

26 LUGLIO 2017

Stabilità degli incentivi alle fonti
rinnovabili e potere rimodulativo del
Legislatore: il punto di vista della Corte
costituzionale

di Elena Mariani

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*

di Elena Mariani

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

La vicenda in esame trae origine da sessantatre ordinanze¹, adottate dal Tar del Lazio, Sezione III-ter, all'esito di altrettanti giudizi amministrativi, radicati a seguito della richiesta di annullamento, da parte di imprenditori (o società) titolari di impianti fotovoltaici con potenza superiore a 200 kW, di due decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze², che disciplinavano, in attuazione del suddetto art. 26, comma 2, del d.l. 91/2014, l'applicazione di una tariffa incentivante di importo nettamente inferiore a quanto previsto dal precedente regime.

E' importante fin da subito evidenziare l'elemento di novità insito nella scelta operata dal Giudice amministrativo, il quale, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma in esame, pare suggerire un nuovo metodo di analisi della correttezza e della legittimità di tali regimi incentivanti, che focalizza l'attenzione sulla fonte giuridica da cui questi ultimi promanano, ossia sulla legge di incentivazione, piuttosto che sui provvedimenti ministeriali del 2014, i quali ne costituiscono unicamente la misura attuativa.

La scelta strategica di affidare la soluzione del problema al Giudice delle leggi nasce, infatti, dal tentativo di individuare un regime giuridico in grado di limitare la discrezionalità del Legislatore nel rimodulare, in senso peggiorativo, le tariffe incentivanti in questione. Il Tar del Lazio ha presumibilmente agito in considerazione della circostanza che, qualche anno prima, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, a cui era stato chiesto di pronunciarsi in merito alla legittimità di un decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che disciplinava anch'esso l'applicazione di una tariffa

* Articolo sottoposto a referaggio. Nota a Corte costituzionale – sentenza n. 16 – 24 gennaio 2017 – *Pres. Grossi – Rel. Morelli* – TAR Lazio nei procc. Entec s.p.a. ed altri c. Presidenza del Consiglio dei ministri ed altri.

¹ La questione di legittimità costituzionale in esame è stata sollevata dal Tar del Lazio, Sez. III-ter, con tre ordinanze del 3 luglio, una del 7 luglio, cinque del 9 luglio, una del 23 giugno, tre del 24 giugno, due del 26 giugno, una del 30 giugno, due del 10 luglio, una del 20 luglio, una del 10 luglio, due del 24 giugno, una del 26 giugno, una del 10 luglio, tre del 20 luglio, una del 1 settembre, due del 3 luglio, una del 10 luglio, una del 20 luglio, una dell'8 luglio, due del 20 luglio, tre del 4 agosto, una del 20 luglio, cinque del 4 agosto, tre del 1 settembre, una del 24 giugno, una del 3 luglio, quattro del 4 agosto, una del 25 giugno e nove del 3 agosto 2015, rispettivamente iscritte ai nn. da 253 a 261, 265, da 266 a 274, da 279 a 287, da 293 a 302, da 309 a 317, da 324 a 329 del registro ordinanze 2015 ed ai nn. da 37 a 46 del registro ordinanze 2016.

² D.m. 16 e 17 ottobre 2014.

incentivante³, aveva avuto modo di escludere la violazione, da parte del decreto stesso, del principio di irretroattività, sul presupposto della natura meramente interpretativa (e non innovativa, così come prospettato dal Giudice di primo grado) del provvedimento ministeriale impugnato⁴. Sicché, il Giudice di *prime cure*, conscio di tale precedente giurisprudenziale, ha probabilmente cercato di scavalcare il problema relativo alla qualificazione giuridica dei decreti ministeriali del 2014, mettendo in dubbio la legittimità costituzionale del decreto-legge a cui essi danno attuazione.

La vicenda in esame rappresenta, quindi, l'occasione per avviare una riflessione relativa alle leggi di incentivazione economica⁵ e al loro regime giuridico, soprattutto in termini di efficacia temporale delle misure incentivanti che da esse derivano.

Invero, con la sentenza in esame la Corte costituzionale si pronuncia in merito alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Lazio, Sezione III-ter, con riferimento all'art. 26, del d.l. n. 91 del 2014⁶, commi 2 e 3 (così come convertito, con modificazioni, dalla l. n. 116 del 2014), che, in aderenza agli obblighi previsti dalla normativa europea⁷, ridefinisce, in senso peggiorativo per gli operatori del settore, le modalità e le tempistiche con cui il Gestore dei Servizi Energetici s.p.a. (d'ora in avanti: G.S.E.) provvede all'erogazione degli incentivi per la produzione di energia termica, derivante da impianti solari fotovoltaici di potenza superiore a 200 kW.

Il sopra cit. art. 26, infatti, nella ricostruzione operata dal Giudice amministrativo, finirebbe per incidere in maniera eccessivamente negativa sulle posizioni giuridiche facenti capo ai soggetti (o alle società) titolari dei suddetti impianti fotovoltaici, dal momento che, in base al comma primo, il G.S.E. dovrebbe

³ Si tratta del d.m. 6 febbraio 2006, modificativo del precedente d.m. 28 luglio 2005 ed adottato in attuazione del d.lgs. n. 387 del 2003. Per un approfondimento relativo alle implicazioni tributarie connesse all'introduzione, da parte del decreto legislativo stesso, del meccanismo della "tariffa incentivante", si veda M. CARDILLO, *La tassazione dell'energia prodotta da fonti fotovoltaiche*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2010, fasc. 6, pagg.1043-1066.

⁴ Dando, in realtà, luogo ad una soluzione considerata contraddittoria dalla dottrina, dal momento che il Consiglio di Stato, da un lato, qualifica il decreto come normativo, invocando il principio del *contrarius actus*, e, dall'altro lato, al fine di giustificare "la sua sottrazione alla regola, tipica degli atti normativi, della irretroattività", ne richiama la "natura interpretativa", così C. TUBERTINI, *I regolamenti e gli atti amministrativi generali*, nota a sent. Cons. Stato, Ad. Plen, 4 maggio 2012, n. 9, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di G. GARDINI e L.VANDELLI, Maggioli editore, 2013, Santarcangelo di Romagna. In tal senso vedi anche B. MAMELI, *La successione delle fonti atipiche del Governo e il principio del contrarius actus*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 11, 2012.

⁵ Le quali, nonostante le difficoltà connesse all'individuazione di una precisa nozione, sono state definite come quelle leggi "che, prevedendo un beneficio (normalmente, ma non necessariamente, di natura economica), stimola il compimento di un'attività economica privata, collegando l'attribuzione del beneficio al compimento dell'attività (o eventualmente al verificarsi di un certo risultato determinato anche da quell'attività)", M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 8, 2007.

⁶ Recante "disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale, l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea" e anche detto "d.l. competitività".

⁷ Contenuta in diverse Direttive europee, adottate, a loro volta, al fine di rispettare il Protocollo di Kyoto del 7 dicembre 1997. Da ciò è derivato un rinnovato impegno da parte degli Stati nella rideterminazione dei criteri necessari ad assicurare uno sviluppo equilibrato del settore delle energie derivanti da fonti rinnovabili.

versare ai titolari stessi un acconto, con rate mensili costanti, su base annua, pari al 90% della producibilità media annua stimata per ogni impianto ed un conguaglio, entro il 30 giugno dell'anno successivo, in relazione alla produzione effettiva e non più in relazione alla produzione presunta; in base al comma terzo, invece, gli incentivi destinati ai soli impianti di potenza superiore a 200 kW sarebbero “spalmati” su un periodo di 24 anni, anziché, come attualmente previsto, di 20 anni, con conseguente drastica riduzione delle tariffe incentivanti stesse.

In particolare, secondo un'ormai nota interpretazione dottrinale⁸, tale categoria di leggi⁹ godrebbe di una tutela costituzionale c.d. “rinforzata”, in quanto fornita di un solido fondamento costituzionale, rappresentato dagli artt. 3, 25, comma 1, e 41 della Costituzione, il quale vieterebbe di abrogare retroattivamente le leggi in questione ed altresì di assoggettare unilateralmente i destinatari delle stesse ad oneri più gravosi di quelli precedentemente previsti. Le leggi di incentivazione economica presentano, infatti, una connotazione sostanzialmente contrattuale, in quanto danno luogo ad un rapporto sinallagmatico e paritario tra Stato e privati, che, in quanto suscettibile di generare un assetto stabile degli interessi in gioco, impedisce ai “contraenti” di modificare il rapporto stesso in maniera unilaterale¹⁰.

Senonché, considerata l'eccessiva rigidità di tale impostazione, occorre piuttosto indagare su quali siano i “limiti entro i quali il vincolo dell'immodificabilità deve valere per lo Stato”¹¹, al quale deve pur sempre essere riconosciuto uno spazio di manovra necessario al fine di poter garantire il perseguimento dell'interesse pubblico prevalente, anche in situazioni di dissesto economico. Tali circostanze, infatti, hanno talvolta reso necessaria la rimodulazione, da parte dell'Amministrazione, di precedenti scelte legislative, mediante l'adozione di provvedimenti esecutivi ad efficacia retroattiva, che, in quanto tali, andavano ad incidere sulle posizioni ormai consolidate dei loro destinatari, sollevando conseguentemente problemi di tutela dell'affidamento e di stabilità della relativa disciplina.

Nel caso di specie, tuttavia, il Tar del Lazio, agendo diversamente dal passato, tenta di salvaguardare il diritto dei ricorrenti ad usufruire di tariffe incentivanti, nella misura originariamente stabilita dal Legislatore del 2014, non pronunciandosi direttamente sulla legittimità dei provvedimenti ministeriali, bensì spostando il problema a monte ed investendo della questione la Corte costituzionale. Il Giudice

⁸ Cfr. G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962. Per un'ulteriore analisi di tale tipologia di leggi, vedi anche A. GARDINO, *Il rispetto del principio di uguaglianza nelle leggi di incentivazione economica*, in *Università di Genova Facoltà di giurisprudenza Annali*, 1970, fasc. 1, pagg. 328-349.

⁹ Ossia le leggi di incentivazione economica, tra cui rientra certamente il più volte cit. art. 26, del d.l. n. 91 del 2014.

¹⁰ Secondo l'Autore, infatti, “i principi dell'affidamento e della buona fede hanno una portata generale e valgono non solo per i contatti formalmente privati, ma per ogni rapporto paritario”, G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., p. 144.

¹¹ Così, G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., p. 145.

amministrativo ha, quindi, mirato ad ottenere una pronuncia che riguardasse propriamente la legittimità del d.l. 91 del 2014, costringendo, in tal modo, la Consulta ad avviare una riflessione inerente il regime giuridico non tanto dei provvedimenti ministeriali, quanto della legge incentivante di cui questi ultimi rappresentano l'attuazione. Infatti, come sopra ricordato, il fondamento costituzionale delle leggi di incentivazione economica non consentirebbe al Legislatore di apportarvi modifiche di tipo peggiorativo, poiché ciò contrasterebbe con le garanzie di stabilità che connotano tale tipologia di leggi, determinando una violazione del principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica¹².

A ciò si aggiunga che la legge impugnata, non essendo certo qualificabile come norma interpretativa¹³, violerebbe, più in generale il principio di irretroattività della legge¹⁴, sancito dall'art. 11 delle Preleggi al codice civile, nonché dall'art. 25 della Costituzione.

Senonché, la Corte costituzionale non ha ritenuto di poter condividere tale ricostruzione, sul presupposto che sarebbe precluso al Legislatore qualsiasi intervento modificativo della disciplina incentivante previgente, ammissibile, secondo i ricorrenti, soltanto entro rigorosi limiti imposti da stringenti finalità costituzionali. Come, infatti, si avrà modo di illustrare più approfonditamente nel prosieguo, la Corte mostra di aderire ad un consolidato orientamento sostanziale, che ammetterebbe i suddetti interventi legislativi di rimodulazione, purché non incidano irrazionalmente su posizioni giuridiche ormai consolidate.

Sulla base di tali premesse, prendendo atto delle considerazioni espresse dalla Corte, pare opportuno avviare una riflessione sul regime giuridico dei decreti ministeriali oggetto d'esame e, più in generale, di quegli atti governativi e ministeriali di dubbia qualificazione, il cui inquadramento giuridico è ancora oggi al centro di un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che si è focalizzato sull'individuazione di indici rivelatori del carattere normativo o semplicemente amministrativo degli atti stessi.

¹²L'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica rappresenta, infatti, un "elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto", cfr., fra gli altri, Corte cost., sent. 14 luglio 1988, n. 822, in www.giurcost.org.

¹³Tale qualificazione giuridica dovrebbe, invece, essere riferita ai soli decreti ministeriali, così come affermato nella cit. sent. Ad. Plen. n. 9 del 2012, cfr. nota n. 5.

¹⁴Cfr., tra i tantissimi contributi in tema di irretroattività della legge, almeno i classici C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Torino, Unione tipografico-editrice, 1884; D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 1915, p. 235 ss., ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova, 1966; A. SANDULLI, *Il principio della irretroattività della legge e la Costituzione*, in *Il foro amministrativo*, 1947, fasc. n. 2, p. 81 ss.; L. PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, *Il foro amministrativo*, 1959, p. 946; G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970; F. SATTA, voce *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enciclopedia Giuridica*, XVII, Roma, 1989, 1; R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 1332 ss.; A. GIULIANI, *La retroattività della legge*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, 1990; V. CAIANIELLO, *Il problema della retroattività delle leggi e i principi della certezza e dell'affidamento*, in *Notariato*, 2001, p. 345 ss.; A. CALMIERI, *Leggi retroattive: l'ardua mediazione tra l'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Il foro italiano*, 2013, fasc. n. 4.

Tradizionalmente, al fine di determinare la linea di confine tra l'area del disporre e l'area del provvedere, si è fatto ricorso ai criteri della generalità, dell'astrattezza e della innovatività¹⁵, propri dei regolamenti ed assenti negli atti amministrativi generali¹⁶. Lo stesso problema si è posto anche con riferimento a numerose altre categorie di atti¹⁷, tra i quali meritano menzione quelli espressione dei poteri regolatori delle Autorità amministrative indipendenti¹⁸.

Con specifico riferimento al caso concreto, il problema della qualificazione giuridica dei decreti impugnati nel giudizio *a quo* parrebbe superato dalla considerazione per cui questi ultimi, pur essendo rivolti ad una determinata categoria di destinatari (ossia i suddetti titolari di impianti fotovoltaici) ed essendo, quindi, astrattamente inquadrabili come atti “di natura non regolamentare”, rientrerebbero comunque tra gli atti a carattere normativo, non rappresentando quest'ultima una categoria chiusa e tipizzata. Esistono, infatti, numerosi casi, come quello in esame, in cui occorre che il Legislatore integri la fattispecie legislativa mediante elementi tecnici o contingenti che necessitano di essere frequentemente rimodulati da parte dell'organo amministrativo di riferimento.

¹⁵ Per chiarezza, è utile ricordare che per “generalità” si intende l'indeterminabilità a priori e a posteriori dei soggetti ai quali l'atto si indirizza; per “astrattezza” l' indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete; infine, per “innovatività” la capacità di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento.

¹⁶ Vedi A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, p. 41 ss. Sul tema, vedi anche B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. n. 2-3, p. 388.

¹⁷ A titolo esemplificativo, la medesima questione di inquadramento giuridico si era altresì posta con riferimento al cosiddetto “decreto FUS”, adottato dal Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo in data 1 luglio 2014, recante “Nuovi criteri per l'erogazione e modalità per la liquidazione e l'anticipazione di contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul fondo unico per lo spettacolo di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163”. Invero, tale atto, la cui legittimità era stata contestata avanti al T.A.R. Lazio, era stato dapprima inquadrato da quest'ultimo come atto avente natura regolamentare, per poi essere invece qualificato dal Consiglio di Stato, nella successiva pronuncia di riforma, come atto amministrativo generale, sulla base dei criteri formali e sostanziali (richiamati ed esplicitati approfonditamente nella pronuncia in questione) di identificazione degli atti normativi, cfr. T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II-*quater*, sent. 28 giugno 2016, n. 5035 e Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2016, n. 5035.

¹⁸ In particolare, è utile richiamare la discussa questione relativa alla natura giuridica delle linee guida dell'ANAC, con particolare riferimento a quelle aventi carattere vincolante e di emanazione diretta da parte dell'Autorità stessa. Il Consiglio di Stato, con parere n. 855 del 1 aprile 2016, ha ritenuto opportuno “*riconduurre le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso stretto ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione*”. L'importante presa di posizione espressa dai Giudici di Palazzo Spada ha suscitato reazioni contrastanti all'interno della dottrina: c'è chi si esprime concordemente a quanto affermato dal Consiglio di Stato, cfr. F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *www.federalismi.it*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo* n. 25/2016, pp. 22 e 23; I. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, p. 33 ss.; e chi segue diverse teorie: C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?* in *Giustamm.it - Rivista di diritto amministrativo*, fasc. n. 4, 2016; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giustamm.it - Rivista di diritto pubblico*, fasc. n. 6, 2016; M. DALLE FOGLIE, *Verso un "nuovo sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm.it - Rivista di diritto amministrativo*, fasc. n. 6, 2016, p. 6 ss; M.P. CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, fasc. n. 4, 2016, pp. 441-443.

Senonchè, è bene osservare che la stessa qualificazione in termini normativi dei decreti ministeriali in questione comporterebbe necessariamente l'applicazione della regola dell'irretroattività dei decreti stessi e, pertanto, l'illegittimità costituzionale del decreto legge da cui essi promanano.

Considerato, tuttavia, che un'impostazione del problema in termini di rapporto tra fonti differenti non pare aver sortito alcun effetto utile ai fini della tutela delle posizioni giuridiche dei titolari degli impianti fotovoltaici, occorre analizzare la questione sotto altro profilo, ossia valutando se, nel caso del susseguirsi di modifiche incidenti sulla disciplina originaria, sia ipotizzabile la sussistenza di un affidamento giuridicamente tutelabile, in grado di inficiare la legittimità costituzionale nella norma lesiva sopravvenuta¹⁹.

Invero, è importante fin da subito rilevare che il principio del legittimo affidamento assume una particolare connotazione con riferimento alle leggi di incentivazione economica, in ragione della suddetta natura sostanzialmente contrattuale che caratterizza il rapporto, instaurato dalle leggi stesse, tra il potere pubblico e i soggetti privati. Conseguentemente, la presenza di violazioni da parte dello Stato di un presunto sinallagma contrattuale tra incentivi ed investimenti rende necessario un rigoroso scrutinio di legittimità da parte del Giudice costituzionale²⁰.

A tal fine, occorre innanzitutto ricordare che, come afferma la stessa Corte nel corso del giudizio in esame, il legittimo affidamento è stato, ormai pacificamente, interpretato dalla giurisprudenza comunitaria e costituzionale²¹ come principio generale dell'ordinamento, in grado, in quanto tale, di vincolare il Legislatore nell'emanazione di disposizioni normative aventi efficacia retroattiva²².

¹⁹ A favore di un'impostazione in termini di ricerca di indici di esistenza di un affidamento tutelabile, si veda F. MERUSI, *Buona fede e legittimo affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, il quale nega l'esistenza nel nostro ordinamento di una categoria speciale di "super-leggi", di rango superiore a quelle ordinarie. Per un approfondimento del profilo "pubblicistico" dell'istituto del legittimo affidamento cfr. M.T. CAPUTI JAMBRENCHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 159; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016. Ai fini di un'analisi del principio in questione a livello comunitario si veda, invece, R. CARANTA, *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 417 ss.; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; G. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 375 ss; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, fasc. n. 4, p. 575; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012.

²⁰ In tal senso, vedi M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit.

²¹ Si veda, a riguardo, la giurisprudenza citata da G. GRASSO, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in *www.altalex.com*, 23 dicembre 2011.

²² Si veda più in generale F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, CEDAM, Padova, 2004, secondo il quale il semplice discostarsi di una legge successiva da una legge di programmazione sia di dubbia costituzionalità, perché la legge programmatrice, "in quanto preordinata a pianificare e programmare, sembrava esprimere uno stabile giudizio di valore". Pare, pertanto, che siffatta considerazione possa, a maggior ragione, essere replicata anche con riferimento alle leggi di incentivazione economica, come quella impugnata nel presente giudizio.

Senonché, come più volte osservato dalla citata giurisprudenza, al Legislatore non potrebbe essere precluso qualunque tipo di intervento incidente sul passato, dal momento che si tratterebbe di un’impostazione eccessivamente rigida²³, che non consentirebbe di far fronte, per esempio, a particolari situazioni di dissesto economico²⁴. Sicché, posto che non può essere negato in assoluto il potere legislativo di abrogazione o rimodulazione di precedenti norme attributive di benefici economici, “*tale potere deve essere esercitato nei rigorosi limiti imposti da finalità costituzionali*”²⁵. In particolare, all’interno di tale scrutinio assume un ruolo fondamentale il principio di ragionevolezza, in forza del quale disposizioni che incidano sfavorevolmente sulla disciplina dei rapporti di durata potranno essere considerate costituzionalmente legittime soltanto qualora “*non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti, l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto*”²⁶.

Pertanto, a fronte di una norma retroattiva, come quella impugnata nel caso di specie, occorre porre in essere un bilanciamento giudiziale tra valori costituzionali contrapposti, ossia tra i precetti in materia di programmazione economica ed i principi di affidamento e di certezza del diritto. In particolare, nel caso in esame la Corte avrebbe escluso che le disposizioni impuginate avessero inciso arbitrariamente ed irrazionalmente sui rapporti di durata, derivanti dalle convenzioni stipulate tra G.S.E. e titolari degli impianti fotovoltaici, in modo tale da violare il principio del legittimo affidamento. Secondo il Giudice costituzionale, infatti, da un’attenta analisi del contenuto e della *ratio* delle disposizioni in parola emergerebbe con chiarezza la loro piena rispondenza ad un preminente interesse pubblico, individuabile nel reperimento di risorse finanziarie e, più precisamente, in una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici. Invero, la crescente remuneratività degli incentivi derivanti dalla produzione di energia fotovoltaica avrebbe finito per gravare in misura sempre maggiore sui consumatori finali di tale tipologia di energia ed, in particolare, sulle piccole e medie imprese che costituiscono il tessuto produttivo nazionale.

Le suddette esigenze di contenimento della spesa pubblica sarebbero, quindi, idonee a giustificare l’avvenuta rimodulazione normativa del 2014, senza che ciò determini alcuna lesione del principio

²³ Così anche B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria*, in *Annuario di diritto dell’energia*, 2013, p. 99 ss., il quale individua quale possibile alternativa ad un rigida applicazione del principio di irretroattività il “*riferimento ai principi e alla giurisprudenza relativi ai rapporti di durata*”.

²⁴ La costante giurisprudenza costituzionale ha ormai da tempo ammesso la legittimità delle leggi “retroattive”, cfr., ex multis, Corte cost., sent. 7 luglio 2006, n. 274, in *www.giurcost.org*.

²⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit.

²⁶ Cfr., ex multis, Corte cost., sent. 17 dicembre 1985, n. 349, 19 giugno 1998, n. 219, 4 novembre 1999, n. 416, in *www.giurcost.org*. In dottrina, cfr. S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 1197.

dell'affidamento, la quale potrebbe, invece, derivare da modifiche legislative di carattere “improvviso ed imprevedibile”. I continui ed ormai noti mutamenti della disciplina di riferimento²⁷ avrebbero, infatti, dovuto condurre l'operatore economico “prudente ed accorto” ad escludere la configurabilità di garanzie di stabilità in merito ai previgenti incentivi. Ciò avrebbe evitato la produzione in capo agli operatori stessi di gravi danni economici, come quelli derivanti dagli investimenti compiuti prima dell'effettivo avvio dell'impianto fotovoltaico e, quindi, della corresponsione di alcuna tariffa incentivante²⁸.

Invero, come ha avuto modo di chiarire il Consiglio di Stato, sulle orme della giurisprudenza comunitaria, prima dell'ammissione al suddetto beneficio sussisterebbero mere aspettative di fatto in capo ai titolari degli impianti che, in quanto tali, non risultano meritevoli di tutela in sede giurisdizionale, in quanto riconducibili alla discrezionalità dell'Autorità emanante²⁹.

Tali argomentazioni varrebbero, peraltro, ad escludere anche la supposta violazione, da parte della norma impugnata, del principio di parità di trattamento, dal momento che ciò potrebbe verificarsi

²⁷ Come ricorda lo stesso Giudice costituzionale, in Italia un sistema di incentivi mirati a favorire lo sviluppo dell'elettricità prodotta mediante conversione fotovoltaica della fonte solare è stato introdotto nel 2003 dal cit. d. lgs. n. 387, la cui impostazione è stata successivamente confermata dal d.lgs. n. 28 del 2011. Senonché “tra le principali criticità della disciplina introdotta dal decreto n. 28 del 2011 i commentatori hanno in particolare evidenziato la mancanza di sufficiente chiarezza circa la disciplina dei nuovi incentivi in special modo con riferimento alla tecnologia fotovoltaica, settore il quale, a causa dell'indeterminatezza e della variabilità normativa introdotta dal decreto, rischia di perdere la capacità di crescita acquisita nel passato più recente”, cfr. G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, fasc. n. 1, 2012. Invero, come affermato da autorevole dottrina, il cit. d.lgs. 28/2011 aveva previsto che “le disposizioni del Terzo conto energia, nonostante avessero espressamente un ambito di applicazione triennale, si applicassero solo alla produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici che, a prescindere dalla data di autorizzazione, fossero entrati in esercizio entro il 31 maggio 2011. Ciò senza che fosse stabilito un regime transitorio di indennizzi per quegli impianti che, autorizzati prima dell'entrata in vigore del decreto, fossero costruiti e connessi dopo la data sopraindicata”, così B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria*, cit., p. 99. Da ultimo, il Legislatore è intervenuto nel 2013, mediante il decreto-legge n. 145, convertito con modificazioni dalla legge n. 9 del 2014, a cui da ultimo ha fatto seguito la norma impugnata nel giudizio in esame.

²⁸ In senso contrario, si veda quanto affermato da B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria*, cit., p. 105, secondo cui “la sostanziale irretrattabilità dei regimi di incentivazione” deriverebbe proprio dal fatto che le considerazioni di cui sopra determinerebbero evidenti problemi di disparità di trattamento, in quanto porterebbero a ritenere indifferenti sia “la data della autorizzazione, rispetto alla quale si determinano in realtà le condizioni del business plan aziendale”, sia “la data della costruzione dell'impianto rispetto alla quale si determinano la gran parte dei costi di investimento”.

²⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 8 aprile 2015, n. 1777. Nello stesso senso il Consiglio di Stato, Sez. IV, si era già pronunciato qualche mese prima, con le sentenze 29 gennaio 2015, da n. 420 a n. 429, nelle quali aveva chiarito che il diritto di accedere al beneficio incentivante sorge non a seguito della messa in esercizio dell'impianto fotovoltaico, bensì soltanto al momento dell'adozione del provvedimento da parte del gestore del servizio. Senonché, tale ricostruzione ha suscitato perplessità in dottrina, laddove si è osservato che “un sistema normativo che finisce per privilegiare in misura forse eccessiva...l'operatore che abbia tempestivamente concluso il rapporto con il Gestore rispetto all'imprenditore che, per qualsivoglia ragione, si sia invece attivato successivamente” pone “forse qualche dubbio sulla rispondenza al principio di uguaglianza”, C. CREMONA, *Accesso agli incentivi previsti dal c.d. Conto Energia: le aspettative di fatto non meritano alcuna tutela?*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fasc. n. 2, 2015, pp. 266-269.



soltanto a fronte di una disciplina lesiva di aspettative qualificate e consolidate, idonee in quanto tali a generare negli operatori economici un affidamento costituzionalmente tutelato.

In conclusione, la soluzione del problema è stata totalmente ricondotta da parte della Corte ad un bilanciamento tra principi contrapposti, nel senso che la legittimità di interventi normativi volti a rimodulare precedenti regimi incentivanti deve essere valutata alla luce dei criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che dovrebbero condurre il Legislatore a scongiurare o quantomeno ridurre le conseguenze negative di tali interventi mediante la previsione di idonei regimi transitori, volti a disciplinare in maniera razionale il passaggio dal precedente al nuovo regime.

La configurabilità di un affidamento giuridicamente tutelabile, in grado di salvaguardare le posizioni giuridiche degli operatori del settore, sembra pertanto dipendere dall'analisi dei singoli casi concreti, non risultando possibile definire a priori il regime giuridico delle leggi di incentivazione economica.