

29 GIUGNO 2022

I poteri del GSE nell'ambito
dell'erogazione degli incentivi per la
produzione di energia da fonte
rinnovabile: stato dell'arte e persistenti
complessità

di Alessandra Coiante

Dottoressa di ricerca in Diritto dei mercati europei e globali
Università degli Studi della Tuscia



I poteri del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile: stato dell'arte e persistenti complessità*

di Alessandra Coiante

Dottoressa di ricerca in Diritto dei mercati europei e globali
Università degli Studi della Tuscia

Abstract [It]: Il presente contributo intende fornire, alla luce degli ultimi interventi legislativi e dei più recenti orientamenti del giudice amministrativo, un quadro della vigente disciplina del potere di controllo postumo del Gestore dei servizi energetici (GSE) sulla legittimità dell'ammissione agli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, al fine di evidenziare, da un lato, l'evoluzione del sistema verso una maggiore garanzia dei operatori del settore, e, dall'altro, la persistenza di alcune problematiche applicative.

Title: The GSE's powers in the provision of incentives for the production of energy from renewable sources: state of the art and persistent complexities

Abstract [En]: This article aims to provide, in the light of the latest legislative interventions and the most recent guidelines of the Administrative Judge, an overview of the current regulation of the posthumous control power of the Italian Energy Services Manager on the legitimacy of admission to incentives for the production of energy from renewable sources, in order to highlight, on the one hand, the evolution of the system towards a greater guarantee of the energy sector operators; and, on the other hand, the persistence of some application issues.

Parole chiave: Gestore servizi energetici, energia rinnovabile, incentivi, annullamento d'ufficio, decadenza

Keywords: Italian Energy Services Manager, renewable energy, incentives, administrative self-annulment, administrative revocation

Sommario: 1. Premessa. 2. I poteri conferiti al GSE dall'art 42, comma 3, del d.lgs. 28/2011. 2.1 Il rilievo delle modifiche compiute dal d.l. semplificazioni nel dibattito sulla natura dei poteri del GSE. 3. Alcune criticità applicative della nuova disciplina alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa. 4. Il procedimento di riesame davanti al GSE e il rischio di elusione della nuova normativa. 5. Considerazioni conclusive.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Premessa

Negli ultimi anni il settore dell'energia è stato (ed è) al centro degli interessi europei e internazionali: dall'Accordo di Parigi¹, al *Green Deal*, al *Next Generation EU*³, all'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile⁴, l'obiettivo comune è quello della lotta al cambiamento climatico attraverso la transizione verso economie a basse emissioni di carbonio e dotate di un certo grado di diversificazione delle fonti di energia.

In tempi più recenti, il conflitto russo-ucraino ha solamente rafforzato la già sentita esigenza di garantire la realizzazione degli impegni assunti, dal momento che è emersa, concretamente, l'assoluta importanza che le energie rinnovabili e la transizione energetica detengono anche negli equilibri mondiali.

A livello nazionale, il PNRR ha affidato l'attuazione della “*Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica*” alla “Missione 2,” suddividendola in quattro diverse componenti: C1. Agricoltura sostenibile ed economia circolare; C2. Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile; C3. Efficienza energetica e riqualificazione degli edifici; C4 Tutela del territorio e della risorsa idrica⁵.

Nello specifico, alla Componente 2, il PNRR ha dedicato 23 miliardi di euro e alla Componente 3, 15 miliardi di euro.

¹ Con l'accordo di Parigi, i Paesi di tutto il mondo si sono impegnati a limitare il riscaldamento globale a 2°C, facendo il possibile per limitarlo a 1,5° C, rispetto ai livelli preindustriali. Per raggiungere questo obiettivo, l'Unione Europea attraverso lo *European Green Deal* ha definito nuovi obiettivi energetici e climatici estremamente ambiziosi che richiederanno la riduzione dei gas climalteranti (*Green House Gases*, GHG) al 55 per cento nel 2030 e alla neutralità climatica nel 2050.

² COM (2019) 640 final. Il principale obiettivo del *Green Deal* - si legge nell'introduzione dello stesso - è infatti quello di “trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse”. Per aggiornamento sulla sua attuazione si rinvia alla sezione ad esso dedicata sul sito della Commissione europea, consultabile [qui](#).

³ Circa un terzo degli investimenti del Recovery Plan è infatti destinato agli obiettivi del Green Deal. Per un completo quadro si rinvia alla documentazione e agli aggiornamenti UE sul punto, consultabile sul [sito della Commissione](#).

⁴ Adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite e sottoscritta il 25 settembre 2015 da 193 Paesi delle Nazioni unite, tra cui l'Italia, l'Agenda definisce 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*– SDGs) da raggiungere entro il 2030. E riferito all'energia, in particolare, l'obiettivo 7 “Assicurare a tutti l'accesso a sistemi di energia economici, affidabili, sostenibili e moderni” che delinea i seguenti goals: 7.1 Garantire entro il 2030 accesso a servizi energetici che siano convenienti, affidabili e moderni 7.2 Aumentare considerevolmente entro il 2030 la quota di energie rinnovabili nel consumo totale di energia 7.3 Raddoppiare entro il 2030 il tasso globale di miglioramento dell'efficienza energetica 7.a Accrescere entro il 2030 la cooperazione internazionale per facilitare l'accesso alla ricerca e alle tecnologie legate all'energia pulita - comprese le risorse rinnovabili, l'efficienza energetica e le tecnologie di combustibili fossili più avanzate e pulite - e promuovere gli investimenti nelle infrastrutture energetiche e nelle tecnologie dell'energia pulita 7.b Implementare entro il 2030 le infrastrutture e migliorare le tecnologie per fornire servizi energetici moderni e sostenibili, specialmente nei paesi meno sviluppati, nei piccoli stati insulari e negli stati in via di sviluppo senza sbocco sul mare, conformemente ai loro rispettivi programmi di sostegno. Per approfondimenti v. *L'agenda globale per lo sviluppo sostenibile*, a cura del servizio studi della Camera dei deputati, aprile 2022, consultabile [qui](#); si vedano inoltre i rapporti ASVIS sull'incidenza della pandemia nel raggiungimento degli obiettivi dell'Agenda tra cui, in particolare, *Politiche per fronteggiare la crisi da COVID-19 e realizzare l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile*, consultabile [qui](#).

⁵ In merito all'attuazione del PNRR in campo energetico, si rinvia agli atti del Convegno dell'AIDA Ambiente, *Energie rinnovabili e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Atti del Convegno (25 giugno 2021)*, a cura di G.F. Cartei, Napoli, 2022. Il Convegno è inoltre disponibile [qui](#). In dottrina, tra i contributi più recenti, v. C. Viviani e S. Giani, *Transizione energetica e PNRR. Accelerazione e semplificazione delle procedure*, in *Urb. e App.*, 1, 2022, 5 ss.

In altre parole, di 59 miliardi totali circa 39 sono stati destinati esclusivamente a queste due componenti, entrambe tese a contribuire al raggiungimento dei ricordati obiettivi strategici di decarbonizzazione e consumo sostenibile.

Con particolare riferimento alla Componente 2, la prima linea di investimento ha come obiettivo l'incremento della quota di energie rinnovabili⁶ e tra i *goals* da raggiungere in seno alla stessa vi è quello di potenziare gli investimenti privati nel settore e garantire un quadro normativo semplificato, “*in continuità con quanto previsto dal Decreto Semplificazioni*”.

In un simile quadro può dunque facilmente comprendersi come sia imprescindibile che l'ordinamento italiano riesca a dotarsi e a garantire la sussistenza degli strumenti necessari per contribuire al conseguimento dei traguardi europei e internazionali nel mercato dell'energia.

Mai come in questo momento risulta quindi necessario, in linea con gli obiettivi europei e nazionali, assicurare agli operatori del settore e agli investitori un quadro giuridico certo e idoneo a promuovere lo sviluppo di tale mercato.

In questo contesto ha e avrà un'importanza determinante il Gestore dei servizi energetici (GSE), una società interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, nata nell'ambito del processo di liberalizzazione del settore elettrico⁷, che detiene un ruolo chiave nella promozione e incentivazione dell'utilizzo delle fonti energetiche rinnovabili in Italia⁸.

⁶ In particolare, la Componente 2 prevede il raggiungimento degli obiettivi attraverso cinque linee di riforme e investimenti. La prima linea di investimento ha come obiettivo l'incremento della quota di energie rinnovabili. L'attuale target italiano per il 2030 è pari al 30 per cento dei consumi finali, rispetto al 20 per cento stimato preliminarmente per il 2020. Per abilitare e accogliere l'aumento di produzione da fonti rinnovabili, ma anche per aumentarne la resilienza a fenomeni climatici estremi sempre più frequenti, la seconda linea di intervento ha l'obiettivo di potenziare (aumento della capacità per 6GW, miglioramento della resilienza di 4.000 km della rete elettrica) e digitalizzare le infrastrutture di rete. La terza linea progettuale vede come “protagonista” l'utilizzo dell'idrogeno: l'Italia, in linea con la strategia europea, intende perseguire questa opportunità e promuoverne la produzione e l'utilizzo. Quarto obiettivo all'interno della componente è quello di sviluppare un trasporto locale più sostenibile, non solo ai fini della decarbonizzazione ma anche come leva di miglioramento complessivo della qualità della vita. Infine, gli investimenti contenuti nella quinta e ultima linea di questa componente intendono promuovere lo sviluppo in Italia di *supply chain* competitive nelle aree a maggior crescita che consentano di ridurre la dipendenza da importazioni di tecnologie ed anzi di farne motore di occupazione e crescita. Per quanto riguarda la Componente 3, essa è invece stata suddivisa in tre linee di intervento: Attuazione di un programma per migliorare l'efficienza e la sicurezza del patrimonio edilizio pubblico, con interventi riguardanti in particolare scuole e cittadelle giudiziarie; introduzione di un incentivo temporaneo per la riqualificazione energetica e l'adeguamento antisismico del patrimonio immobiliare privato e per l'edilizia sociale, attraverso detrazioni fiscali per i costi sostenuti per gli interventi; sviluppo di sistemi di teleriscaldamento efficienti.

⁷ La società è stata introdotta dal d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (c.d. decreto Bersani) che aveva previsto la costituzione, da parte di Enel, di un soggetto deputato alla gestione della rete elettrica e all'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento. Il GSE nasce, dunque come Gestore della rete di trasmissione nazionale (GRTN), rimanendo tale sino al 1 novembre del 2005 quando, in forza del d.p.c.m., dell'11 maggio 2004, il ramo d'azienda del GRTN relativo a dispacciamento e trasmissione, viene trasferito alla società Terna S.p.a. Cfr., S.M. SAMBRI, A. MUOLLO, *Il GSE e il GME. Natura giuridica, funzioni, organizzazioni, tutela giurisdizionale*, in *Il Diritto dell'Energia*, a cura di E. PICOZZA, S.M. SAMBRI, *Trattato di Diritto dell'economia*, diretto da E. PICOZZA, E. GABRIELLI, Vol. X, 165 ss.

⁸ Le fonti energetiche rinnovabili, anche definite alternative, sono quelle forme di energia che per loro caratteristica intrinseca si rigenerano o non sono “esauribili” nella scala dei tempi “umani” e, per estensione, il cui utilizzo non pregiudica le risorse naturali per le generazioni future (Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237). A livello UE, l'art. 2,

Ai sensi dell'art. 4 dello Statuto societario⁹, il GSE esercita “*funzioni di natura pubblicistica del settore elettrico e in particolare delle attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica*”, svolgendo anche compiti di “*promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, comprese le attività di carattere regolamentare*”.

Con riguardo alla suddetta funzione di promozione e incentivazione, il GSE agisce, principalmente, attraverso l'erogazione di incentivi economici alle imprese che operano nella produzione di energie alternative. L'obiettivo di tali forme di incentivazione economica è quello di tendere ad una equiparazione delle capacità di reddito dei relativi impianti, rispetto a quelli tradizionali, così favorendo gli investimenti nel settore.

Il Gestore detiene, in questo ambito, poteri di controllo e sanzionatori, disciplinati dal d.lgs. n. 28 del 2011¹⁰, normativa che ha recepito la direttiva 2009/28/CE (c.d. RED I)¹¹ sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

lettera a), della direttiva 2018/2001/UE (che ha sostituito la direttiva 2009/28/CE), sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, stabilisce che l'energia rinnovabile (o proveniente da fonti rinnovabili) è quell'energia «*proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare (solare termico e fotovoltaico) e geotermica, energia dell'ambiente, energia mareomotrice, del moto ondoso e altre forme di energia marina, energia idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas*». Nella normativa interna, l'art. 2, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 199 del 2021, definisce a sua volta l'energia da fonti rinnovabili quella «*proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, termico e fotovoltaico, geotermica, energia dell'ambiente, energia mareomotrice, del moto ondoso e altre forme di energia marina, energia idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas*».

⁹ Lo Statuto è consultabile sul [sito web della società](#)

¹⁰ Il sistema italiano, prima dell'emanazione del d.lgs. 28 del 2011, già conosceva le misure di incentivazione introdotte già dal decreto legislativo 16 marzo 1999 n. 79 e poi dal decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE). Il decreto del 2011 ha recepito, la direttiva 28/2009/CE, nell'esercizio della delega di cui alla legge 4 giugno 2010, n. 96 (Legge comunitaria 2009), ha riordinato il sistema degli incentivi nel rispetto, in particolare, del criterio direttivo di «adeguare e potenziare il sistema di incentivazione delle fonti rinnovabili» (art. 17, comma 1, lettera h, della legge di delega), perseguendo, tra l'altro, l'obiettivo indicato dallo stesso decreto legislativo di raggiungere nel 2020 la quota complessiva di energia da fonti rinnovabili sul consumo finale lordo di energia pari al 17 per cento (art. 3, comma 1).

¹¹ Tale direttiva (come modificata dalla Direttiva 2013/18/UE e dalla Direttiva 2015/1513/UE) è stata recentemente sostituita dalla direttiva 2018/2001/UE, c.d. RED II, recepita nell'ordinamento interno con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 che ha modificato (e in alcune parti abrogato) il d.lgs. n. 28 del 2011. Il decreto 199/2021, si legge all'art. 1, comma 1, ha l'obiettivo di “*accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese, recando disposizioni in materia di energia da fonti rinnovabili, in coerenza con gli obiettivi europei di decarbonizzazione del sistema energetico al 2030 e di completa decarbonizzazione al 2050*”. Per il raggiungimento di tali finalità, il decreto “*definisce gli strumenti, i meccanismi, gli incentivi e il quadro istituzionale, finanziario e giuridico, necessari per il raggiungimento degli obiettivi di incremento della quota di energia da fonti rinnovabili al 2030, in attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 e nel rispetto dei criteri fissati dalla legge 22 aprile 2021, n. 53*”. Al suo interno vi sono poi anche tutta una serie di disposizioni necessarie all'attuazione delle misure del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza in materia di energia da fonti rinnovabili, in conformità al Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (c.d. PNIEC). Per approfondimenti sulla normativa in questione si rinvia allo studio sulle Fonti rinnovabili condotto dal Servizio studi della Camera dei deputati (giugno 2021), consultabile [qui](#). In dottrina, *ex multis*, v. L. GIURATO, *Il percorso della transizione energetica: da un'economia basata sull'energia pulita alla "rivoluzione verde e transizione ecologica" del "Recovery Plan*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2021, 841 ss. A livello più generale si segnala poi che tra le modifiche di maggior rilievo, compiute dalla direttiva 2018/2001/UE vi è anche l'introduzione di una specifica definizione di comunità energetica nel diritto UE. Sul punto v. E. CUSA, *Il Diritto Dell'unione Europea Sulle Comunità Energetiche e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. ec.*, 2, 2020, 287 ss; G. LA ROSA, *Le comunità energetiche rinnovabili: riflessioni sull' "affidabilità" del sistema di incentivazione di cui al decreto Red II*, in *Ambientediritto.it*, 1, 2022.

Nello specifico, l'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, rubricato “*Controlli e sanzioni in materia di incentivi*”, attribuisce al GSE un generale potere di controllo teso a verificare la sussistenza, rispettivamente in capo ai soggetti interessati al conseguimento degli incentivi o già beneficiari degli stessi, dei requisiti per accedervi o mantenerne l'erogazione.

Nell'esercizio di tale potere il GSE ha, in particolare, la possibilità di disporre il rigetto dell'istanza o la decadenza dall'incentivo, con il recupero delle somme già erogate.

Tale articolo, come si vedrà nel proseguo, negli ultimi anni è stato oggetto di diversi interventi legislativi, tutti tesi a rimodulare i poteri del Gestore, al fine di garantire maggiore stabilità e tutela alla posizione degli operatori¹².

L'efficacia delle norme incentivanti la produzione energetica rinnovabile, come quella di tutte le leggi di incentivazione, è infatti imprescindibilmente legata al rispetto del principio del legittimo affidamento dei destinatari del beneficio¹³.

Ciò avviene, come evidenziato in dottrina¹⁴, per due ordini di ragioni.

¹² Cfr. G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2021, 3.

¹³ Sul punto v. F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, 229 ss. In tema v. *ex multis*, 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*, 2, 2016, 6 ss.; 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'AIC*, 20 marzo 2012; Sul tema si segnala anche la recente pronuncia della Corte di Giustizia Corte Giust. UE, Sez. V, 15 aprile 2021, cause riunite C-798/18 e C-799/18, che ha affrontato il tema 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, con nota di M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *giustiziainsieme.it*, 3 dicembre 2021. Sul più generale tema del legittimo affidamento si v. per tutti, E. ZAMPETTI, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 173 ss.; C. NAPOLITANO, *Potere amministrativo e lesione dell'affidamento: indicazioni ermeneutiche dall'adunanza plenaria*, Riv. Giur. Edil, 1, 2022, 3 ss. Più in generale sul legame tra certezza delle regole e crescita economica si segnalano i numerosi scritti sul tema di M.A. SANDULLI, *Ancora sui rischi dell'incertezza delle regole (sostanziali e processuali) e dei ruoli dei poteri pubblici*, in *federalismi.it*, 2018; Id., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il Processo*, 2018, 45 ss. e in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in *federalismi.it*, 2018, 22; A.a. Vv., *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, a cura di F. Francario, M.A. Sandulli, Napoli, 2018; A.a. Vv. *Annuario Aipda 2014. Atti del Convegno annuale, Napoli 3-4 ottobre 2014*, Napoli, 2015. Si segnala in particolare, M.A. SANDULLI, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *federalismi.it*, 2018, ove l'A. evidenzia 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” (p. 8) e, come esempio “deprecabile” di incertezza delle regole, richiama proprio la legge “spalma incentivi”.

¹⁴ Per la nozione giuridica di incentivazione, per tutti v. 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, 132. L'A. ha infatti delineato le tre principali caratteristiche delle c.d. “leggi incentivo”. Il primo elemento di distinzione risiederebbe nel fatto che con tali leggi lo Stato si propone di provocare, al fine di garantire l'interesse collettivo, il compimento di una determinata specifica attività da parte dei privati: il destinatario di queste leggi è dunque sempre un soggetto formalmente di diritto privato e l'attività desiderata dal legislatore è genericamente sociale ma quasi sempre di carattere economico. Il secondo elemento di differenziazione è rappresentato dalla circostanza che il legislatore, per ottenere l'attività desiderata, predispone un vantaggio a favore del privato. Il terzo elemento di individuazione è che l'attività sollecitata dallo Stato, se non vi fosse la legge, non sarebbe compiuta o sarebbe compiuta con forme o quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse collettivo.

La prima è legata proprio alla finalità (incentivante) di tali norme. Queste, infatti, legano l'esercizio di una data attività alla concessione di un beneficio, senza il quale l'attività non verrebbe svolta o verrebbe svolta in quantità minori rispetto a quelle ritenute necessarie per la soddisfazione dell'interesse pubblico.

La seconda ragione, invece, è legata alla circostanza che vede, in vari casi, tali norme consentire l'instaurazione tra pubblica amministrazione e privati di rapporti di durata, esposti, per loro natura, ai mutamenti tanto "amministrativi" quanto legislativi.

Da qui la necessità di tutelare gli operatori privati che abbiano indirizzato le proprie scelte economico-organizzative, sostenendo anche investimenti ingenti, sulla base delle indicazioni impartite dal legislatore o ottenute in forza di atti e/o provvedimenti amministrativi.

Sul punto si è anche espressa la più lungimirante giurisprudenza amministrativa, rilevando che le autorità di vigilanza e di regolazione come, per l'energia, sono il GSE e l'ARERA¹⁵ hanno uno "specifico onere di garanzia della certezza delle regole che sono chiamate a dettare ed applicare in relazione al delicato settore di intervento, che non possono non ricadere sul versante della considerazione dell'affidamento ingenerato nelle imprese del medesimo settore"¹⁶.

Nello specifico settore che si considera, infatti, gran parte dell'incertezza è determinata dal richiamato potere di verifica attribuito al GSE dall'art. 42 d.lgs. 28/2011 che, in controtendenza (e in contraddizione) con le norme sull'autotutela caducatoria dei provvedimenti amministrativi¹⁷, viene ritenuto idoneo a legittimare la revoca "in ogni tempo" degli incentivi illegittimamente riconosciuti.

¹⁵ L'Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi ARERA) è stata istituita dalla legge 14 novembre 1995, n. 481 (recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità") come "Autorità per l'energia elettrica e il gas naturale". Le sue competenze sono state poi successivamente estese anche al settore idrico (art. 13, comma 3, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145) divenendo "Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico". Negli ultimi anni le sue competenze sono state ampliate anche al settore dei rifiuti (art. 1, commi 527 e 528, l. 27 dicembre 2017, n. 205) e la sua denominazione è stata pertanto modificata in "Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente" (Arera). Sul tema v. *ex multis*: L. M. PEPE, *La crisi delle authority dell'energia tra liberalizzazione e cambiamento climatico. L'esperienza anglosassone e italiana*, in *Foro Amm. (I)*, 5, 2020, 1125 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nella riflessione di Domenico Sorace*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 5, 2020, 533. A. BENEDETTI, *Disciplina europea e regolazione dei servizi pubblici locali tramite autorità indipendenti*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 1, 2019, 21 ss.; F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in (a cura di) G. P. Cirillo, R. Chieppa, *Le Autorità Amministrative indipendenti, Trattato di diritto amministrativo*, XLI, Padova, 2010, 376. Più in generale sulle Autorità di regolazione si v. tra i contributi più recenti: M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, Relazione per il corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa in collaborazione con il TAR Lombardia, svoltosi il 14 e 15 febbraio 2019 presso il TAR Lombardia, consultabile sul sito *Sipotra.it*; S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, in *federalismi.it*, 28, 2020, 66 ss.; Id., *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir. amm.*, 4, 2020, 764 ss.

¹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2019, n. 5324.

¹⁷ Con particolare riferimento all'annullamento d'ufficio, l'intento del legislatore degli ultimi venti anni è stato infatti quello di tutelare la stabilità dei titoli abilitativi e, prima ancora, la stabilità degli atti attributivi di benefici economici. Si fa riferimento, in particolare, già all'intervento di cui all'art 1, comma 136, l. 311/2004, che fissava in 3 anni (senza eccezioni o condizioni di sorta) il tempo limite entro il quale l'amministrazione poteva intervenire a rimuovere in "autotutela" per vizi originari, i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali (ivi compresi, dunque, in primis, quelli legati alla corresponsione di benefici economici). I riferiti obiettivi di stabilità hanno guidato anche la riforma del 2005 che, come noto, ha (tra l'altro) espressamente delimitato il potere di annullamento d'ufficio, subordinandolo al rispetto di specifici obblighi motivazionali e all'esercizio entro un ragionevole lasso di tempo. Essi

Il legislatore, negli ultimi anni, è, quindi, ripetutamente intervenuto al fine di garantire maggior tutela agli operatori del settore, andando a incidere, in particolare, proprio sui limiti e sui presupposti di esercizio del potere del GSE delineato dal richiamato articolo 42.

Il presente contributo intende soffermarsi, con particolare attenzione, sulle modifiche del terzo comma dell'articolo in esame, al fine di analizzare i riflessi che esse hanno avuto (e stanno avendo) sulla certezza degli investimenti nelle energie rinnovabili, essenziali alla “riuscita” della richiamata Missione 2 del PNRR. In questo senso, assume peculiare interesse l'esame della novella operata dal d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni, convertito dalla l. 120/2020), che ha inserito, al suddetto terzo comma dell'art. 42, il riferimento alla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. 241/1990, che, come noto, disciplina (e delimita) il potere di annullamento d'ufficio.

Tale modifica – come si legge nella relativa relazione illustrativa – è intervenuta proprio al fine di “*stabilire condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili*”.

L'analisi che verrà condotta nei paragrafi successivi intende quindi fornire, alla luce degli ultimi interventi legislativi e dei più recenti orientamenti del giudice amministrativo, un quadro della vigente disciplina del potere di controllo postumo del GSE sulla legittimità dell'ammissione agli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile, al fine di evidenziare, da un lato, l'evoluzione del sistema verso una maggiore garanzia del privato, e, dall'altro, la persistenza di alcune problematiche applicative.

2. I poteri conferiti al GSE dall'art 42, comma 3, del d.lgs. 28/2011

L'art. 42 del d.lgs. 28/2011, come detto, disciplina i poteri del GSE in materia di accesso e mantenimento, da parte delle imprese beneficiarie, degli incentivi erogati nel settore termico, elettrico e dell'efficienza energetica.

sono stati poi ulteriormente sviluppati dalla riforma del 2015 (l. 204/2015). Sul tema v. *ex multis*: F. FRANCIOSI, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. Rallo, A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 9 ss.; M. A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Treccani. Il Libro dell'anno del diritto*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana Roma, 2017, 177 ss.; M.A. SANDULLI, G. STRAZZA, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza Plenaria rilette il testo originario dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990*, in S. Toschi (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Roma, 2019. Sulle novità introdotte dalla riforma Madia cfr., *ex multis*, C. CONTESSA, *L'autotutela amministrativa all'indomani della "legge Madia"*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, *ivi*, 2017; L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, *ivi*, 2017; F. FRANCIOSI, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in www.federalismi.it, 8, 2017; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 435 ss.; L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 *nonies**, *ivi*, 2016, 5; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, 1, 5 ss.; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in www.giustamm.it, 2016, 6; M.A. SANDULLI, *Postilla all'editoriale “Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela”*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), 20, 2015; *Id.*, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, *ivi*, 17, 2015.

Merita ricordare che, in base al primo comma, il potere dell'Ente di vigilanza si concretizza nella verifica “*dei dati forniti dai soggetti responsabili che presentano istanza*”, che viene effettuata attraverso “*il controllo della documentazione trasmessa, nonché con controlli a campione sugli impianti*”, i quali sono svolti “*anche senza preavviso ed hanno ad oggetto la documentazione relativa all'impianto, la sua configurazione impiantistica e le modalità di connessione alla rete elettrica*”.

All'esito di tali attività, il GSE, secondo quanto previsto dal terzo comma, dispone il rigetto dell'istanza o, a fronte di incentivi già riconosciuti, la decadenza integrale dal beneficio, con il recupero delle somme già erogate, laddove a) riscontri violazioni rilevanti¹⁸ ai fini della relativa erogazione, e – a seguito della riferita novella – b) sussistano i presupposti di cui all'articolo 21-*nonies*, l. 241/1990¹⁹.

Il periodo successivo prevede poi che il GSE possa disporre, “*in deroga al periodo precedente*” e “*al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili*” degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione stiano già percependo gli incentivi, soltanto la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 per cento in ragione dell'entità della violazione, con l'ulteriore specificazione che la misura della decurtazione può essere anche ridotta della metà nell'ipotesi in cui la violazione sia stata denunciata spontaneamente dal soggetto responsabile, al di fuori di un procedimento di verifica e controllo.

I commi successivi recano disposizioni speciali che trovano applicazione con riferimento a specifiche condizioni relative, principalmente, alla diversa tipologia di fonte o di impianto utilizzata²⁰.

¹⁸ Le “violazioni rilevanti” sono state individuate, in attuazione del comma 6, soltanto dal d.m. 31 gennaio 2014 (c.d. d.m. Controlli) che riconduce alla categoria le seguenti condotte (All. 1): a) presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, ovvero mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi; b) violazione del termine per la presentazione dell'istanza di incentivazione e, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso degli incentivi, la violazione del termine per l'entrata in esercizio; c) inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo; d) indisponibilità della documentazione da tenere presso l'impianto ai sensi dell'art. 9, comma 3, nel caso in cui se ne sia già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo; e) comportamento ostantivo od omissivo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto al controllo o del gestore di rete, consistente anche nel diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione; f) manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata; g) alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata; h) interventi di rifacimento e potenziamento realizzati in difformità dalle norme di riferimento ovvero da quanto dichiarato in fase di qualifica o di richiesta dell'incentivo; i) inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto; j) insussistenza dei requisiti per la qualificazione dell'impianto, per l'accesso agli incentivi ovvero autorizzativi; k) utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE; l) utilizzo di combustibili rinnovabili in difformità dal titolo autorizzativo o dalla documentazione presentata in sede di qualifica ovvero di istanza di incentivazione; m) mancata trasmissione al GSE della certificazione di fine lavori dell'impianto nei termini previsti dalla normativa di incentivazione, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso o della determinazione agli incentivi; n) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati. Per approfondimenti sul d.m. in questione v. G. MANFREDI, *I poteri del Gestore dei servizi energetici tra annullamento, misure ripristinatorie e sanzioni*, in *Urb. e App.*, 3, 2020, 308 ss.

¹⁹ Il riferimento al rispetto dei presupposti previsti dall'art. 21-*nonies* della l. 241/1990 è stato inserito, come si vedrà, dall'art. 56, comma 7, d.l. 76/2020.

²⁰ Cfr. G. LA ROSA, *ult. op. cit.*, 5.

Viene così previsto (comma 3-*bis*) che, con riferimento ai progetti di risparmio energetico incentivati con il meccanismo dei “titoli di efficienza energetica”, laddove riscontri “*la non rispondenza del progetto proposto e approvato alla normativa vigente alla data di presentazione del progetto e tali difformità non derivino da documenti non veritieri ovvero da dichiarazioni false o mendaci rese dal proponente*”, il GSE, sussistendo le condizioni previste dal comma precedente (*id est*: i presupposti di cui all’art. 21-*nonies* l. 241/1990), dispone “*il rigetto dell’istanza di rendicontazione o l’annullamento del provvedimento di riconoscimento dei titoli*”, secondo le modalità previste dal comma successivo.

Altra disciplina speciale è quella dei commi 3-*quater*²¹, 4-*bis*²² e 4-*ter*²³, con riferimento agli impianti fotovoltaici, per i quali è stabilita una differente decurtazione dagli incentivi a seconda della potenza dell’impianto.

Come anticipato, la riferita normativa, è il frutto di diversi interventi legislativi (nonché di una pronuncia di incostituzionalità)²⁴, finalizzati a creare un più equo bilanciamento tra l’esigenza di tutela della corretta gestione e ripartizione dei fondi pubblici e la garanzia del legittimo affidamento: esigenza che, a livello

²¹ Ove viene previsto che: “*al fine di salvaguardare le iniziative di realizzazione di impianti fotovoltaici di piccola taglia, salvaguardando la buona fede di coloro che hanno realizzato l’investimento, agli impianti di potenza compresa tra 1 e 3 kW nei quali, a seguito di verifica, risultino installati moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento, si applica una decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione (...)*”.

²² Che prevede che: “*Al fine di salvaguardare la produzione di energia elettrica derivante da impianti fotovoltaici, agli impianti di potenza superiore a 3 kW nei quali, a seguito di verifiche o controlli, risultano installati moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento e per i quali il soggetto beneficiario della tariffa incentivante abbia intrapreso le azioni consentite dalla legge nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli, si applica, su istanza del medesimo soggetto beneficiario, una decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante base per l’energia prodotta dalla data di decorrenza della convenzione con il GSE*”.

²³ Che specifica che: “*La misura della decurtazione di cui al comma 4-*bis* è dimezzata qualora la mancanza di certificazione o la mancata rispondenza della certificazione alla normativa di riferimento sia dichiarata dal soggetto beneficiario, al di fuori di un procedimento di verifica o controllo*”.

²⁴ La Corte (Corte cost., 13 novembre 2020, n. 237 in *Giur. Cost.* 2020, 6, 2803; *Foro Amm* (II), 2021, 5, 738) ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del comma 4-*sexies* della disposizione (come inserito dall’art. 57-*quater*, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50). La q.l.c. era stata sollevata dal TAR del Lazio (sez. III-ter, 24 settembre 2019, n. 237), secondo cui la disposizione sarebbe stata irragionevole dal momento che non consentiva “*la riammissione agli incentivi a fronte di una domanda nella quale sia stata indicata erroneamente, senza che ciò abbia influito sulla graduatoria finale, la data della concessione per gli impianti idroelettrici rispetto alla previsione, di contro, di tale riammissione per gli impianti eolici, in virtù della ratio comune e della conseguente regolamentazione omogenea, sia in ambito europeo che nazionale, degli incentivi previsti per favorire la diffusione di energie rinnovabili*”. La norma censurata secondo la Corte, determinava, sotto un duplice aspetto, un’illegittima disparità di trattamento tra situazioni simili, laddove - a parità di condizioni, ossia sul comune presupposto che l’errata indicazione della data del titolo autorizzativo non abbia effettivamente portato all’impianto alcun vantaggio in relazione alla sua posizione in graduatoria - non contemplava la “riammissione” agli incentivi per impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, diversi da quelli che producono energia eolica, ovvero per impianti eolici iscritti in registri differenti da quello (EOLN-RG2012) relativo all’anno 2012. Infatti, “*non si rinvencono, né nel d.lgs. n. 28 del 2011, né nelle direttive europee delle quali lo stesso costituisce attuazione, differenze significative nella considerazione delle fonti energetiche rinnovabili, la cui massima diffusione tali normative si propongono di incentivare*” (parr. 11 ss. della decisione). Per tali ragioni, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non prevedeva “*la riammissione agli incentivi in favore anche di altri impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili di cui al medesimo decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 luglio 2012, collocati utilmente nella graduatoria relativa ad altro registro informatico, a condizione che l’errata indicazione della data del titolo autorizzativo o concessorio, quale unica causa del diniego di accesso agli incentivi, non abbia effettivamente portato all’impianto alcun vantaggio in relazione alla loro posizione in graduatoria*” (par. 15 della decisione). Per un’analisi approfondita della sentenza v. C. VIVANI, F. TRIVERI, *I poteri di controllo e di verifica del GSE in materia di incentivi*, in *Giur. cost.*, 2021, 10, 2191 ss.

generale, il legislatore ha avvertito sin dal 2004 (art. 1, comma 136, della l. 311/2004)²⁵ e che, come si dirà meglio *infra*, sta alla base del nuovo paradigma dell'autotutela caducatoria per vizi originari di legittimità disegnato dall'art. 21-*nonies* l. 241/1990.

Il percorso di revisione dell'art. 42 inizia con le aggiunte inserite dalla l. n. 205/2017²⁶ (art. 1, comma 960, lettera a)).

Prima di tale intervento, l'art. 42, al comma 3, si limitava a prevedere che: “*Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c), della legge 14 novembre 1995, n. 481*”.

In attuazione di quanto così stabilito, veniva poi emanato – con evidente ritardo – il richiamato d.m. 31 gennaio 2014 (c.d. d.m. “Controlli”)²⁷, che, all'art. 11, comma 1, nel sottolineare che il GSE dispone “*il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate, qualora, in esito all'attività di controllo o di verifica documentale, vengano accertate le violazioni rilevanti di cui all'allegato 1 (...)*”, specifica, tuttavia, che anche “*al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate*”.

La disciplina che emergeva dal testo originario dell'art. 42 e dal richiamato decreto ministeriale consentiva al GSE, a fronte di qualsiasi violazione “rilevante” (ma, come visto, anche a fronte di violazioni diverse da quelle qualificate come rilevanti dal già menzionato allegato 1) del d.m. Controlli), di disporre la decadenza dell'incentivo già attribuito e il contestuale integrale recupero delle somme già erogate.

²⁵ Con tale intervento il legislatore ha infatti introdotto, per la prima volta e senza distinzione alcuna, un limite all'autoannullamento proprio in riferimento ai provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali (ivi compresi, dunque, *in primis*, quelli legati alla corresponsione di benefici economici).

²⁶ La stessa legge ha poi introdotto anche i già richiamati commi 3 quater e 4 bis (per impianti rispettivamente inferiori e superiori ai 3 Kw) che, con specifico riferimento alla problematica della non conformità della certificazione dei moduli fotovoltaici alla normativa vigente (fattispecie diversa da quella legata alla dichiarazione non veritiera, ma comunque riconducibile a fatti che, nella loro generica descrizione normativa, sembrerebbero ricomprendere quelli oggetto della dichiarazione) e al dichiarato fine di salvaguardare le iniziative di realizzazione di impianti fotovoltaici e la produzione di energia elettrica, si sono limitati a disporre una decurtazione del 10 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione, fermo restando, ove ne ricorra il caso, l'annullamento della maggiorazione di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), del decreto del Ministro dello sviluppo economico 5 maggio 2011. Per approfondimenti su tali modifiche v. F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *federalismi.it*, 9, 2018; G. MANFREDI, *ult. op. cit.*, 132.

²⁷ Un sistema simile è previsto anche in materia di efficienza energetica con il d.m. 11 gennaio 2017 che disciplina le modalità di accesso al meccanismo dei certificati bianchi. In particolare, l'art. 12, comma 13, del d.m. richiama il meccanismo delle violazioni rilevanti di cui all'art. 42, comma 3, del d.lgs. 28 del 2011. Il successivo comma 14 specifica invece ulteriori ipotesi di violazioni rilevanti nel peculiare ambito di disciplina. Per approfondimenti sul punto si rimanda a C. VIVANI, F. TRIVERI, *ult. op. cit.*, 2193.

La norma, tuttavia, non distinguendo tra la commissione di eventuali abusi nella fruizione dell'incentivo concesso e l'illegittimità originaria del provvedimento di ammissione al beneficio, a seguito della c.d. riforma Madia (l. 124/2015), ha fatto sorgere delicati problemi di coordinamento con i limiti, motivazionali e temporali, del potere di autoannullamento degli atti amministrativi introdotti dal novellato articolo 21-*nonies* l. 241/1990.

Come significativamente affermato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, nei pareri nn. 839 e 1784 del 2016 (cc.dd. pareri SCIA 1 e SCIA2), infatti, ai fini dell'applicazione della disciplina generale prevista dall'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio, risulta irrilevante il *nomen iuris* conferito dal legislatore ai singoli istituti, potendo tale disciplina essere applicata anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti di annullamento. Più nel particolare era stato affermato che: *“la regola generale dell'art. 21-*nonies* si applichi anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti “di annullamento”: alcune disposizioni utilizzano infatti, impropriamente, i termini “revoca”, “risoluzione”, “decadenza” (dai benefici) o simili per indicare, oltre all'abusivo utilizzo del titolo, la reazione dell'ordinamento all'illegittimo conseguimento del titolo, utilizzando forme che sono state definite di “annullamento travestito”²⁸.*

L'autorevolezza della fonte interpretativa non è valsa però a vincere la resistenza del GSE (sorprendentemente avallata, come si dirà, da buona parte della giurisprudenza amministrativa) ad assimilare il potere di disporre la decadenza degli incentivi illegittimamente concessi (con integrale recupero delle somme già corrisposte), conferitogli dall'art. 42, comma 3, d.lgs. 28/2011, al potere generale di autoannullamento degli atti amministrativi.

Prendendo peraltro coscienza che una reazione così drastica, senza alcuna possibilità di modulazione, non era in ogni caso conciliabile con il principio di proporzionalità, il legislatore, con la richiamata l. 205/2017, vi ha aggiunto un nuovo periodo, stabilendo che: *“In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte di un terzo”²⁹.*

²⁸ Per l'appunto, il legislatore, negli anni, ha delineato un preciso sistema di garanzia che ha abbracciato anche i controlli sulle SCIA (ipotesi tipica di controlli *ex post* sulla effettiva sussistenza del diritto), riconducendo ai limiti temporali e motivazionali imposti dall'art 21-*nonies*, anche il potere di verifica successiva dei presupposti oggetto di autodichiarazione da parte del diretto interessato.

²⁹ Tali violazioni avrebbero dovute essere individuate da un nuovo decreto ministeriale (ad oggi ancora non adottato) che, in sostituzione dell'attuale d.m. 31 gennaio 2014, avrebbe dovuto distinguere le violazioni lievi da quelle gravi così da differenziare la ipotesi di decurtazione da quelle di decadenza integrale. Sull'applicazione della disposizione anche in assenza di tale decreto si è pronunciata più volte la giurisprudenza amministrativa stabilendo che *“L'attuazione delle richiamate previsioni legislative, infatti, non potrebbe restare paralizzata dalla mancata emanazione del decreto ministeriale attuativo”*, così Cons. Stato, 28 gennaio 2022, n. 619; nello stesso senso anche TAR Roma, sez. III-ter, ord., 17 luglio 2020,

Le percentuali indicate sono state poi, come visto, ulteriormente ridotte, rispettivamente al 10 e 50 per cento, dall'art. 13-*bis*, comma 1, lett. a), d.l. 101/2019.

La novella ha così rimodulato e graduato le conseguenze delle violazioni, in relazione al momento del relativo accertamento (se cioè intervenuto prima o durante l'erogazione dell'incentivo) e della relativa gravità (nel caso di accertamento intervenuto durante la fase di erogazione) prevedendo: a) la decadenza integrale, in presenza di violazioni "rilevanti"; b) la decurtazione dell'incentivo in misura proporzionale rispetto all'entità della violazione.

Tali modifiche sono significativamente intervenute dopo la sentenza n. 51/2017 della Corte costituzionale, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale degli artt. 23, comma 3, e 43, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2011. La sentenza, riferita al settore del fotovoltaico e a disposizioni che addirittura consentivano al GSE di comminare al titolare dell'impianto, in tesi responsabile di una dichiarazione non veritiera, un'interdittiva decennale da tutti gli incentivi di competenza dello stesso Gestore³⁰, a fronte di condotte realizzate prima dell'entrata in vigore della legge, ha posto l'accento sull'eccessivo rigore di alcune misure demandate al Gestore³¹.

La novella legislativa può dirsi quindi il frutto dell'impegno del legislatore, volto a ridurre l'eccessivo rigore delle misure originariamente previste dalla disposizione in esame e rimodulare così il potere del GSE.

Nella stessa ottica si pone anche la modifica compiuta dal d.l. semplificazioni (art. 56, comma 7) che, come accennato, ha subordinato la possibilità del GSE di reintervenire sull'incentivo (evidentemente quella per l'assenza originaria dei requisiti), al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. 241/1990, ossia, oltre a (i) l'illegittimità del provvedimento (ii) la sussistenza di ragioni di interesse pubblico (diverse da quello al mero ripristino della legalità violata) e (iii) il rispetto del limite temporale

n.4843, secondo cui "l'applicazione di tale norma non è preclusa dalla mancata adozione del decreto ministeriale previsto dall'art. 42, comma 5, lett. c-*bis*" del d.l. 28/2011.

³⁰ L'art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011 prevedeva che "non hanno titolo a percepire gli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, da qualsiasi fonte normativa previsti, i soggetti per i quali le autorità e gli enti competenti abbiano accertato che, in relazione alla richiesta di qualifica degli impianti o di erogazione degli incentivi, hanno fornito dati o documenti non veritieri, ovvero hanno reso dichiarazioni false o mendaci" e che "fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite, la condizione ostativa alla percezione degli incentivi ha durata di dieci anni dalla data dell'accertamento e si applica alla persona fisica o giuridica che ha presentato la richiesta" ed agli altri soggetti ivi indicati.

³¹ In particolare, la Corte ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale delle disposizioni - ex art. 76 Cost. "nella parte in cui ha introdotto una sanzione interdittiva e non pecuniaria senza, peraltro, graduarne l'applicazione nel rispetto delle modalità predeterminate" dalla legge 4 giugno 2010, n. 96 - definendo la misura adottata come "eccentrica rispetto al perimetro dell'intervento disegnato dalla legge di delega che, in tema di infrazioni, ha previsto unicamente l'esercizio del potere di irrogare sanzioni penali o amministrative, limitando queste ultime solo a quelle di tipo pecuniario", specificando poi che "per di più, tale misura interdittiva - incidendo sull'esercizio della libertà di iniziativa economica privata imprenditoriale (in un settore di attività particolarmente legato al sostegno di incentivi), nei confronti di un'ampia platea di soggetti e per un periodo di tempo particolarmente rilevante, in termini di rigido automatismo e di non graduabilità in rapporto al pur variabile contenuto lesivo delle violazioni cui la misura stessa consegue - contraddice manifestamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore" (par. 5.2 della decisione).

identificato dall'art. 21-*nonies* nella garanzia di un “*termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici*”³².

L'intento del legislatore – secondo quanto si legge dalla già richiamata relazione illustrativa – è quello di garantire che l'adozione di tali provvedimenti, che è spesso intervenuta anche a distanza di anni dall'ammissione ai benefici incentivanti e dalla stipula delle correlate convenzioni, avvenga attraverso un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco e comunque nel rispetto dei limiti temporali previsti dall'art. 21-*nonies* l. 241/1990, fatte salve le rigorose e tassative eccezioni previste dal comma 2-*bis* di tale articolo³³.

Sul punto viene poi precisato che tale modifica, sancendo quanto già affermato in ambito giurisprudenziale³⁴, consente, attraverso la previsione di un “*quadro univoco di riferimento*”, di dare certezza alla materia dei controlli, rafforzare la fiducia degli investitori e diminuire il contenzioso.

Da tali indicazioni si evince come il legislatore abbia preso coscienza dell'incertezza provocata dalla mancanza del richiamato “*quadro univoco di riferimento*”, incertezza che, inevitabilmente, ha condotto a un incremento del contenzioso, da cui sono scaturiti orientamenti giurisprudenziali non univoci e non sempre chiari e che verranno esaminati nel prosieguo.

In particolare, con l'inserimento del riferimento all'art. 21-*nonies* della l. 241/1990, il legislatore circoscrivendo l'esercizio del potere d'intervento postumo attribuito al GSE dall'art. 42, comma 3, alla sussistenza dei presupposti previsti all'annullamento d'ufficio, ha cercato di mettere un punto (o almeno questa era la speranza) al dibattito che, come si vedrà nel paragrafo successivo, nel corso degli ultimi anni, ha portato sia dottrina che giurisprudenza ad interrogarsi sulla natura di tale potere e sul regime conseguentemente applicabile allo stesso.

Al fine poi di risolvere possibili “*asincronie temporali di applicazione*”, il d.l. semplificazioni, al comma 8 dell'art. 56, ha previsto l'applicazione della norma in questione anche ai progetti di efficienza energetica oggetto di “*procedimenti amministrativi di annullamento d'ufficio in corso*” e, su “*richiesta dell'interessato*”, anche a

³² Il termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è stato recentemente modificato dal d.l. n. 77/2021, convertito dalla Legge n. 108/2021 che ha individuato, per l'annullamento di provvedimenti di autorizzazione o attribuzione di vantaggi economici, il termine ultimo di dodici mesi, invece che i diciotto previsti prima della riforma.

³³ Il legislatore, per contemperare la garanzia di stabilità con l'utilizzo fraudolento degli strumenti di semplificazione e liberalizzazione, ha previsto al comma 2-*bis*, in via derogatoria ed eccezionale, che il limite temporale previsto dal primo comma non operi in riferimento al potere di annullamento dei “*provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*”. La stessa disposizione fa poi “*salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.*” Sulle problematiche interpretative legate a tale formulazione v. per tutti M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio* (art. 18, l. n. 241 del 1990 s.m.i. e d.P.R. n. 445 del 2000 s.m.i.), in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2020, 181 ss., anche in *giustiziasinsieme.it*, ottobre 2020.

³⁴ Sul punto viene richiamata la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5324.

quelli “definiti con provvedimenti del GSE di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, compresi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica per i quali non è intervenuto il parere di cui all’articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199”.

2.1. Il rilievo delle modifiche compiute dal d.l. semplificazioni nel dibattito sulla natura dei poteri del GSE

Come anticipato, fino all’intervento del d.l. semplificazioni, il dibattito circa la natura dei poteri di controllo esercitati dal GSE sulla legittimità dell’ammissione agli incentivi ha occupato per lungo tempo sia la dottrina che la giurisprudenza, dando luogo a diverse ipotesi ricostruttive di cui pare opportuno effettuare una sintesi.

Secondo una prima ipotesi³⁵, non rilevando l’utilizzo del termine decadenza nel d.lgs. 28/2011, il potere *de quo* sarebbe da ricondurre³⁶ alla disciplina (e alle garanzie) dell’annullamento d’ufficio di cui all’art. 21-nonies l. 241/1990³⁷: solamente così facendo si ridurrebbe “*la situazione di aleatorietà che caratterizza altrimenti la situazione dell’operatore, esposto costantemente a un rischio incompatibile con il grado di certezza necessario per un investimento*”³⁸.

Diversamente considerando, infatti, l’operatore privato che abbia conseguito un’incentivazione sarebbe sempre subordinato al prevalere di esigenze di interesse pubblico sulla stabilità del beneficiario.

In altre parole, il GSE, nel disporre la “decadenza” di cui all’art. 42 per vizi originari del titolo, è tenuto, sia a fornire un’adeguata motivazione circa l’eventuale prevalenza delle ragioni di interesse pubblico rispetto ai contrapposti interessi dei privati, sia a provvedere entro un termine ragionevole, oggi

³⁵ Si v. A. TRAVI, *I poteri di revisione del G.S.E.*, in *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell’energia: un nuovo modello?*, a cura di P. BIANDRINO-M. DE FOCATIIS, Milano, 2017, 124 ss., ricostruzione compiuta con riferimento alla disciplina dei cc.dd. Titoli di efficienza energetica e sulle sue due fasi: l’approvazione della proposta di progetto e programma di misura (PPPM) e la richiesta di verifica e certificazione dei risparmi (RVC). In giurisprudenza, per tutte, Cons. di Stato, Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 5324; meno recentemente Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609.

³⁶ A. TRAVI, ult. op. cit., 129, L’A. specifica che nel caso in cui l’impianto risulti difforme dal progetto (dalla PPPM approvata) e tale difformità sia rilevante ai fini dell’agevolazione, non vi è dubbio che il GSE possa intervenire anche in un secondo tempo, senza necessità di rispettare le condizioni di cui all’art. 21-nonies l. 241/1990. In tal caso, infatti, la verifica del GSE ha ad oggetto la destinazione dell’incentivazione, ossia la corrispondenza della situazione di fatto dell’impianto con la situazione di diritto definita con l’approvazione della PPPM. Se, invece, l’impianto risulta conforme al progetto, la circostanza che in occasione della verifica il GSE riscontri profili ai quali non aveva dato rilievo in occasione dell’approvazione della PPPM identifica un vizio dell’atto di approvazione. In questo caso si tratterebbe di una causa di annullamento tale da far ricondurre l’annullamento della PPPM solo al ricorrere delle condizioni dell’art. 21-nonies.

³⁷ Con specifico riferimento all’ipotesi dell’accertamento di una falsa o mendace rappresentazione dei dati nella PPPM, è stato precisato che “*la situazione considerata dal decreto identifica una ipotesi di annullamento: si tratta di annullamento doveroso (a ben vedere ogni ipotesi di errore indotto da un comportamento doloso del destinatario dell’atto dovrebbe condurre a un annullamento doveroso), ma pur sempre di annullamento. Non è un evento successivo (la scoperta del falso o del mendacio) che determina la perdita del beneficio, ma è la stessa ammissione del beneficio che risulta illegittima, perché conseguita in modo illecito*”, così A. TRAVI, ult. op. cit., 126, nota 19.

³⁸ A. TRAVI, ult. op. cit., 129.

comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione del provvedimento di attribuzione del vantaggio economico (salvo quanto previsto dal richiamato comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*)³⁹, e ciò a prescindere dal *nomen iuris* attribuito a tale potere dal legislatore⁴⁰.

In tal senso si richiamano, ancora una volta, i pareri del Consiglio di Stato nn. 839 e 1784 del 2016 (cc.dd. pareri SCIA 1 e SCIA2), secondo cui, come già ricordato, ai fini dell'applicazione della disciplina generale prevista dall'art. 21-*nonies* per l'annullamento d'ufficio, è irrilevante il *nomen iuris* conferito dal legislatore ai singoli istituti, potendo tale disciplina essere applicata anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti di annullamento⁴¹.

In altri termini, la ricostruzione è concentrata sulla diversificazione della natura del potere decadenziale a seconda dei singoli casi.

Infatti, nell'ipotesi in cui il GSE accerti la mancanza dei requisiti riguardanti l'ammissione all'incentivazione, il provvedimento di decadenza, presupponendo un vizio dell'atto di ammissione agli incentivi, sarebbe da ricondurre alla figura dell'annullamento d'ufficio; negli altri casi (che, costituiscono la maggioranza delle violazioni indicate nel DM del 2014), il provvedimento avrebbe invece “*un'evidente natura sanzionatoria*”, “*poiché la decadenza dell'incentivo prescinderebbe dalla valutazione dell'esistenza o meno dei requisiti oggettivi, avendo invece, come presupposto esclusivo, un comportamento del beneficiario che si assume in violazione di un precetto e si atteggia a misura afflittiva nei confronti dello stesso*”⁴².

Altra parte della dottrina, distinguendo sempre i provvedimenti del GSE sulla base delle diverse violazioni riscontrate, ha recentemente proposto una dettagliata ricostruzione qualificando il potere esercitato dal GSE come espressione di: a) annullamento d'ufficio, qualora si contesti l'originaria insussistenza dei requisiti soggettivi o oggettivi, la cui erronea considerazione ha determinato l'illegittimità del provvedimento di ammissione al beneficio; b) decadenza amministrativa, ove la difformità consista nella

³⁹ Sulla valutazione dei presupposti dell'annullamento d'ufficio in sede di esercizio dei poteri del GSE v. G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE*, op. cit., 19, che paventa il rischio di veder prevalere sempre l'interesse pubblico ad evitare l'indebito esborso di denaro pubblico che rischierebbe di affievolire la rilevanza astratta del presupposto.

⁴⁰ Che l'intento del legislatore sia quello di ricondurre alla disciplina dell'annullamento d'ufficio i poteri di cui all'art. 42 è chiaro anche dal richiamo espresso, compiuto dai commi 3-*bis* e 3-*ter* (entrambi modificati dal d.l. semplificazioni), all'“annullamento del provvedimento”.

⁴¹ Più nel particolare era stato affermato che: “*la regola generale dell'art. 21-*nonies* si applichi anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti “di annullamento”: alcune disposizioni utilizzano infatti, impropriamente, i termini “revoca”, “risoluzione”, “decadenza” (dai benefici) o simili per indicare, oltre all'abusivo utilizzo del titolo, la reazione dell'ordinamento all'illegittimo conseguimento del titolo, utilizzando forme che sono state definite di “annullamento travestito”*”. Per l'appunto, il legislatore, negli anni, ha delineato un preciso sistema di garanzia che ha abbracciato anche i controlli sulle SCIA (ipotesi tipica di controlli *ex post* sulla effettiva sussistenza del diritto), riconducendo ai limiti temporali e motivazionali imposti dall'art 21-*nonies*, anche il potere di verifica successiva dei presupposti oggetto di autodichiarazione da parte del diretto interessato.

⁴² Così F. SCALIA, *Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, op cit., 13. Secondo tale orientamento, dunque, sarebbero applicabili a tale potere i principi posti in materia di misure sanzionatorie dalla Costituzione, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: la garanzia del giusto processo, la tassatività, la presunzione di non colpevolezza, l'adeguata motivazione e istruttoria, la proporzionalità, la rilevanza dell'elemento soggettivo, l'irretroattività, la perentorietà del termine di conclusione del procedimento.

violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il godimento dei benefici; c) autotutela obbligatoria, laddove, ai sensi dell'art. 75 del dpr n 445/2000, il GSE riscontri una dichiarazione non veritiera, disponendo la decadenza dal beneficio sulla cui base era stato concesso; d) autotutela privatistica, ove dovessero sopraggiungere fatti soggettivi o oggettivi nel rapporto convenzionale⁴³.

Secondo la ricostruzione sostenuta dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa⁴⁴, invece, il potere del GSE, esercitato ai sensi dell'art. 42, non sarebbe mai riconducibile a una manifestazione di un potere di autotutela, bensì sarebbe sempre espressione di un potere di “*verifica, accertamento e controllo*”, con “*natura doverosa ed esito vincolato*”, in quanto volto non a riesaminare la legittimità di una precedente decisione amministrativa di carattere provvedimentoale, bensì al controllo circa la veridicità delle dichiarazioni formulate da un privato nell'ambito di una procedura avente lo scopo di attribuire sovvenzioni pubbliche.

Questo orientamento ha trovato avallo anche in una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella quale – con riferimento, tuttavia, a una fattispecie precedente alla modifica dell'art. 21-*nonies* per effetto della legge Madia (e alla interpretazione datane dai già menzionati pareri del Consiglio di Stato in coerenza con gli obiettivi della riforma) – è stato affermato che i provvedimenti di decadenza emessi dal Gestore ai sensi dell'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011 non sono pienamente assimilabili a quelli di autotutela amministrativa, “*in quanto la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva, ex tunc (o in alcuni casi ex nunc), di una posizione giuridica di vantaggio, è un istituto che, pur presentando tratti comuni con il più ampio genus dell'autotutela, ne deve essere differenziato in virtù di una serie di fattori, quali: a) l'espressa e specifica previsione, da parte della legge⁴⁵, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale come quella prevista dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti; b) la tipologia del vizio, di solito individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto; c) il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti*”⁴⁶.

⁴³ In questi termini G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE*, op. cit., 10 ss.

⁴⁴ *Ex multis* v.: Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2021, n. 594; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 19 luglio 2021, n. 8547; Id., 12 luglio 2021, n. 8242; Id., 29 dicembre 2020; Id., 14 dicembre 2020 n. 13443; Id., 4 novembre 2020, n. 11406; Id., 13 ottobre 2020, n. 10410; Cons. Stato, sez. IV, 12 dicembre 2019, n. 8442; Id., sez. V, 12 gennaio 2017, n. 50.

⁴⁵ Tale ragionamento della Plenaria non ha tenuto conto di quanto stabilito dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, nei già ricordati pareri SCIA 1 (839/2016) e SCIA 2 (1734/2016), ove era stata chiarita la non rilevanza del *nomen iuris* ai fini dell'applicazione del regime di cui all'art. 21-*nonies* l. 241/1990, a cui possono ricondursi anche provvedimenti “*che non sono formalmente definiti “di annullamento”: alcune disposizioni utilizzano infatti, impropriamente, i termini “revoca”, “risoluzione”, “decadenza” (dai benefici) o simili per indicare, oltre all'abusivo utilizzo del titolo, la reazione dell'ordinamento all'illegittimo conseguimento del titolo, utilizzando forme che sono state definite di “annullamento travestito”*”.

⁴⁶ Cons. Stato, ad. plen., 11 settembre 2020, n. 18, in *Foro it.*, 3,2021, 175, con nota di E. ZAMPETTI, con nota di L. ANIBALLI, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 1, 1300.

Sempre secondo la Plenaria, la decadenza di cui all'art. 42, comma 3, non sarebbe neanche riconducibile a istituti di tipo sanzionatorio rispetto ai quali si distinguerebbe per la non rilevanza “*dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa*” e per il fatto che l'effetto ablatorio debba necessariamente coincidere con “*l'utilità innanzi concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale la decadenza viene ad incidere*”.

In linea con questa ricostruzione, l'Adunanza plenaria ha quindi ribadito quanto già consolidatosi nella giurisprudenza precedente, ossia che la decadenza in questione sarebbe “*appieno sussumibile nel concetto di decadenza pubblicistica*” e non già riconducibile all'autotutela o a istituti di tipo sanzionatorio, così che la sua adozione non sarebbe condizionata né da una eventuale (situazione di) affidamento del privato, né dalle condizioni soggettive della condotta.

Da tale impostazione, il giudice amministrativo ha fatto derivare per lungo tempo – e, come si vedrà nel prosieguo, continua a far derivare – l'inapplicabilità del regime previsto dall'art. 21-*nonies* della 241/1990. Questo orientamento ha trovato il proprio fondamento in un generale sviamento di fondo, ossia quello di considerare il potere di controllo postumo del GSE tutelato da uno speciale *favor*, rispetto alla generalità dei poteri di controllo dell'amministrazione sul legittimo godimento dei benefici economici.

Tale convincimento trovava, a sua volta, giustificazione nella considerazione che l'affidamento degli operatori economici nella stabilità del diritto loro riconosciuto, incontrasse il limite dell'interesse pubblico a recuperare le somme indebitamente corrisposte⁴⁷.

La tesi non trova però supporto nel nuovo paradigma dell'autotutela che non lascia spazio a tale *distinguo*. Ed è anzi smentita dal richiamato art. 1, comma 136, della l. 311/2004 che ha introdotto, per la prima volta e senza distinzione alcuna, un limite all'autoannullamento proprio in riferimento ai provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali (ivi compresi, dunque, *in primis*, quelli legati alla corresponsione di benefici economici).

Del resto la giurisprudenza amministrativa, prima della pronuncia della Plenaria che, si ripete, necessita di una debita contestualizzazione nel regime *ante* riforma Madia, non si era pronunciata in senso univoco, facendo, invece, registrare anche delle pronunce che, con chiarezza, avevano evidenziato che i soggetti dotati di poteri di vigilanza e regolazione, detengono “*uno specifico onere di garanzia della certezza delle regole che sono chiamate a dettare ed applicare*” e che, nell'esercizio di tale potere, non possono non considerare

⁴⁷ Da ultimo v. TAR Lazio, Roma, sez. III, 21 febbraio 2022, n.2070, secondo cui “*neppure è ipotizzabile alcun difetto di motivazione, avendo il provvedimento di recupero natura vincolata e non discrezionale ed essendo in re ipsa l'interesse pubblico ad evitare un danno erariale con il recupero di somme indebitamente attribuite, con conseguente superfluità di ogni richiamo all'affidamento del percipiente, non ostativo al recupero, e al tempo trascorso*”. Meno recentemente v. TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 24 gennaio 2017, n. 1242, secondo cui il recupero di somme pubbliche indebitamente corrisposte assume una rilevanza ancora più pregnante nel settore degli incentivi per le energie rinnovabili “*in cui la corretta allocazione delle risorse pubbliche risponde all'esigenza, tutelata dal legislatore comunitario e nazionale, di incentivare i soli impianti che rispondano ai requisiti previsti dalla normativa vigente e che, come tali, consentano di raggiungere gli obiettivi, in termini di produzione di energia rinnovabile, posti a carico del nostro Paese dai trattati internazionali*”.

l'affidamento ingenerato nelle imprese che operano nel settore⁴⁸. Queste ultime, invero, devono essere messe in condizione di agire “*con adeguati elementi di certezza, anche in relazione alla sostenibilità degli investimenti effettuati*”⁴⁹.

Queste esigenze rendevano inapplicabile la regola, invocata dall'opposto orientamento, “*dell'immanenza del potere di verifica della spettanza degli incentivi, riguardante il diverso aspetto della permanenza dei presupposti per gli stessi incentivi nel corso dello svolgimento dell'attività*”.

In relazione a tale regola, il Consiglio di Stato ha infatti compiuto un preciso *distinguo* evidenziando, in termini analoghi alla già citata dottrina, che “*trattandosi di rapporti destinati a durare nel tempo è ben logico che alle autorità sia garantito tale potere di vigilanza e di verifica che, tuttavia, non può che avere ad oggetto il permanere dei presupposti in corso d'opera, non la rimessa in discussione ad libitum dei presupposti iniziali, senza il rispetto delle necessarie garanzie ed affidamenti in capo alle imprese direttamente coinvolte*”⁵⁰.

Dunque, quest'ultimo orientamento, seppur minoritario, da un lato, ha riconosciuto la necessità che permanga un potere di vigilanza “*in corso d'opera*”, dall'altro, che, se l'esercizio potere di vigilanza comporta la messa in discussione del presupposto di partenza (cui far conseguire effetti *ex tunc*), esso deve seguire “*i canoni ed i presupposti del potere di autotutela ovvero di proporzionalità delle conseguenze, sotto tutti i punti di vista*”.

Il dibattito così riassunto può dirsi superato alla luce dell'intervento del decreto semplificazioni che, come visto, ha delimitato l'esercizio del potere di cui all'art. 42, comma 3, alla sussistenza dei presupposti dell'art. 21-*nonies* della l. 241/1990.

Tuttavia, tale modifica, come si cercherà di evidenziare nel paragrafo successivo, non rimane esente da criticità applicative che stanno insorgendo alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa.

3. Alcune criticità applicative della nuova disciplina alla luce della più recente giurisprudenza amministrativa

Come anticipato, la riforma intervenuta nel 2020 (art. 56, comma 8, d.l. 76/2020) ha previsto, al fine di risolvere “*possibili asincronie temporali*”, l'applicazione della nuova disciplina “*anche ai progetti di efficienza energetica oggetto di procedimenti amministrativi di annullamento d'ufficio in corso*” e, su “*richiesta dell'interessato*”, anche a quelli “*definiti con provvedimenti del GSE di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, compresi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica per i quali non è intervenuto il parere di cui all'articolo 11 del*

⁴⁸ Così Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5913; ma anche Id., 29 luglio 2019, n. 5324. Sul rapporto tra esigenze di certezza e legittimità dell'azione amministrativa si v. B. MATTARELLA, *Le difficoltà della semplificazione, in I rimedi contro la cattiva amministrazione*, a cura di A. Rallo, A. Scognamiglio, Napoli, 2016, 360, secondo cui “*a un certo punto l'esigenza di certezza prevale su quella di legittimità*”.

⁴⁹ Par. 4.3.

⁵⁰ Par. 4.5.

decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199”, precisando che il GSE, preso atto della documentazione già nella propria disponibilità e di eventuale documentazione integrativa messa a disposizione dal proponente, “*dispone la revoca*” del provvedimento di annullamento entro il termine di 60 giorni consecutivi dalla data di presentazione dell’istanza a cura del soggetto interessato⁵¹. All’ultimo capoverso è stato poi specificato che “*le disposizioni di cui al comma 7 non si applicano nel caso in cui la condotta dell’operatore che ha determinato il provvedimento di decadenza del GSE è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna, anche non definitiva*”.

In altre parole, tale disposizione ha delineato un meccanismo teso a far sì che le modifiche intervenute possano essere applicate non solo ai procedimenti amministrativi di verifica e controllo in corso al momento dell’intervento della novella, ma anche alle ipotesi in cui il procedimento si sia già concluso, qualora il provvedimento caducatorio (e di recupero) sia stato impugnato davanti al giudice amministrativo e sia oggetto di giudizio ancora pendente.

Come evidenziato anche da parte della dottrina, la disposizione in esame, tuttavia, pone diverse criticità interpretative e applicative che dimostrano la scarsa dimestichezza del legislatore con le categorie generali del diritto amministrativo e la scarsa conoscenza della giustizia amministrativa⁵² e che, come si vedrà, hanno impedito il raggiungimento dell’obiettivo, che la stessa novella si era posta, ossia quello di evitare possibili “*asincronie temporali di applicazione*”.

Infatti, mentre nel caso di procedimento ancora pendente non pare possano sorgere complessità rilevanti, lo stesso non può dirsi dell’ipotesi in cui la “nuova” disciplina sia da applicare ai giudizi pendenti e quindi a provvedimenti emanati dal GSE sulla base della disciplina vigente in quel momento.

Anzitutto la fruizione della novella è stata ingiustamente subordinata a una apposita “richiesta” dell’interessato, tesa a far riesaminare al GSE il provvedimento già emanato per verificare la sussistenza dei presupposti previsti dal 21-*nonies*. A sua volta, il GSE dovrà, entro 60 giorni dalla presentazione “dell’istanza” disporre eventualmente la “revoca” del provvedimento di annullamento.

In altre parole, il legislatore ha inteso, seppur attraverso l’utilizzo di termini non sempre appropriati, subordinare l’applicazione della nuova normativa a un procedimento di riesame, da parte del GSE, che

⁵¹ Tale tecnica normativa, era già stata utilizzata dal legislatore nel 2019 (art. 13-bis l. 101/2019) quando era stata prevista la possibilità di conversione della decadenza in decurtazione dell’incentivo anche nel caso di “*impianti realizzati e in esercizio oggetto di procedimenti amministrativi in corso e, su richiesta dell’interessato, a quelli definiti con provvedimenti del Gestore dei servizi energetici (GSE) di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, compresi i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica per i quali non è intervenuto il parere di cui all’articolo 11 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199*”. L’unica differenza rilevante tra i due interventi normativi risiede nella specificazione, non inserita nella disposizione del 2020, secondo cui “*La richiesta dell’interessato equivale ad acquiescenza alla violazione contestata dal GSE nonché a rinuncia all’azione*”.

⁵² Cfr. M. PROTTO, *Il decreto semplificazioni alla prova dei fatti. La riscrittura dei poteri di controllo del GSE nell’ambito dell’autotutela*, in *Giur. It.*, 2021, 5, 1242 ss.

prende avvio a fronte di un'istanza dell'interessato e che è teso a verificare la sussistenza dei presupposti previsti per l'annullamento d'ufficio.

Nulla è detto peraltro sull'effetto dell'inerzia, che, a stretto rigore, dovrebbe equivalere a un assenso. Se non fosse che, ancora una volta, il GSE e la giurisprudenza adottano una interpretazione in *malam partem* del quadro normativo e sostengono che gli incentivi per la produzione di energia rinnovabile sarebbero esclusi dall'ambito applicativo del silenzio assenso perché legati alla materia ambientale⁵³.

Poco convincente risulta poi l'utilizzo del termine "revoca" con riferimento al provvedimento già emanato dal GSE.

Pare opportuno, infatti, rilevare che tale termine debba intendersi utilizzato in senso "atecnico" e che il legislatore intendesse far riferimento a un annullamento d'ufficio con effetti *ex tunc* e non al provvedimento di revoca di cui all'art. 21-*quinquies* l. 241/1990⁵⁴.

Ulteriore peculiarità che merita di essere segnalata è la distonia con l'art. 21-*nonies* l. 241/1990, di quanto previsto dall'ultimo capoverso del comma 8 dell'art. 56 d.l. 76/2020, secondo cui: "*le disposizioni di cui al comma 7 non si applicano nel caso in cui la condotta dell'operatore che ha determinato il provvedimento di decadenza del GSE è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna, anche non definitiva*". Mentre l'art. 21-*nonies* ne richiede il passaggio in giudicato.

Premesso ciò, occorre ora analizzare in concreto, attraverso il richiamo alle più recenti pronunce del g.a. in materia, le criticità sollevate dall'applicazione della disposizione in questione ai procedimenti giurisdizionali in corso.

Dall'esame di numerose pronunce si evince, anzitutto, che il giudice amministrativo non ha inteso discostarsi in alcun modo dal proprio orientamento maggioritario, affermando con fermezza che "*la modifica all'art 42 comma 3 d.lgs. 28/2011, introdotta dall'art 56, comma 7, del d.l. 76/2020 che prevede l'esercizio del potere di decadenza in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, non ha mutato la natura del potere esercitato, che rimane di decadenza*" e che, non trattandosi di una "*norma di interpretazione autentica*", si applica, per espressa previsione, "*ai procedimenti pendenti o, se già definiti, solo a seguito di apposita istanza dell'interessato, alle condizioni indicate dall'art 56 comma 8, d.l. 76/2020*"⁵⁵ poiché "*la pretesa applicazione retroattiva dello ius superveniens in via automatica comporterebbe, invece, una violazione del principio dell'irretroattività della legge, enunciato all'articolo 11 delle preleggi al Codice Civile*"⁵⁶.

⁵³ Sul punto, tra i contributi più recenti v. M. CALABRÒ, *Energia, ambiente e semplificazione amministrativa* (nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 24 novembre 2020, n. 12464), in *giustiziasinsieme.it*, 24 marzo 2021.

⁵⁴ Sugli effetti distorsivi di una diversa interpretazione, v. M. PROTTO, *ult. op. cit.*, 1249.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. II, 4 aprile 2022, n. 2501. Nel caso di specie le società appellanti, conformemente a quanto previsto dall'articolo da ultimo citato, hanno chiesto l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti di decadenza, a cui è seguito il provvedimento di diniego del GSE oggetto di successivo ricorso al TAR Lazio.

⁵⁶ Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 2022, n. 2583. Anche in tal caso, per quanto evincibile dalla pronuncia, la parte appellante aveva presentato istanza di applicazione della nuova normativa, tuttavia rigettata dal GSE.

Dello stesso avviso anche l'orientamento del giudice di primo grado, secondo cui *“il provvedimento di decadenza e gli atti allo stesso prodromici e successivi costituiscono, infatti, manifestazione dei poteri di verifica e controllo del GSE in merito alla corretta erogazione degli incentivi per la produzione di energia rinnovabile, i quali non sono riconducibili all'invocato paradigma di cui all'art. 21-nonies della L. 241/1990”*, con la precisazione che *“nè a diverse conclusioni può condurre l'avvenuta modificazione dell'art. 42 comma 3 del d.lgs. 28/2011 ad opera dell'art. 56 del citato D.L. 76/2020, poiché la disposizione così introdotta – secondo la quale il GSE dispone la decadenza degli incentivi “in presenza dei presupposti di cui all'art. 21-nonies della Legge 7 agosto 1990 n. 241” – può trovare applicazione, in forza del principio tempus regit actum, solo ai provvedimenti emanati successivamente alla sua entrata in vigore, con la sola eccezione dell'istanza di riesame ai sensi del comma 8 del citato art. 56”*⁵⁷.

Particolarmente esplicativa dell'applicazione della normativa in questione è poi un'altra recente pronuncia del TAR Lazio⁵⁸, riassumibile nei termini che seguono.

Nel caso di specie, la parte ricorrente aveva fatto valere nei motivi di ricorso la violazione dell'art. 21-nonies l. n. 241/90, qualificando il potere del GSE quale potere di annullamento d'ufficio, rilevando poi, anche con motivi aggiunti, l'illegittimità sopravvenuta del provvedimento del GSE per violazione dell'art. 56, d.l. n. 76/2020.

In merito alla violazione dell'art. 21-nonies, fatta valere con il ricorso introduttivo, il TAR ha rilevato che *“resta fermo l'orientamento espresso dalla Sezione, dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, che ha escluso che tale potere sia manifestazione del potere di autotutela, in quanto riconducibile al potere di verifica, accertamento e controllo volto ad accertare la corrispondenza rispetto a quanto dichiarato dall'interessato”*, con la specificazione che *“siffatto potere è dunque privo di spazi di discrezionalità ed ha, al contrario, natura doverosa e vincolata; essendo volto non al riesame della legittimità di una precedente decisione amministrativa, bensì al controllo circa l'attendibilità delle dichiarazioni formulate da un privato nell'ambito di una procedura volta ad attribuire benefici pubblici: esulano quindi, in radice, le caratteristiche proprie degli atti di secondo grado e, conseguentemente (fino alla novella del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 11 settembre 2020, n. 120), non è conferente il richiamo all'art. 21-nonies l. n. 241 del 1990 operato dalla ricorrente”*⁵⁹.

Con riferimento all'illegittimità dedotta con i motivi aggiunti, la Sezione ha ulteriormente precisato che *“mentre le disposizioni del comma 7 introducono nuove modalità per l'esercizio dei poteri di controllo e verifica del GSE,*

⁵⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 23 marzo 2022, n. 3297.

⁵⁸ TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 2 febbraio 2022, n. 1263.

⁵⁹ Similmente anche TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 9 febbraio 2022, 1547, secondo cui *“premesso che il potere di verifica e controllo disciplinato dall'art. 42, d.lgs. n. 28/2011, secondo l'orientamento consolidato della Sezione, non è riconducibile al paradigma normativo del potere di autotutela di cui all'art. 21-nonies della legge 241/1990, trattandosi di un potere di decadenza previsto in caso di mancato rispetto della normativa condizionante l'erogazione degli incentivi, vertendosi in un settore speciale di attività amministrativa, preordinato al conferimento di incentivi pubblici, per il cui legittimo esercizio non sono richiesti i presupposti sostanziali (interesse pubblico attuale e valutazione dell'affidamento) e temporali (termine ragionevole comunque non superiore a 18 mesi) previsti per il legittimo esercizio del potere di autotutela, il GSE è titolare di un potere immanente di verifica della spettanza di tali benefici; potere la cui sussistenza è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e che può essere esercitato per tutta la durata dello stesso”*.

la cui natura decadenziale rimane comunque "incontestata" anche dopo la novella (...) il comma 8 reca una disposizione transitoria destinata a consentire l'applicazione delle stesse sia ai procedimenti in corso, sia, a domanda di parte, ai provvedimenti emanati prima della loro entrata in vigore".

Ciò posto, a detta del Collegio, la disposizione invocata (comma 8) non avrebbe incidenza *“sul regime che disciplina(va) il provvedimento impugnato, che rimane assoggettato ratione temporis alla disciplina vigente al momento della sua adozione, né può esplicare alcun effetto retroattivo (...), sicché la pretesa illegittimità sopravvenuta non coglie nel segno, fatte salve le ulteriori determinazioni che il GSE riterrà di assumere a fronte dell'istanza di riesame formulata dalla ricorrente (...), successivamente alla proposizione di motivi aggiunti?”.*

Tuttavia, da quanto si evince dalla pronuncia, l'istanza sottoposta al GSE non risultava *“evasa al momento della definizione del giudizio”.*

Tale circostanza, posto quanto ricordato dalla Sezione sull'impossibilità per la normativa in questione di esplicare effetti retroattivi, ha condotto il TAR a rigettare il ricorso.

Dunque, a fronte delle più recenti applicazioni, si può evincere che il giudice amministrativo, spesso richiamando anche la già ricordata Plenaria in materia, non ha inteso rivalutare il proprio orientamento, ribadendo con decisione che i poteri esercitati dal GSE non sono riconducibili al paradigma del 21-*nomies*, tanto da considerare il richiamo, da parte dei ricorrenti, a tale normativa persino *“inconferente”.*

In tal senso, dunque, non potendo considerare la disposizione come una norma di interpretazione autentica, ha ritenuto, seguendo anche il disposto normativo, la presentazione dell'istanza, di cui al comma 8, indispensabile ai fini dell'applicazione della nuova normativa⁶⁰.

Ciò che desta maggior preoccupazione dell'applicazione di tale meccanismo è, tuttavia, il rapporto che si pone tra il procedimento di riesame del GSE e il procedimento giurisdizionale pendente.

Come si evince dalla richiamata sentenza⁶¹, nonostante il ricorrente abbia diligentemente proposto al GSE l'istanza di riesame di cui al comma 8, può avvenire che il GSE non si pronunci prima della conclusione del giudizio.

Sempre secondo il g.a., infatti, *la presentazione della suddetta istanza vale semmai ad attivare il procedimento di riesame innanzi al GSE che, risultando, al momento del passaggio in decisione della causa, ancora pendente, non incide*

⁶⁰ Come rilevato da parte della dottrina, tali ragionamenti troverebbero il loro fondamento nel *“discutibile presupposto che prima della novella legislativa il potere del Gestore avesse una diversa disciplina, discutibile perché (...) fondato non su una espressa previsione normativa, ma sull'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 42, D. Lgs. n. 28/2011”.* M. PROITTO, ult. op. cit., 1249, secondo cui *In tal senso, non si potrebbe parlare di retroattività in senso proprio ma “della vischiosità del precedente orientamento giurisprudenziale sulla specialità dei poteri del Gestore e del rifiuto di considerare invece la nuova disciplina come la conferma dell'assoggettabilità dei poteri del Gestore alla disciplina generale dell'autotutela”.*

⁶¹ Similmente anche TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 7 aprile 2022, n. 4042, secondo cui: *“La disposizione invocata non ha tuttavia incidenza sul regime che disciplina(va) il provvedimento impugnato, che rimane assoggettato ratione temporis alla disciplina vigente al momento della sua adozione, né può esplicare alcun effetto retroattivo (...), fatte ovviamente salve le ulteriori determinazioni che il GSE riterrà di assumere a fronte dell'istanza di riesame formulata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 56, comma 8, del d.l. cit., che non risulta ancora evasa al momento della definizione del presente giudizio”.*

sulla procedibilità del giudizio né sul suo esito, non potendo in ogni caso comportare l'efficacia retroattiva in parte qua della norma novellata"⁶².

Da qui la prima criticità: non potendo la norma avere efficacia retroattiva, e non essendosi concluso il procedimento di riesame, può avvenire che il ricorrente, pur avendo compiuto diligentemente tutte le attività richiestegli dalla normativa, si veda negata la possibilità che la propria posizione venga riesaminata alla luce delle garanzie del 21-*nonies*, proprio a causa del silenzio del GSE.

Salvo poi trovarsi costretto, come frequentemente avviene (si v. *infra*), a impugnare un illegittimo provvedimento di diniego (fondato, come si vedrà, su pretestuose ragioni ostative) e a sopportare gli eventuali ulteriori costi legati all'instaurazione di un nuovo autonomo procedimento giurisdizionale.

La seconda criticità è legata agli strumenti a disposizione del ricorrente per impedire che il procedimento giurisdizionale si concluda prima che il GSE si pronunci sul riesame.

Si potrebbe anzitutto pensare, se la causa non è ancora passata in decisione, che la parte possa richiedere al g.a. il rinvio della trattazione della causa, così da guadagnare tempo in attesa del provvedimento del GSE.

Tale strada, tuttavia, potrebbe essere ostacolata dall'art. 73 c.p.a., che, per come modificato dal d.l. 9 giugno 2021, n. 80, (conv. in legge 6 agosto 2021, n. 113), prevede, al comma 1-*bis*⁶³ che il rinvio della trattazione possa essere disposto “*solo per casi eccezionali*”, inciso che la giurisprudenza amministrativa ha inteso interpretare con un certo rigore⁶⁴.

Il giudice amministrativo ha infatti specificato che le situazioni eccezionali su cui deve essere fondato il rinvio, “*possono essere integrate solo da gravi ragioni idonee a incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite*”⁶⁵.

⁶² Così TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 febbraio 2021, n. 1803, di cui si riporta l'intero passaggio: “*A tal fine, la parte ha prodotto in giudizio copia dell'istanza di cui all'art. 56, comma 8, d.l. n. 76/20, dalla stessa presentata al GSE, e allo stato non ancora evasa. Osserva il Collegio che la presentazione della suddetta istanza vale semmai ad attivare il procedimento di riesame innanzi al GSE che, risultando, al momento del passaggio in decisione della causa, ancora pendente, non incide sulla procedibilità del giudizio né sul suo esito, non potendo in ogni caso comportare l'efficacia retroattiva in parte qua della norma novellata*”.

⁶³ Tale comma prevede: “*non è possibile disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza, ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio*”.

⁶⁴ Sul punto, tra i contributi più recenti, v. M. R. CALDERARO, *Il rinvio dell'udienza nel processo amministrativo tra poteri del giudice e diritti delle parti* (Nota a Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, 31 gennaio 2022, n. 153), in *giustiziainsieme.it*, 24 marzo 2022.

⁶⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 7 aprile 2022, n.4051. La controversia oggetto della pronuncia riguardava sempre la materia degli incentivi e, nel caso di specie, il g.a. non ravvisando alcuna situazione eccezionale, non ha disposto il rinvio della trattazione, richiesto a causa della pendenza di un processo penale, motivando come segue: “*Tali situazioni non sono, tuttavia, ravvisabili nel caso in esame in quanto non può ravvisarsi un rapporto di pregiudizialità tra il processo penale ed il presente giudizio amministrativo, fondandosi i provvedimenti che di quest'ultimo costituiscono oggetto su valutazioni del GSE autonome ed indipendenti da quelle effettuate in sede penale, alla luce del consolidato principio di reciproca autonomia e parallelismo dei due accertamenti giurisdizionali che operano con ambiti e finalità differenti*”. In questo senso anche TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 7 aprile 2022, n. 4042; Id., 8 aprile 2022, n. 4166.

In una recente sentenza, la medesima sez. III-ter del TAR Lazio, ha poi espressamente stabilito che la mera pendenza dell'istanza di riesame *ex art. 56, comma 8, d.l. 76/2020*, non integrerebbe le evenienze in presenza delle quali la normativa processuale attualmente vigente consente il rinvio della causa e ciò in quanto “*da un lato, le valutazioni che il GSE è chiamato a condurre sull’istanza di riesame sono del tutto peculiari e non strettamente dipendenti dalla legittimità del provvedimento oggetto di giudizio, dall’altro l’eventuale conclusione del procedimento di riesame in senso non favorevole per la ricorrente è suscettibile di autonoma impugnazione senza che, dunque, sia ravvisabile alcuna compromissione del diritto di difesa*”⁶⁶.

Anche a fronte di quest’ultimo orientamento pare dunque difficile che il rinvio della trattazione possa essere utilizzato per sciogliere tale nodo applicativo.

Altro strumento processuale che potrebbe essere invocato – almeno *prima facie* – è quello della sospensione del processo.

L’art. 79 c.p.a dispone – seguendo la tecnica del rinvio esterno – che la sospensione del processo sia disciplinata dal Codice di procedura civile.

Quest’ultimo, agli artt. 295 e 296 c.p.c., prevede rispettivamente la sospensione c.d. necessaria e quella c.d. facoltativa (o su istanza delle parti): mentre la prima ha carattere obbligatorio ed è limitata ai soli casi in cui la decisione della causa dipenda dalla soluzione di un’altra controversia, la sospensione facoltativa può essere invece disposta dal giudice, su istanza delle parti, qualora sussistano giustificati motivi.

Quest’ultima sospensione, tuttavia, può essere disposta per una sola volta e per un periodo non superiore a tre mesi.

Astrattamente, tale strumento processuale, consistendo in un arresto temporaneo del processo, potrebbe risultare idoneo ad impedire la conclusione del procedimento giurisdizionale prima della pronuncia del GSE, sempre che trovi il *favor* del giudice amministrativo, che potrebbe ritenerlo “superato” dal citato art. 73 novellato.

Secondo quanto previsto dall’art. 296 c.p.c. può infatti essere disposto su istanza delle parti qualora le stesse riescano a fondare la richiesta su “*giustificati motivi*”, locuzione forse meno restrittiva dei “*casi eccezionali*” di cui all’art. 73 c.p.a.

Tuttavia, ciò che rende lo strumento della sospensione concretamente inidoneo a risolvere tale criticità applicativa, sono le tempistiche di applicazione previste dall’art. 296 c.p.c.: “*per un periodo non superiore a tre mesi*”.

⁶⁶ TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 24 febbraio 2022, n. 2190.

Nelle sentenze analizzate, infatti, la conclusione del giudizio si è avuta anche a distanza di un anno dalla presentazione dell'istanza al GSE⁶⁷, senza che quest'ultimo (nonostante il termine datogli dal legislatore) si fosse pronunciato sul riesame.

Dunque, dall'analisi delle più recenti applicazioni della nuova disciplina, essa esce depotenziata per diverse ragioni.

In primo luogo, la scelta del legislatore di non intendere la novella come una norma di interpretazione autentica⁶⁸ ne ha delimitato di molto l'applicazione.

Essa è stata, infatti, circoscritta “direttamente” (per espressa *voluntas legis*) ai soli casi in cui sia l'interessato a richiederne l'applicazione e “indirettamente” ai soli casi in cui il GSE si pronunciasse per tempo sul riesame sollecitato dall'interessato.

Da ciò deriva che, nel caso in cui il privato sia abbastanza fortunato da ricevere una sollecita risposta dall'amministrazione vedrà applicarsi (se del caso) una disciplina di maggior *favor* rispetto a quella prevista originariamente dall'art. 42 d.l. 28/2011, prima della conclusione del procedimento giurisdizionale incardinato principalmente a tal fine; altrimenti dovrà far fronte a una pronuncia del g.a. di diniego di tale applicazione data l'impossibilità di applicare in via automatica e retroattiva la disciplina in questione. Non solo. Dovrà, in questo caso, eventualmente sopportare ulteriori costi legati a un giudizio da incardinare *ex novo*, per impugnare il provvedimento del GSE, intervenuto a seguito della conclusione del procedimento giurisdizionale, eventualità che, a detta del giudice amministrativo, come visto, non lederebbe in alcun modo l'interessato⁶⁹.

A tale criticità risulta poi legata la seconda mancanza del legislatore.

Quest'ultimo, infatti, avrebbe almeno dovuto prevedere un'ipotesi di sospensione *ad hoc* del processo in attesa del provvedimento del GSE.

⁶⁷ TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 2 febbraio 2022, n. 1263 ove l'istanza era stata presentata al GSE nel marzo 2021. Per altre pronunce ove l'istanza di riesame presentata dal GSE non è stata evasa al momento di conclusione del procedimento giurisdizionale v. TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 7 aprile 2022, n. 4042; Id., 15 febbraio 2021, n. 1803.

⁶⁸ Sul tema tra i contributi più recenti v. *ex multis*, G. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica nella giurisprudenza costituzionale. Da persistente causa di contrasto a fonte di dialogo potenziale tra Corte costituzionale e Corte Edu*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2020; che ha evidenziato che la Corte Costituzionale, attraverso una molteplicità di pronunce, è giunta a riconoscere, nel corso del tempo, “la legittimità dell'intervento autenticamente interpretativo e quindi retroattivo del legislatore, non solo nel caso in cui il legislatore-interprete si limiti a selezionare uno dei possibili significati della disposizione interpretata, ma anche quando quest'ultimo intervenga per contrastare un orientamento giurisprudenziale sfavorevole”. Sulle pronunce più recenti si rinvia a G. LAVAGNA, *ult. op. cit.* Meno recentemente v. S. FOÀ, *Leggi di interpretazione autentica e conformità alla CEDU: il parametro di legittimità “conteso” tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro amm.*, 7-8, 2011, 2247 ss. Tra i contributi più risalenti v. A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1958, 1, 76 ss.; F. CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 305 ss.; G. CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Politica del Diritto*, 1971, 593 SS.; C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, Roma, 1942; G. U., RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 770 ss.; con riferimento al giudicato amministrativo v. F. FRANCARIO, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1995, 277 ss.

⁶⁹ Si fa riferimento alla già richiamata pronuncia TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 24 febbraio 2022, n.2190.

Tali considerazioni possono facilmente condurre a ritenere come non raggiunti del tutto gli obiettivi che lo stesso legislatore si era posto, ossia quello di evitare “asincronie temporali” nell’applicazione della nuova normativa e quelli più generali di dare certezza alla materia dei controlli, di rafforzare la fiducia degli investitori e di diminuire il contenzioso.

4. Il procedimento di riesame davanti al GSE e il rischio di elusione della nuova normativa

Rimane ora da verificare, sempre con il supporto di alcune recenti pronunce del g.a., la concreta applicazione della novella in questione da parte del GSE.

Come visto, quest’ultimo, in forza dei commi 7 e 8 dell’art. 56 d.l. 76/2020, è tenuto a riesaminare, alla luce dei presupposti del 21-*nonies*, la posizione del soggetto che è stato inciso da un provvedimento di “decadenza” dagli incentivi e che ha presentato istanza in tal senso⁷⁰.

Se con le precedenti pronunce si è evidenziato il rischio che tale procedimento venga concluso anche dopo un rilevante lasso di tempo, vedendo il privato costretto eventualmente ad incardinare un autonomo procedimento giurisdizionale, con le sentenze che verranno di seguito richiamate, si intende evidenziare

⁷⁰ Con riferimento all’ambito applicativo del combinato disposto dei commi 7 e 8 dell’art. 56 si segnala la pronuncia del TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 3 giugno 2022, n. 7219 che ha stabilito che il procedimento di riesame di cui al comma 8 non possa applicarsi al provvedimento di rigetto dell’istanza di ammissione agli incentivi per rilevanza illegittimità dell’iscrizione al Registro IDRO_RG2014, poiché la novella si riferisce esclusivamente ai procedimenti “definiti con provvedimenti del GSE di decadenza dagli incentivi” e che “il riferimento letterale ai provvedimenti di decadenza ivi contemplato non sia suscettibile di interpretazione analogica o estensiva”. In particolare, nel caso di specie, l’impresa ricorrente, dopo aver chiesto ed ottenuto l’iscrizione al menzionato Registro IDRO_RG2014 di cui al d.m. 6 luglio 2012 per gli interventi di nuova costruzione, chiedeva al GSE l’ammissione, per più impianti, ai relativi meccanismi di incentivazione in forza della posizione acquisita nella graduatoria del Registro. Il GSE, nel 2018, le comunicava un preavviso di rigetto delle istanze fondato sulla ritenuta assenza di uno dei (due) criteri preferenziali per l’inserimento nella suddetta graduatoria. L’impresa impugnava i provvedimenti di diniego e con successivi motivi aggiunti ne lamentava l’illegittimità denunciandone la violazione dell’art. 42, comma 3, d.lgs. 28/2011 come nelle more modificato dall’art. 56, comma 7, lett. a), d.l. 76/2020, con particolare riferimento all’insussistenza dei presupposti di cui all’art. 21-*nonies* l. 241/1990 e contestualmente deduceva di avere avanzato istanza di riesame dei provvedimenti impugnati ai sensi dell’art. 56, comma 8, d.l. 76/2020. Il GSE respingeva le istanze ex art. 56, comma 8, d.l. 76/2020 “in quanto l’ammissione in graduatoria [...] avviene sulla base dei dati dichiarati dal Soggetto senza comprova documentale e senza istruttoria da parte del GSE e, pertanto, non costituisce in alcun modo un provvedimento di ammissione agli incentivi ovvero di attribuzione di vantaggi economici. Ne deriva che il provvedimento del GSE [...] non può essere considerato un provvedimento di “Annullamento d’ufficio” di cui all’art. 21-*nonies* della legge 241/1990”. La ricorrente proponeva dunque motivi aggiunti anche avverso tali provvedimenti, lamentandone l’illegittimità per avere il GSE erroneamente ritenuto l’inapplicabilità dello speciale procedimento di riesame di cui all’art. 56, comma 8 alla fattispecie del rigetto dell’istanza di ammissione agli incentivi. Secondo la ricorrente, infatti, la novella del d.l. 76/2020 avrebbe inteso generalmente ricondurre i poteri di verifica e controllo del GSE sui propri provvedimenti nell’alveo dell’autotutela, e l’assoggettamento ai presupposti di cui all’art. 21-*nonies* l. 241/1990, oggi contenuto nell’art. 42, comma 3, d.lgs. 28/2011 per effetto delle modifiche introdotte dal comma 7 dell’art. 56 del suddetto decreto dovrebbe essere interpretato come riferito non soltanto ai provvedimento di decadenza dagli incentivi (o annullamento d’ufficio), ma anche a quelli di rigetto dell’istanza di ammissione. Una diversa e più restrittiva interpretazione delle modifiche di cui all’art. 56, comma 7, d.l. 76/2020 (secondo cui “i requisiti di cui all’art. 21-*nonies* debbano essere rispettati dal G.S.E. esclusivamente laddove il Gestore adotti provvedimenti di decadenza dagli incentivi e, invece, non imponesse il rispetto di tali requisiti previsti per l’annullamento d’ufficio nei casi in cui il G.S.E. dovesse adottare atti di decadenza dall’iscrizione al Registro”, di cui al d.m. 6 luglio 2012, “*cf. pag. 8 del secondo atto di motivi aggiunti*”) si porrebbe in contrasto con gli articoli 3 e 97 Cost., in quanto determinerebbe un’irragionevole disparità di trattamento. Il TAR, tuttavia, con le argomentazioni sopra riassunte, ha respinto la tesi della ricorrente.

il chiaro tentativo del Gestore di eludere la normativa in questione, ritenendo ontologicamente prevalente l'interesse pubblico alla tutela della finanza pubblica e dunque sottraendosi al bilanciamento di interessi che, invece, secondo il paradigma delineato dall'art. 21-*nonies*, sarebbe chiamato a compiere.

Tra le prime pronunce sul punto si segnala una recente sentenza del TAR Lazio (Roma, sez. III-ter, 8 novembre 2021, n. 11452) richiamata poi da tutta la successiva giurisprudenza⁷¹, che ha analizzato puntualmente il procedimento introdotto dal d.l. 76 e il contenuto della motivazione del provvedimento del GSE emanato a conclusione dello stesso.

Anzitutto, secondo il TAR, il d.l. 76 ha introdotto un *“procedimento di natura eccezionale, avente una finalità di sanatoria e ispirato dalla ratio di conservazione della capacità di produzione energetica da fonte rinnovabile”*.

Tale potere, sarebbe poi caratterizzato dalla: a) doverosità⁷², in quanto *“l'Amministrazione, contrariamente a quanto accade in via generale per i poteri di autotutela, è tenuta, per disposizione espressa, a pronunciarsi sulla istanza di riesame entro 60 dalla presentazione dell'istanza”*; b) discrezionalità, in quanto al Gestore *“è rimessa la valutazione della situazione di fatto e di diritto, tenuto conto degli interessi pubblici e privati incisi dal provvedimento di decadenza e dunque l'esito del procedimento non è vincolato dovendo essere rimesso alla ponderazione discrezionale degli interessi in gioco”*.

Il riesame, infatti, va condotto *“scrutinando e comparando le ragioni di interesse pubblico con gli interessi privati dei destinatari e degli eventuali controinteressati come prescritto dall'art. 21-*nonies* L. 241/1990”*, ed è *“onere dell'amministrazione in applicazione della disposizione di cui all'art. 56 condurre tale comparazione in concreto evidenziando le ragioni che nel singolo caso conducono all'accoglimento o al rigetto dell'istanza di riesame”*.

Non è dunque sufficiente a giustificare il mantenimento della misura della decadenza, *“il mero ripristino della legalità violata - *rectius*, in questo caso, specularmente, la conservazione della legalità lesa dalla accertata violazione delle norme di settore che ha dato luogo alla perdita dell'incentivazione”*, posto che, *“l'ovvio riconoscimento di un tale interesse non può comportare di per sé la pretermissione di ogni altra circostanza rilevante ed esonerare l'amministrazione da qualunque - seppur succintamente motivata - valutazione sulla complessiva situazione di fatto”*.

Da qui le successive considerazioni sull'impianto motivazionale del provvedimento di riesame.

Secondo il TAR, infatti, non è adeguata una motivazione che – come nel caso sottoposto all'attenzione del Collegio – dia solo *“prevalenza aprioristica all'interesse pubblico identificato nel “corretto e razionale utilizzo delle risorse della collettività”, rispetto agli altri interessi comunque incisi dal provvedimento di decadenza oggetto di revisione”*.

Per tale ragione, risulta in contrasto con la novella del 2020 l'assunto del GSE – contenuto sempre nella motivazione del provvedimento di diniego impugnato nel caso di specie – secondo cui il detto interesse

⁷¹ Si vedano in particolare TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 14 gennaio 2022, n. 393; Id., 18 gennaio 2022, n.525; Id., 27 gennaio 2022, n. 965; Id., 3 marzo 2022, n. 2526.

⁷² Sulla configurazione di un'autotutela doverosa, v. per tutti N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa*, in *federalismi.it*, 20, 2017.

pubblico si imporrebbe sempre sull'interesse del privato al beneficio incentivante *“altrimenti dovendosi ad absurdo arrivare ad ammettere che le modifiche apportate all'art. 42, comma 3 DL 28/2011 e dall'art. 56, comma 7 e 8 DL 76/2020 (...) siano volte a creare un irrazionale e meccanicistico sistema di ripristino di incentivi pubblici non spettanti”*.

Per il TAR, al contrario, spetta proprio al GSE, *“al di fuori di qualsiasi categoria assiologica precostituita, motivare con riferimento alla situazione fattuale con valutazione estesa, oltre che al corretto utilizzo delle risorse finanziarie, all'interesse alla produzione energetica non fossile, all'interesse del privato e all'affidamento ingenerato nel beneficiario e più in generale alla situazione di fatto incisa dal provvedimento di decadenza”*.

In altre parole, il TAR ha ritenuto viziata la posizione del GSE che *“in via seriale e senza riferimento al caso particolare ritenga, all'esito del riesame, di per sé prevalente l'interesse pubblico al tutela della finanza pubblica, di fatto trascurando non solo l'interesse privato al beneficio concesso e poi ritirato ma il distinto interesse pubblico alla produzione energetica da fonte rinnovabile e quindi i valori ambientali e produttivi di cui la norma eccezionale si fa evidentemente carico;”*

Tale operato del GSE, a detta del Collegio, si traduce, in definitiva, in una *“disapplicazione dell'istituto introdotto con il DL 76/2020, che invece impone, ad avviso di questo Collegio, un riesame motivato delle singole fattispecie di dichiarata decadenza dall'incentivazione”*.

Nonostante questo chiaro monito da parte del giudice amministrativo, come testimoniato dalle diverse pronunce sul punto, il GSE ha più volte cercato di eludere l'applicazione della normativa in questione⁷³. Tali tentativi, per quanto è dato conoscere al momento, sono stati ben arginati dal giudice amministrativo che, richiamando la pronuncia sopra ricordata, sta man mano sancendo, la necessità di una motivazione che sia il frutto di un bilanciamento di interessi effettivamente e concretamente compiuto e non di

⁷³ Tra i tentativi di elusione dell'applicazione della nuova normativa da parte del GSE si segnala anche quello che ha visto il GSE proporre un'interpretazione restrittiva di quanto disposto dall'art. all'art. 56, comma 8, del d.l. 76/2020, il quale, come visto, prevede che: *“Le disposizioni di cui al comma 7 si applicano anche ai progetti di efficienza energetica oggetto di procedimenti amministrativi di annullamento d'ufficio in corso e, su richiesta dell'interessato, a quelli definiti con provvedimenti del GSE di decadenza dagli incentivi, oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti nonché di quelli non definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge”*. Il GSE, in più di un'occasione, ha inteso interpretare (*contra legem*) l'inciso *“anche ai progetti di efficienza energetica”*, ritenendo la disciplina applicabile *“esclusivamente”* (e non anche) ai progetti di efficienza energetica. Il giudice amministrativo ha prontamente precisato, invece, che: *“ il tenore letterale della norma, evidenziato dall'utilizzo della congiunzione “anche” non lascia adito a dubbi interpretativi, nel senso che la stessa va intesa nel senso suo proprio e quindi con valore aggiuntivo (in claris non fit interpretatio), nel senso dell'applicabilità non solo ai procedimenti inerenti i progetti inerenti la produzione di energia da fonti rinnovabili, ma “anche ai progetti di efficienza energetica”; ne consegue che l'utilizzo, da parte del legislatore, della congiunzione “anche” non può essere sostituito con l'avverbio “esclusivamente” o “solamente” così come intende il GSE, il quale, con interpretazione contraria al testo della disposizione, ne riduce la portata applicativa ai soli progetti di efficienza energetica; (...) tale soluzione ermeneutica, ex art. 12 delle Preleggi, appare l'unica possibile ponendosi in rigorosa osservanza del significato proprio espresso dal dato testuale della norma, nonché dall'intenzione del legislatore, il quale, peraltro, esclude l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 7 nel solo caso in cui la condotta dell'operatore, che ha determinato il provvedimento di decadenza del GSE, è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna (anche non definitiva)”* (TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 5 marzo 2021, n. 1436; Id., 21 settembre 2021, n. 9861).

aprioristiche considerazioni sulla prevalenza dell'interesse pubblico alla tutela della finanza pubblica, dietro le quali il GSE si è, sino a questo momento, trincerato.

5. Considerazioni conclusive

Il quadro analizzato ha messo in luce che, a causa della vischiosità di orientamenti giurisprudenziali consolidati e di scelte legislative non prive di criticità, la speranza di veder riconosciute maggiori garanzie agli operatori del settore è stata, in parte, disattesa⁷⁴.

Se il legislatore è stato chiaro nell'intento di voler circoscrivere i poteri del GSE ai presupposti previsti per l'annullamento d'ufficio al fine di “*stabilire condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine che le imprese effettuano nel settore delle energie rinnovabili*”, lo è stato meno nel garantire che tale intento si concretizzasse anche nel breve periodo.

Se, da un lato, non vi sono dubbi sul rilievo che tale riforma avrà sui procedimenti di verifica in corso o iniziati a seguito dell'entrata in vigore di tale normativa, dall'altro, come visto, non si può dire lo stesso su quelli oggetto di procedimenti giurisdizionali pendenti.

In tal caso il legislatore non ha legato alle maggiori garanzie procedurali alcun istituto di raccordo o di supporto alla disciplina processuale, invocata nella riforma.

Da qui le incertezze applicative descritte e i non poco gravosi oneri che sono stati, anche indirettamente, addossati agli interessati.

Si è visto, infatti, che anche i soggetti più diligenti, che compiono quanto richiesto dalla normativa e presentano correttamente istanza al GSE, rischiano di dover sopportare una disapplicazione *de facto* della novella.

Se l'intento del legislatore era applicare la normativa in questione anche ai provvedimenti oggetto di procedimenti giurisdizionali in corso, esso non può dirsi del tutto raggiunto dal momento che, come visto, spesso la pronuncia del GSE non perviene nei tempi di conclusione del giudizio.

Non essendovi, come visto, strumenti idonei a impedire tale risultato e visto anche l'intento di elusione della normativa perpetrato dal GSE, gli interessati avranno a loro disposizione come unica strada quella di proporre un nuovo giudizio per impugnare il provvedimento di “riesame” del GSE, per buona pace dei principi leale collaborazione e di effettività della tutela.

Da qui il dubbio che forse tali dinamiche si sarebbero potute almeno in parte evitare se il legislatore – data la chiarezza con cui ha abbracciato l'orientamento giurisprudenziale “minoritario”⁷⁵ – avesse espressamente qualificato la novella come norma di interpretazione autentica (strada forse non intrapresa

⁷⁴ Cfr. M. PROTTO, ult. op. cit. 1242 ss.

⁷⁵ Si fa riferimento alle pronunce del giudice amministrativo richiamate dallo stesso legislatore nella relazione illustrativa al d.l. 76 e ricordate nel corso della trattazione.



per gli stringenti limiti posti a tale strumento dalla Corte costituzionale e da quella di Strasburgo⁷⁶), o se avesse almeno previsto maggiori strumenti di raccordo tra la disciplina procedimentale e quella processuale.

Tuttavia, come visto, il giudice amministrativo, quantomeno con riferimento al tentativo del GSE di disapplicare di fatto la normativa in questione anche attraverso ingiusti rigetti della domanda di riesame, pare essersi mosso nella giusta direzione.

Ciò fa ben sperare per le attuali e future applicazioni dell'art. 42, ad oggi, vigente ma anche per un generale ripensamento sui presupposti per l'esercizio del potere di decadenza-decurtazione all'esito dell'accertamento dell'insussistenza dei requisiti originari di ammissione all'incentivo intervenuto prima del d.l. 76/2020. Resta infatti sempre presente il problema della legittimità costituzionale di una norma (testo dell'art. 42 *ante* d.l. 76/2020) interpretata, come si è avuto modo di vedere, nel senso di riconoscere agli incentivi disposti dal GSE un regime speciale, diverso da quello generale previsto per tutti i provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

⁷⁶ Per una approfondita e puntuale ricostruzione circa l'ammissibilità dello strumento dell'interpretazione autentica nella giurisprudenza costituzionale e in quella dei giudici di Strasburgo v. per tutti G. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica nella giurisprudenza costituzionale*, op.cit., 23 ss.