la Corte di Giustizia ritiene che, nel caso di specie, la mera assegnazione dell'incentivo energetico nell'ambito di un regime di sostegno, per quanto formalizzato con provvedimento amministrativo e successiva convenzione, non faccia sorgere in capo all'operatore economico una "posizione giuridica acquisita" e, pertanto, non possa rientrare nella tutela del diritto di proprietà ai sensi della Carta dei diritti fondamentali UE. Anche per tale profilo, a ben vedere, assume rilievo centrale il tema del riconoscimento o meno in capo ai ricorrenti di un legittimo affidamento, laddove i giudici europei escludono l'applicabilità dell'art. 17 cit. in quanto quest'ultimo coprirebbe unicamente crediti già percepiti o rispetto ai quali vi sarebbero "circostanze specifiche che possono fondare, in capo all'interessato, il legittimo affidamento di conseguirne il valore patrimoniale"**[47]**.

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Saugmandsgaard, si legge, inoltre, che l'investimento effettuato dagli operatori economici per la realizzazione e messa in esercizio degli impianti, inciso negativamente dalla rimodulazione dell'incentivo, non rientrerebbe nel patrimonio tutelabile ex art. 17 della Carta dei diritti fondamentali UE, in quanto la riduzione dell'importo dell'incentivo disposta dal contestato art. 26 cit. non avrebbe comportato una limitazione o una restrizione del diritto di proprietà dei ricorrenti. In realtà, occorrerebbe distinguere tra quegli investimenti realizzati in vista di una ipotetica attività futura e quelli, invece, realizzati e resi operativi a fronte di una posizione giuridica consolidata e connessa proprio all'entrata in esercizio dell'impianto di energia da fonti rinnovabili. Al riguardo, ad esempio nel passaggio tra il Terzo e il (meno favorevole) Quarto conto energia, la giurisprudenza amministrativa ha correttamente ritenuto non sussistente la lesione del legittimo affidamento in quanto la nuova regolazione (peggiorativa) trovava applicazione unicamente nei confronti di quegli operatori economici che non avevano ancora attuato l'entrata in esercizio dell'impianto, considerato fatto costitutivo del diritto alla percezione degli incentivi**[48]**; al contrario, nella fattispecie oggetto della pronuncia in commento, quel "momento" ritenuto indice del fatto costitutivo del diritto a beneficiare del modello incentivante (l'entrata in esercizio dell'impianto) era ampiamente trascorso e, pertanto, i soggetti vantavano evidentemente una posizione giuridica consolidata **[49]**.

In merito alla eccepita violazione della libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali UE, rileva, in particolare, la c.d. libertà contrattuale, ovvero la libertà di disporre delle proprie risorse economiche con consapevolezza e senza restrizioni ingiustificate. Al riguardo, la Corte di Giustizia afferma che in realtà i contratti firmati tra gli operatori economici e il GSE configuravano contratti-tipo, con la conseguenza che la libertà contrattuale non poteva riguardare il loro contenuto (già predeterminato), bensì solo la scelta di sottoscriverli o meno. Tale considerazione, invero, non sembra dirimente, in quanto – come ricorda la stessa Corte – l'art. 16 cit. tutela anche la libertà di condurre la propria attività economica assumendo scelte autonome, responsabili e consapevoli**[50]**: nel caso di specie appare innegabile che l'art. 26 contestato, rimodulando in modo retroattivo il sistema di incentivazione, ha avuto un notevole impatto sull'organizzazione delle attività economiche del titolare dell'impianto energetico, sia sottraendogli risorse economiche spettantegli (gli incentivi già riconosciuti), sia riducendo il valore degli investimenti infrastrutturali effettuati facendo affidamento sulla durata predeterminata del sistema di incentivazione. La rimodulazione tariffaria effettuata, infatti, modificando *ex post* "i fattori" sulla base dei quali l'operatore economico ha deciso di investire

nelle fonti rinnovabili, incide anche sulle scelte finanziarie dallo stesso effettuate a monte, quali la durata di eventuali finanziamenti, l’efficacia dei contratti stipulati per la disponibilità di aree o per il noleggio di beni, nonché l’entità e la durata dei contratti di assicurazione**[51]**.

5. Legislazione incentivante, recessività della tutela dell’affidamento e incertezza del diritto

Si è osservato come le leggi di incentivazione vengano oggi inquadrate nell’ambito di quelle politiche di tutela ambientale lontane dal modello tradizionale del *command and control* e fondate piuttosto su meccanismi tipici delle dinamiche di mercato. Ciò non esclude affatto l’intervento pubblico, semplicemente esso assume un ruolo diverso: non ordina e controlla, bensì disciplina e regolamenta un mercato artificiale, volto a rendere “conveniente” per l’operatore economico assumere scelte rispettose del principio dello sviluppo sostenibile. Tale modello è in grado di funzionare, però, unicamente a fronte di una regolazione stabile, che “confermi” le legittime aspettative di profitto da essa stessa generate nell’operatore economico; in caso contrario i benefici derivanti dall’utilizzo di meccanismi di mercato vengono annullati, contraddicendo la stessa *ratio* dell’intervento pubblico**[52]**. E’ evidente che non si intendere mettere in discussione il potere dello Stato di variare l’assetto normativo in ragione di nuove e più attuali valutazioni degli interessi pubblici coinvolti, ma ciò deve avvenire a fronte di motivi imperativi e comunque con effetti non retroattivi, pena il possibile *vulnus* del principio del legittimo affidamento.

La pronuncia in commento conclude per l’insussistenza di un legittimo affidamento tutelabile in capo all’operatore economico, sostenendo in sintesi che: a) la *reformatio in peius* in questione non avrebbe carattere retroattivo; b) l’operatore economico “accorto” avrebbe potuto prevedere la successiva modifica del regime incentivante. Come si è cercato di dimostrare *supra,* invero, le conclusioni cui giunge la Corte di Giustizia non sono condivisibili, né in relazione al profilo della portata retroattiva, né con riguardo alla presunta prevedibilità dell’intervento. La rimodulazione tariffaria operata dal legislatore italiano nel 2014, infatti, ha inciso negativamente non solo *pro futuro* bensì su posizioni giuridiche consolidate, in quanto espressamente riconosciute con provvedimento amministrativo, nonché disciplinate nel dettaglio mediante successivo contratto di diritto privato, frustrando, senza alcuna forma di compensazione, legittime scelte economico-finanziarie effettuate anche sulla base di ripetute rassicurazioni da parte dello Stato e del GSE circa la stabilità dell’assetto incentivante.

In ordine al profilo della "prevedibilità", secondo giurisprudenza della stessa Corte, l'operatore economico prudente e accorto non può invocare la tutela dell'affidamento a fronte di prevedibili mutamenti delle regolazione, circostanza che non può dirsi sussistesse nel caso di specie**[53]**. Le chiare indicazioni normative circa la stabilità del sistema di incentivazione, le espresse comunicazioni in tal senso da parte del Ministero, la sottoscrizione di una convenzione di diritto privato comportante diritti e doveri reciproci, hanno innegabilmente fatto sorgere in capo ai titolari degli impianti un legittimo affidamento, generato da un precedente comportamento univoco tale da far presumere che i successivi interventi sarebbero stati coerenti e compatibili **[54]**. Del resto, se si volesse seguire con coerenza il ragionamento della Corte, non si comprende come si sarebbe dovuto comportare l'operatore economico "prudente": dovendosi egli attendere una "possibile" riduzione dell'incentivazione successiva alla formale attribuzione della stessa, avrebbe potuto decidere di non aderire affatto al sistema tariffario agevolato in ragione dell'eccessiva alea ad esso connessa o, al contrario, avrebbe potuto contemplare nel piano finanziario una possibile futura riduzione degli incentivi, senza tuttavia poterne misurare in alcun modo l'entità. Sembra quasi che più che ad un operatore economico prudente, la Corte rinvii ad un operatore economico "veggente".

Senza poi voler considerare come una parte della dottrina qualifichi addirittura "contraddittoria" una legge incentivante connotata da una prevedibile instabilità**[55]**. Secondo tale orientamento, il criterio dell'operatore economico prudente non dovrebbe trovare applicazione nelle ipotesi nelle quali sia lo stesso regolatore ad aver indotto l'operatore economico ad effettuare determinati investimenti, ovvero allorquando esista un rapporto di consequenzialità tra il riconoscimento dell'incentivo e l'agire del privato: "si tratterebbe di un affidamento per così dire rafforzato dalla sussistenza del predetto nesso di causalità"**[56]**. Sarebbe in effetti davvero paradossale legittimare il comportamento di un regolatore che, in un primo momento, interviene per "pilotare" le scelte imprenditoriali in vista del conseguimento di un fine pubblico, e successivamente frustra le legittime aspettative di quegli stessi imprenditori che, con il loro investimento indotto, hanno consentito al medesimo soggetto pubblico di conseguire l'interesse perseguito.

Ebbene, attesa l'esistenza di un legittimo affidamento, ciò che occorre stabilire è se esso sarebbe potuto/dovuto essere sacrificato a fronte di una situazione eccezionale tale da imporre al legislatore un diverso e "anticipato" nuovo bilanciamento degli interessi pubblici in gioco. Insomma, ciò che rileva è il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità dell'intervento *in peius*, misurabile in relazione alla assoluta necessità dello stesso e, nel contempo, all'adeguata considerazione delle posizioni giuridiche preesistenti. Ebbene, come si è illustrato, nella

fattispecie *de qua* non è possibile registrare alcun evento eccezionale o esigenza inderogabile tale da bilanciare l'incontestabile offensività dell'intervento e, quindi, giustificare la lesione del legittimo affidamento degli operatori economici. A ben vedere, il Governo italiano ha originariamente "sbagliato i calcoli", introducendo un sistema di incentivi particolarmente favorevole che ha indotto numerosi operatori ad usufruirne: in tal modo gli obiettivi di energia pulita si sono rivelati raggiungibili in un periodo di tempo più breve rispetto a quello ipotizzato ed il regolatore ha così ritenuto di porre rimedio ad una propria errata politica di programmazione energetica riducendo gli incentivi anche nei confronti di coloro ai quali gli stessi erano già stati formalmente riconosciuti.

Sul punto viene nuovamente in rilievo la già richiamata Comunicazione della Commissione del 2013, ove si afferma per l'appunto che "la necessità di modificare le condizioni previste dalla regolamentazione per rispondere agli sviluppi del mercato non giustifica l'applicazione retroattiva delle modifiche agli investimenti già effettuati, nei casi in cui le stesse modifiche siano dovute all'incapacità delle autorità pubbliche di prevedere correttamente tali sviluppi o di adattarvisi per tempo. L'applicazione retroattiva delle modifiche in queste circostanze compromette gravemente la fiducia degli investitori e va per quanto possibile evitata"**[57]**. Insomma, legittime esigenze di razionale utilizzo delle risorse pubbliche consentono senza dubbio al legislatore di rivedere le proprie politiche di incentivazione, eventualmente "sovrastimate", ma solo per il futuro, non certo nei confronti di posizioni già acquisite. La stessa Corte costituzionale, in passato, nel perimetrare l'ambito di rilevanza del legittimo affidamento, ha sancito l'incostituzionalità di una disposizione che incideva negativamente su un rapporto di durata, giustificata unicamente sulla base dell'esigenza di contenimento della spesa pubblica: nell'occasione, la Consulta ha espressamente stabilito che una generalizzata esigenza di contenimento della finanza pubblica non può "risultare, sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente, legittimata a determinate la compromissione di diritti maturati o la lezione di consolidate sfere di interessi, sia individuali, sia anche collettivi"**[58]**.

Ragionando per analogia, a ben vedere, può sostenersi che al fine di verificare il rispetto del principio del legittimo affidamento da parte del legislatore che incide in senso peggiorativo su posizioni giuridiche preesistenti, si dovrebbero applicare i medesimi criteri che sovrintendono l'esercizio del potere di revoca da parte di una p.a.**[59]**: adeguata ponderazione dell'interesse privato leso; esternazione delle sopravvenute ragioni di interesse pubblico che hanno indotto il regolatore a "deviare" dal percorso atteso; corresponsione di un indennizzo (misura compensativa) nei confronti del soggetto pregiudicato nell'affidamento. Tale approccio si rivela, del resto, coerente con quella giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia che impone la

previsione di una disciplina transitoria e, nel caso, l'adozione di misure compensative, per mitigare gli impatti sfavorevoli su legittime aspettative a fronte di mutamenti della regolazione **[60]**. In senso analogo anche alcune pronunce della Corte costituzionale, laddove affermano la legittimità di interventi *in peius* unicamente in presenza di disposizioni volte a temperare gli effetti negativi sui rapporti di durata**[61]**.

Appare significativo, a questo punto, segnalare come le critiche in questa sede sollevate alla pronuncia della Corte di Giustizia in commento si pongano in linea con quanto disposto – sulla medesima vicenda – dal Tribunale arbitrale internazionale, il quale giunge a conclusioni opposte rispetto a quelle della nostra Corte costituzionale e della Corte di Giustizia. Con decisione del 23 dicembre 2018, il Tribunale arbitrale ha condannato lo Stato italiano a risarcire gli operatori economici per violazione dell'art. 10 della *Energy Charter Treaty*, laddove impone di "creare stabili, eque, favorevoli e trasparenti condizioni per gli investitori": nel caso di specie, secondo gli arbitri, "al momento dell'investimento, i ricorrenti erano stati indotti a ritenere, ragionevolmente, che le tariffe incentivanti sarebbero rimaste le stesse, come promesse nel Conto Energia, nelle comunicazioni del GSE e nei contratti con il GSE, per un periodo ventennale", con la conseguenza che – avendo lo Stato fornito assicurazioni espresse che nessuna modifica si sarebbe verificata – esso è responsabile nel non aver accordato "un trattamento giusto ed equo agli operatori economici" attraverso forme di compensazione**[62]**.

In conclusione, dall'esame della pronuncia in commento sembrerebbe emergere un nuovo orientamento della Corte di Giustizia, ovvero che in alcuni settori particolarmente esposti alle oscillazioni dei mercati e agli avanzamenti dello stato della tecnica (quali quello della produzione di energia), la tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico assumerebbe un carattere intrinsecamente debole. In realtà, se si può convenire sull'esigenza che in determinati contesti un modello regolatorio "rigido" risulterebbe fallimentare e che il legislatore debba potersi rapidamente adattare alle nuove esigenze che nel tempo emergono dalle dinamiche proprie della materia oggetto di regolazione, è pur vero che l'incertezza endemica che contraddistingue i sistemi giuridico-economici contemporanei**[63]** non giustifica una negazione quasi assoluta del principio del legittimo affidamento, anzi, al contrario ne pretende un rafforzamento: proprio in ragione delle incertezze "esterne" e non prevedibili, il cittadino e (ancor di più) l'operatore economico deve poter pretendere il più elevato livello di coerenza nelle scelte regolatorie, non potendosi ritenere legittime riforme incidenti *in peius* su posizioni giuridiche acquisite o su legittime aspettative di diritto, riforme dettate da semplici "ripensamenti" di ordine politico-economico e non da esigenze eccezionali ed imperative**[64]**.

Un'ultima osservazione. Se anche si volesse aderire all'idea che la tutela dell'affidamento non precluda l'intervento retroattivo *in peius* da parte del regolatore su posizioni consolidate in materia di incentivi, in ogni caso nella vicenda in esame il legislatore italiano ha senza dubbio violato la direttiva 2009/28, che la stessa normativa interna contestata era chiamata ad attuare. Se è vero, infatti, che la citata direttiva non esclude espressamente una rimodulazione degli incentivi, è altrettanto vero che l'intero sistema da essa introdotto si fonda sui principi di stabilità e certezza della regolazione; e questo non solo e non tanto in ragione della tutela dell'affidamento degli operatori economici, quanto piuttosto al fine di consentire il conseguimento degli obiettivi di politica energetica individuati nella medesima normativa europea. Al riguardo, appare significativa la circostanza che nella pronuncia in commento la Corte non si soffermi affatto sul profilo, pur eccepito dai ricorrenti, della violazione del principio dell'effetto utile, ai sensi del quale, come noto, gli Stati membri non sono semplicemente tenuti ad attuare le direttive, ma devono anche astenersi dal porre in essere qualsiasi misura idonea a frustrare il raggiungimento dei risultati dalle stesse individuati**[65]**: è innegabile che il rischio che il modello di legislazione incentivante "altalenante" offerto dal legislatore italiano possa scoraggiare i futuri investimenti privati nello sviluppo della produzione di energia rinnovabile sia particolarmente elevato. Tale pericoloso indirizzo, tra l'altro, assume oggi vieppiù rilevanza a fronte delle sfide lanciate dall'Unione Europea, con il *Green Deal* (2019) e il più recente pacchetto di proposte legislative su energia e clima *Fit for 55* (2021): la riduzione del 55% delle emissioni di gas serra ed il contestuale 27% di quota di energia consumata da fonti rinnovabili entro il 2030, sono obiettivi ambiziosi che, per essere raggiunti, necessitano di interventi su più fronti (meno burocrazia, autorizzazioni uniche, regole chiare) e che i singoli Stati potranno conseguire unicamente in stretta collaborazione con i privati (cittadini e operatori economici), il che presuppone evidentemente l'instaurazione di un clima di fiducia tra le parti, un impianto regolatorio semplice e certo, tale da far insorgere (e, nel caso, tutelare) una posizione di legittimo affidamento in coloro che saranno chiamati a contribuire, con il loro investimenti, nella prospettata rivoluzione verde.

[1] Il T.A.R. del Lazio ha proposto nello stesso periodo alla Corte di Giustizia UE altre tre domande pregiudiziali identiche, tutte sospese fino alla emanazione della pronuncia che si commenta in questa sede (si tratta delle cause C-306/19, *Milis Energy c. M.S.E.*; C-512/19, *Go Sun e Malby Energy c. M.S.E.*; C-595/19 *Fototre c. M.S.E.*).

[2] La letteratura in tema di tutela del legittimo affidamento del cittadino nei confronti della p.a. è vastissima. Da ultimo, per una completa ricostruzione del tema v. E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 173 ss.

[3] In tema di attività normativa e tutela del legittimo affidamento v., *ex multis*, P. Carnevale, G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge, fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014; D.U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm.*, 6/2008, 1899 ss.

[4] V. Cerulli Irelli, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 2014, 255.

[5] M. Luciani, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento europeo*, in *Eurojus*, 3/2019, 70.

[6] Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, in *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento della pronuncia v. E. Mariani, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2017. Alla sentenza n. 16/2017 è seguita, poi, l'ordinanza 12 giugno 2017, n. 138, con la quale la Corte costituzionale ha affrontato i profili che residuavano, da un lato, escludendo la natura sanzionatoria della introduzione del nuovo regime incentivante e, dall'altro lato, evidenziando la carenza di una adeguata motivazione da parte del giudice remittente in ordine alla presunta violazione dell'art. 97 Cost.

[7] M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 24.

[8] Cfr. anche il *Libro Verde UE: Una Strategia Europea per Energia Sostenibile, Competitiva e Sicura*, COM (2006) 105 dell'8 marzo 2006 e la Comunicazione della Commissione 2010/639 del 10.11.2010 (Energia 2020: strategia per un'energia competitiva, sostenibile e sicura).

[9] Ci si riferisce, in particolare, ai Certificati verdi, ai Certificati bianchi, alla Tariffa omnicomprensiva ed al c.d. Conto energia. Per un'analisi dei diversi regimi di sostegno alla produzione di energia da fonti rinnovabili si rinvia a M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 1 ss.

[10] L. Ammannati, *La transizione energetica nell'Unione Europea. Il nuovo modello di governance* , in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia. Questioni e prospettive*, Napoli, 2019, 11.

[11] M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

[12] "Ogni decisione collettiva, che pecchi in eccesso o in difetto, genera livelli di inquinamento troppo alti o, alternativamente, sprechi ed ingiustificate perdite di benessere", M. Cafagno, *Mercato e ambiente*, in *Studi sul Codice dell'Ambiente*, a cura di M.P. Chiti e R. Ursi), Torino, 2009, 67.

[13] F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 105 ss.

[14] Per un esame dell'evoluzione della disciplina del modello Conto energia sia consentito rinviare a M. Calabrò, *Energia, ambiente e semplificazione amministrativa*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021.

[15] G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, 80 ss.

[16] Corte Giust. UE, 11 luglio 2019, *Agrenenergy e Fusignano Due,* C-180/18; C-286/18; C-287/18.

[17] Corte Giust. UE, 1 luglio 2014, *Alands Vindkraft*, C-573-12; Corte Giust. UE, 11 settembre 2014, *Essent Belgium NV*, C-204/12 e C-208/12. In senso analogo v. anche la Comunicazione della Commissione Europea del giugno 2012 *Renewable Energy: a major player in the European Energy market*.

[18] In senso analogo anche la direttiva 2018/2001/UE, che ha sostituito la 2009/28/CE, laddove dispone che "le politiche di sostegno all'energia rinnovabile dovrebbero essere prevedibili e stabili [...] Gli Stati membri dovrebbero fare in modo che un'eventuale revisione del sostegno concesso ai progetti di energia rinnovabile non incida negativamente sulla loro sostenibilità economica".

[19] Cfr. Corte cost., 20 maggio 2016, n. 108.

[20] Cfr. Corte cost., 3 8 2005, n. 31. Ma, sul punto, v. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, laddove afferma che "Il

principio di ragionevolezza che si vuole ricavare dall'art. 3 non riguarda il fondamento della tutela del legittimo affidamento, bensì l'applicazione del principio di buona fede per tutelare il legittimo affidamento del cittadino determinato dal legislatore", 6.

[21] F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2014, 4.

[22] In realtà, la dottrina ha da tempo chiarito come certezza del diritto e legittimo affidamento – benché accomunati dalla comune matrice rappresentata dall'esigenza di garantire la sicurezza dei rapporti giuridici – configurino due principi nettamente distinti: mentre la certezza del diritto – intesa come conoscibilità e prevedibilità delle norme – assurge a valore fondante dell'ordinamento, il legittimo affidamento postula l'esigenza di un bilanciamento di interessi, quello alla stabilità della normativa e quello all'evoluzione della regolazione, anche, se del caso, con effetti pregiudizievoli nei confronti di posizioni pregresse. Sul tema v. A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, 6 ss.

[23] Corte cost., 26 aprile 2018, n. 89; Corte cost., 21 luglio 2013, n. 203.

[24] Corte Giust. UE, 5 maggio 1981, in *Dir. e giur. agr.*, 1983, 54; Corte Giust. UE, 10 dicembre 2015, *Valsts ienemumu dienests*, C-427/14.

[25] V. Pampanin, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2015, 9, il quale cita Corte Giust. UE, 14 luglio 2004, *Di Leonardo Adriano Srl e Dilexport Srl*, C-37/02 e C-38/02; Corte Giust. UE, 4 ottobre 2017, *Commissione c. Italia*, C-217/06; Corte Giust. UE, 14 giugno 2011, *Pfleiderer AG*, C-360/09.

[26] Cfr. Corte Giust. UE, 10 settembre 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Darmstadt*, C-201/08; Corte Giust. UE, 19 dicembre 2013, *BDV Hungary Trading Kft c. Nemzeti Adò*, C-536/12; Corte Giust. UE, 11 luglio 2019, *Agrenergy e Fusignano Due*, C-18018, C-286/18, C-287/18.

[27] Corte Giust. UE, 10 dicembre 2015, *Valsts ienemumu dienests*, C-427/14; Corte Giust. UE, 11 marzo 1987, *Van den Bergh en Jurgius*, C-265/85.

[28] Corte Giust. UE, 7 settembre 2006, *Spagna c. Consiglio*, C-310/04; Corte Giust. Ue, 15 luglio 2004, *Di Lenardo e Dlexport*, C-37/02, C-38/02.

[29] Corte Giust. UE, 3 maggio 1978, *August Topfer & Co. c. Commissione*, C-112/77.

[30] Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze*, C- 322/2016.

[31] Corte Giust. UE, 11 giugno 2015, *Berlington Hungary*, C-98/14; Corte Giust. UE, 6 marzo 2003, *Nienmann*, C-4/01; Corte Giust. UE, 16 maggio 1979, *Tomadini*, C-84/78. Su tale profilo v. S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 104.

[32] A.M. Sandulli, *Il principio di irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, 73 ss.; V. Caianiello, *Il problema della retroattività delle leggi e i principi della certezza e dell'affidamento*, in *Notariato*, 2001, 345 ss.

[33] M. Luciani, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento europeo*, cit., 72.

[34] F.F. Pagano, *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore*, in *www.rivistaaic.it*, 2017, 10. In senso analogo anche A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alla incentivazione ad attività economiche)*, cit.

[35] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CC0798&from=EN.

[36] Comunicazione della Commissione Europea, COM[2013]7243, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, 13.

[37] G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 174 ss.; A. Loiodice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro*, II, Milano, 1968, 796 ss.

[38] M. Luciani, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione Italiana e nell'ordinamento europeo*, cit., 73.

[39] Cfr. Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155; Corte cost., 27 luglio 1982, n. 143; Corte cost., 27 luglio 1976, n. 194.

[40] G. Furgiuele, *Diritti acquisiti* (voce), in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., V*, Torino, 1980, 370, la cui citazione è presente in V. Pampanin, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, cit., 3.

[41] V. Onida, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, in AA.VV., *Il difficile mercato*, Milano, 2017, 22.

[42] D. Donati, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, Roma, 1915.

[43] Sui rischi derivanti dalla tendenza di una certa giurisprudenza ad escludere dall'applicazione del principio del legittimo affidamento "tutte le ipotesi in cui la situazione giuridica soggettiva non consista in un diritto perfetto ormai definitivamente acquisito al patrimonio giuridico dell'interessato" v. V. Pampanin, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, cit., 20.

[44] Cfr. Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'economia e delle finanze*, C-322/2016, con la quale i giudici europei hanno ritenuto compatibile con il diritto UE l'introduzione di nuovi requisiti ed obblighi a carico di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito.

[45] Per la giurisprudenza della Corte di Giustizia si rinvia alla precedente nota 31. Sul rapporto tra legittimo affidamento e portata garantistica delle disposizioni transitorie, quali misure volte a regolare il passaggio fra assetti normativi, v. G. Matucci, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009.

[46] Cfr. Corte EDU, 9 giugno 2009, n. 16861/02; Corte EDU, 8 febbraio 2011, n. 16021/02.

[47] Sulla ridotta incidenza della giurisprudenza della CEDU in tema di tutela del legittimo affidamento nelle decisioni (maggiormente restrittive) della Corte Costituzionale si rinvia a P. Carnevale, G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2014.

[48] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-ter, 2 aprile 2013, n. 3274.

[49] Nelle sue conclusioni, l'Avvocato Generale sostiene, altresì, che il diritto all'incentivo non potrebbe dirsi "acquisito" per il solo fatto di essere stato riconosciuto da un atto amministrativo e da un successivo contratto di diritto privato. A riprova di ciò richiama la decisione (Corte Giust. UE, 26 maggio 2016, *Ezernieki*, C-273/15) con la quale si afferma che non è "acquisito" un aiuto di Stato laddove sia prevista a monte la sua rimborsabilità nell'ipotesi in cui emerga che il soggetto non era in possesso dei requisiti richiesti. Il parallelismo, tuttavia, non pare calzante: nell'ipotesi degli aiuti di Stato, infatti, era già prevista in partenza una sorta di "fragilità intrinseca" della sovvenzione; al contrario, nel caso degli incentivi energetici l'attribuzione della tariffa agevolata non era assoggettata ad alcuna condizione o verifica successiva: una revisione delle condizioni, non preventivata, non può certo rendere *ex post* un diritto acquisito un diritto non definitivo!

[50] Corte Giust. UE, 30 giugno 2016, *Lidl*, C-134/15; Corte Giust. UE, 20 dicembre 2017, *Polkomtel*, C-277/16.

[51] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 16 novembre 2018, n. 11124. "Operare, come ha fatto il legislatore del 2014, una riduzione degli incentivi già concessi vuol dire alterare l'equilibrio economico-finanziario sulla base del quale il privato ha programmato l'investimento, in quanto i costi dello stesso sono già stati sostenuti – e su di essi non incide la progressiva riduzione indotta dal miglioramento della tecnologia – mentre vengono ridotte le entrate" (F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 1/2019, 257).

[52] M. Cocconi, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, cit., 4.

[53] Non è un caso che nelle conclusioni dell'Avvocato Generale si legga che una modifica degli importi degli incentivi svantaggiosa per gli operatori economici "non potesse essere considerata imprevedibile" il che, evidentemente, è molto diverso dal sostenerne la prevedibilità.

[54] Sulla relazione tra coerenza comportamentale e legittimo affidamento v. E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 176.

[55] F. Scalia, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, cit., 256.

[56] F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, cit., 21.

[57] Comunicazione della Commissione Europea, COM[2013]7243, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, 13.

[58] Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92.

[59] M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

[60] Cfr. la precedente nota 31.

[61] Cfr. Corte cost., 7 luglio 2005, n. 264; Corte cost., 17 dicembre 2013, n. 310.

[62] Tribunale arbitrale internazionale, *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic*, SCC Case No. V 2015/095, reperibile in https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10291.pdf.

[63] Sulle conseguenze derivanti dall'incertezza e la precarietà che caratterizzano le società postmoderne è doveroso il rinvio a Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

[64] "Non si può invero non rappresentare che uno dei più seri fattori di rischio per l'economia di un Paese sia costituito dall'incertezza delle regole che presiedono al corretto esercizio dei

poteri pubblici (amministrativi e giurisdizionali) con i quali gli operatori e gli investitori sono costretti a rapportarsi", M.A. Sandulli, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 2018, 3-4.

[65] Corte Giust. UE, 11 settembre 2012, *Nomarchiaki Afrodiokisi Aitoloakarnanias*, C-43-10; Corte Giust. UE, 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11.