



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. II

(ESTRATTO)

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA

**SUL POTERE DIMEZZATO DEL GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI:
BREVI RIFLESSIONI SUI PROFILI CRITICI DELLA LEGGE DI SANATORIA**

24 GIUGNO 2022

Alessandro Rosario Rizza
Sul potere dimezzato del Gestore dei Servizi Energetici:
brevi riflessioni sui profili critici della legge di sanatoria*

ABSTRACT. *The paper examines the new GSE's power of verification, pursuant to the "new" art. 42, par. 3, of the legislative decree n. 28/2011, with various forays on the requirements of the "law exonerating" in the constitutional jurisprudence.*

SOMMARIO: 1. La novella dell'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011: l'applicabilità dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 e la "decurtazione" degli incentivi in assenza di una grave violazione. – 2. Brevi cenni sull'interpretazione della novella nella giurisprudenza del Tar Lazio. – 3. Il nuovo art. 42, comma, 3 quale ipotesi di "sanatoria" a favore dell'operatore privato: il limite operativo dell'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della legge n. 241 del 1990 e la funzione della (nuova) "decurtazione". – 4. Due riflessioni meramente "processuali": la "necessità" ed "urgenza" del decreto legge n. 76 del 2020 e la coerenza "sistemica" dell'intervento normativo tra interesse pubblico e privato. – 4.1. *Segue.* La *ratio* della sanatoria quale parametro della sua legittimità costituzionale. – 4.2. *Segue.* Il rapporto tra "sanatoria" e la situazione giuridica pregressa. – 5. La legge in sanatoria come atto normativo espressivo di un nuovo interesse pubblico. – 6. Considerazioni conclusive sulla relazione tra la novellata disciplina ed i poteri pubblicistici del Gestore.

1. *La novella dell'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011: l'applicabilità dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 e la "decurtazione" degli incentivi in assenza di una grave violazione.*

Con un recente intervento normativo – oggetto di recentissimo *revirement* giurisprudenziale da parte del Tar del Lazio¹, che ha assoggettato l'esercizio dell'attività di verifica del Gestore Servizi Energetici ai limiti d'esercizio del potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi, contemplato dall'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 – il legislatore è intervenuto novellando l'articolo 42, comma, 3 del decreto legislativo n. 28 del 2011, in forza dell'articolo 56 del decreto legge n. 76 del 2020.

Dopo l'intervento normativo, la nuova disposizione (che in precedenza stabiliva il potere pubblicistico del Gestore di recuperare, si potrebbe dire, "sempre e comunque" i contributi corrisposti ai privati, in violazione dei requisiti di accesso richiesti dalla normativa speciale di settore, e cioè dai c.d. "conti termici") presenta oggi una nuova struttura "bifasica": la prima parte della norma va ad assoggettare il provvedimento di decadenza, successivo alla erogazione di contributi non dovuti (nel caso in cui siano accertate gravi violazioni della normativa) al rispetto dei presupposti contemplati dall'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990², fattispecie che la giurisprudenza amministrativa aveva pacificamente escluso sulla constatazione che il Gestore esercitasse, con il provvedimento di decadenza, un potere "sostanzialmente" pubblicistico, non inquadrabile *ex se* nel novero dell'atto amministrativo, ciò in quanto, ha osservato la giurisprudenza amministrativa, "il potere esercitato dal Gestore Servizi Energetici non è riconducibile al paradigma normativo dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, vertendosi in un settore speciale di attività amministrativa, preordinato



¹ Si tratta dell'orientamento a cui ha, di recente, acceduto [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#).

² "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 Gestore Servizi Energetici in presenza dei presupposti di cui all'articolo 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza degli 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".

*al conferimento di incentivi pubblici, rispetto al quale la potestà di controllo che la legge attribuisce al Gestore Servizi Energetici è autonomamente regolata*³.

La seconda parte della disposizione in esame – derogando alla prima, che continua, sebbene con i limiti visti sopra, a prevedere la facoltà del Gestore di disporre la decadenza dal contributo – stabilisce che, laddove il contributo afferisca ad impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili (e non siano presenti le gravi violazioni contenute nell'Allegato n. 1) il Gestore debba ricorrere alla decurtazione dell'incentivo in luogo della sua decadenza⁴.

La *ratio* della norma sembra ravvisabile nell'individuazione del meccanismo “*decurtazione*” quale contrappeso ai costi sostenuti dall'operatore privato per il c.d. “*efficientamento*” dell'impianto medesimo, come sembra emergere anche dalla relazione illustrativa⁵ della modifica introdotta dal legislatore.

2. Brevi cenni sull'interpretazione della novella nella giurisprudenza del Tar Lazio.

La prima parte della disposizione non sembrerebbe, sotto un profilo operativo, effettivamente innovare il quadro, né preclusiva dei poteri pubblicistici riconosciuti al Gestore, ciò in quanto – nell'attività di decadenza e conseguente recupero dell'incentivo indebitamente incamerato dall'operatore privato – sussisterebbero, si potrebbe dire *in re ipsa* (trattandosi comunque di fondi pubblici), “*le ragioni di interesse pubblico*”, cui fa riferimento l'art. 21-*nonies*, comma 1. quale condizione da valutarsi per disporre l'annullamento d'ufficio del provvedimento – restando invece impregiudicato (e questa parrebbe la vera novità dell'intervento normativo) il rispetto del termine di 12 mesi previsto per esercitare legittimamente l'autotutela.

A questa interpretazione ha acceduto quell'orientamento giurisprudenziale, sorto successivamente alla novella (che ha, come si dirà, natura retroattiva – sebbene ciò sia stato messo in dubbio da una parte della giurisprudenza⁶), per cui “*rispetto al potere del Gestore Servizi Energetici di accertamento e verifica di cui all'articolo 42 del decreto legislativo n. 28 del 2011 non ha pregio la lamentata comparazione dell'interesse pubblico con quello privato ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, trattandosi di misura distinta dal più ampio genus dell'autotutela e costituendo potere vincolato che dà luogo a decadenza dal beneficio, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva*

³ Cfr. Tar Lazio, 1° febbraio 2019, n. 1289, in cui si continua ad osservare che “*ai fini dell'esercizio del potere di decadenza, i presupposti sostanziali (interesse pubblico attuale e valutazione dell'affidamento) e temporali (termine ragionevole, comunque, non superiore a 18 mesi) alla cui sussistenza il citato articolo 21 nonies ancora la legittimità del potere di autotutela. In sintesi, il Gestore Servizi Energetici 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*”.

⁴ “*In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili, l'energia termica e il risparmio energetico, conseguente agli interventi di efficientamento degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il Gestore Servizi Energetici dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa fra il 10 e il 50 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 della metà*”.

⁵ Secondo la relazione illustrativa, che ha accompagnato la discussione dell'art. 56, commi 7 e 8, lo scopo della modifica, “*nell'attesa di una riforma organica della disciplina dei controlli degli impianti alimentati da energie rinnovabili*”, è quello di stabilire “*condizioni di certezza e stabilità per gli investimenti a lungo termine*” nel settore delle energie rinnovabili, ed imporre che il controllo sia esercitato dal Gestore con una “*adeguata ponderazione degli investimenti effettuati*”, e, di conseguenza, favorire la riduzione del contenzioso amministrativo.

⁶ In tal senso, può rammentarsi Tar Lazio, 15 marzo 2021, n. 4271, secondo cui, anche con la vigenza della nuova normativa, il potere del Gestore resta “*privo di spazi di discrezionalità e ha, al contrario, natura doverosa e vincolata, essendo volto non al riesame della legittimità di una precedente decisione amministrativa, bensì al controllo delle dichiarazioni formulate dal privato e della documentazione prodotta nell'ambito di una procedura volta ad attribuire benefici pubblici; la sussistenza di detto potere è pienamente giustificata dalla mera pendenza del rapporto di incentivazione e può pertanto essere esercitato per tutta la durata dello stesso*”.

*ex tunc di una posizione giuridica di vantaggio*⁷. Questo orientamento sembra ritenere prevalente l'interesse pubblico, che non sarebbe suscettibile di una comparazione con quello (sebbene meritevole di tutela, sotto certi punti di vista) del privato.

D'altra parte, l'arresto citato sembra superato da un *revirement*, con il quale la giurisprudenza ha inversamente stabilito che, con la novella, il Gestore dovrebbe essere chiamato ad esercitare una "nuova" valutazione delle posizioni sottese, "*tenuto conto degli interessi pubblici e privati incisi dal provvedimento di decadenza*". Ne deriverebbe che "*l'esito del procedimento non è vincolato dovendo essere rimesso alla ponderazione discrezionale degli interessi in gioco*"⁸, orientamento giurisprudenziale che collide con diverse statuizioni, che si rinvengono nella medesima sezione, le quali hanno continuato a ritenere che "*il potere del Gestore Servizi Energetici di disporre la decadenza dagli incentivi ha natura doverosa ed esito vincolato*" (Tar Roma, 12 luglio 2021, n. 8242), restando funzionale all'inveramento dell'interesse pubblico.

3. *Il nuovo art. 42, comma 3, quale ipotesi di "sanatoria" a favore dell'operatore privato: il limite operativo dell'art. 21-nonies, comma 2-bis della legge n. 241 del 1990 e la funzione della (nuova) "decurtazione"*.

Un certo orientamento giurisprudenziale ha ravvisato, nella norma in esame, la fattispecie della legge in sanatoria, e, sebbene abbia acceduto all'orientamento per cui l'interesse privato può compararsi con quello pubblico, si è dimostrata piuttosto cauta, ritenendo, che in capo al Gestore permanga ancora il carattere discrezionale della decisione, "*la valutazione della situazione di fatto e di diritto*"⁹, e, allora, un margine di manovra che gli consentirà di adattare l'interesse pubblico alle esigenze concrete.

Il nuovo regime giuridico del recupero dei contributi sembra incontrare un limite per quelli incentivi che sono stati corrisposti dal Gestore, a seguito di una "*falsa rappresentazione della realtà*", accertata con sentenza penale passata in giudicato.

L'art. 42, comma 3, – rinviando direttamente all'art. 2-nonies della legge n. 241 del 1990 – fa salva la deroga prevista dal comma 2-bis dello stesso articolo, secondo il cui disposto "*i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali*", come sembra evincersi anche dall'art. 56, comma 8, del decreto legge n. 76 del 2020, che sostanzialmente ne ha replicato il contenuto¹⁰.

Pare sollevare maggiori problemi interpretativi la seconda parte del disposto dell'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 2011, laddove ha previsto, per il Gestore, l'obbligo (e non la facoltà, come pare invece evincersi dalla giurisprudenza sopra esposta) di decurtare l'incentivo, senza

⁷ In questo senso, v. Tar Lazio, 19 luglio 2021, n. 8547.

⁸ Così, *ex multis*, [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#); in termini analoghi anche Tar Lazio, 14 ottobre 2021, n. 5503.

⁹ [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#). In termini simili si può rammentare Tar Lazio, 2 ottobre 2019, n. 11502, secondo cui "*la decisione del Gestore Servizi Energetici di far venire meno, ora per allora, gli incentivi non configura esercizio del potere di annullamento d'ufficio ai sensi dell'articolo 21-nonies della legge n. 241 del 1990*"; Tar Lazio, 19 settembre 2018, n. 9487, per cui "*l'annullamento disposto dal Gestore Servizi Energetici, insieme al recupero dei certificati bianchi già erogati, costituisce non una sanzione stricto sensu, ma una misura ripristinatoria derivante dall'accertata difformità tra il dato dichiarato e il dato reale, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni della legge n. 689 del 1989 e degli ulteriori principi di necessità, adeguatezza e proporzionalità, non conferenti con il contenuto ripristinatorio perseguito dall'articolo 11 del decreto ministeriale 5 settembre 2011*"

¹⁰ Il quale dispone, richiamando indirettamente l'art. 21-nonies, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, 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 Gestore Servizi Energetici è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna, anche non definitiva*".

disporre la decadenza *tout court*: la giurisprudenza è andata a porre l'attenzione sul carattere retroattivo della disposizione (che trova fondamento nell'art. 56, comma 8, del decreto legge n. 76 del 2020¹¹), ritenendo pacifico che venga in rilievo un'ipotesi di “legge in sanatoria”¹².

4. *Due riflessioni meramente “processuali”: la “necessità” ed “urgenza” del decreto legge n. 76 del 2020 e la coerenza “sistemica” dell'intervento normativo tra interesse pubblico e privato.*

Quest'orientamento giurisprudenziale sembra condivisibile, sul rilievo che la natura della disposizione in commento pare conforme alla definizione di sanatoria data, in tempi recedenti, dalla Corte costituzionale, secondo cui si sarebbe innanzi ad una “legge in sanatoria” laddove “l'intervento normativo” può dirsi finalizzato “a fornire copertura legislativa a precedenti atti amministrativi”¹³, che, nel caso di specie, sarebbero i provvedimenti concessori di ammissione alle tariffe incentivanti del conto termico o alla certificazione premiale (bianca e verde). Tuttavia, la natura spiccatamente retroattiva della norma introdotta dal legislatore – pur, è vero, non collidendo con il dettato costituzionale – sembra riproporre all'interprete alcuni dubbi sollevati dalla dottrina e circoscritti dalla Corte costituzionale in tema di legittimità della legge in sanatoria.

Un tassello successivo per individuare la portata della nuova disposizione – che incide su un delicato assetto di equilibri tra operatori privati e potere pubblico – sembra costituito dalla rispondenza del nuovo comma 3 ai limiti individuati dalla giurisprudenza sulla legge in sanatoria, che, laddove oltrepassati, potrebbe anche portare alla proposizione di una *quaestio* di legittimità costituzionale.

Ad una prima disamina, alcuni profili potrebbero apparire controversi, e probabilmente necessiteranno di una riflessione più ampia (e a lungo termine) da parte della giurisprudenza del Tar Lazio.

Sembrano acquisire innanzitutto rilievo due profili “processuali”: l'uno atterrebbe ad una verifica dei requisiti di “necessità” e “urgenza”, i quali, più che afferire all'atto normativo *tout court* (nel caso, lo stesso decreto legge n. 76 del 2020 – che ha introdotto la novella), andrebbero rapportati a

¹¹ Secondo cui “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 Gestore Servizi Energetici 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. Il Gestore Servizi Energetici, 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 sessanta giorni consecutivi dalla data di presentazione dell'istanza a cura del soggetto interessato. 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 Gestore Servizi Energetici è oggetto di procedimento penale in corso concluso con sentenza di condanna, anche non definitiva”.

¹² Cfr. [Tar Lazio, 8 novembre 2021, n. 11452](#), secondo cui “ad avviso del Collegio il decreto legge n. 76 del 2020 introduce dunque un procedimento di natura eccezionale, avente una finalità di sanatoria e ispirato dalla ratio di conservazione delle capacità di produzione energetica da fonte rinnovabile; tale potere pare caratterizzato dalla: doverosità; 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 sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza; 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 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 – non è di per sé sufficiente a giustificare il mantenimento della misura della decadenza 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.

¹³ [Corte cost., sent. 19 maggio 2021, n. 116](#), , annotata da F. FERRARI, *Il giudizio comparativo tra atti colpisce la fonte primaria statale: ancora su riserva di amministrazione e leggi provvedimento*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4 agosto 2020.

ciascuna disposizione in esso contenuta, dunque a quell'articolo 56, commi 7 e 8, che ha veicolato la modifica all'interno di una fonte "composita", non emessa dal legislatore *ad hoc* per disciplinare il regime di accesso agli incentivi.

In secondo luogo, restando ancora su un piano di riflessione processuale, potrebbe valutarsi la circostanza che la novella sembra aver inserito un elemento di "rottura" nel quadro normativo, in parte avvilendo i poteri pubblicistici di controllo spettanti al Gestore, che trovano inveramento nell'esercizio del potere di verifica disciplinato dall'articolo 11 del decreto ministeriale 5 settembre 2011.

Questo profilo probabilmente meriterà la dovuta attenzione, con riguardo ad un limite "operativo" della "sanatoria", giacché il suo margine di legittimità parrebbe escluso laddove "possa ritenersi che", in forza dell'intervento normativo "sia venuta meno la fonte normativa attributiva del potere che avrebbe legittimato, in conformità al principio di legalità, l'adozione degli atti" sanati, inserendosi una specie di "sbilanciamento" nella materia¹⁴. Il profilo è di estrema delicatezza, considerandosi che, da un lato, vi sono operatori economici che – è vero – hanno sostenuto spese di efficientamento energetico, ma hanno pur incamerato contributi pubblici non spettanti, dall'altro vi è un soggetto, il Gestore, che persegue un fine esclusivamente statale, volto al recupero delle tariffe incentivanti, ivi compreso il loro ricollocamento fondi anche presso quegli operatori privati che, *ex post*, non hanno avuto accesso ai benefici.

4.1. Segue. *La ratio della sanatoria quale parametro della sua legittimità costituzionale.*

Alcune riflessioni potrebbero muoversi anche sul profilo sostanziale dell'atto. Secondo la giurisprudenza, sebbene la legge in sanatoria non sia costituzionalmente preclusa in via di principio, la sua giustificazione andrebbe sottoposta ad uno scrutinio, per linee esterne, ma comunque rigoroso e stringente¹⁵, in considerazione, da un lato, della "compromissione" del potere pubblicistico *pro futuro* e, dall'altro, dal conferimento di "legittimità", attraverso una legge sanante, ad un provvedimento amministrativo nato erroneo, e percepito, anche collettivamente, come ingiusto.

Partendo dal citato rilievo, la giurisprudenza costituzionale è giunta a ritenere che una disposizione "in sanatoria" vada ritenuta illegittima, allorquando, nella sua finalità "non è dato rinvenire altra ragione che quella della sanatoria per se stessa, con l'unico scopo di stabilizzare situazioni già ritenute illegittime dal giudice amministrativo, al di fuori di ogni rapporto strumentale con la struttura e le finalità dell'ente, con effetti premiali palesemente ingiustificati"¹⁶, e questo poiché "l'intervento legislativo in sanatoria può essere ragionevolmente giustificato soltanto dallo stretto collegamento con le specifiche peculiarità del caso"¹⁷: da qui, secondo la Corte costituzionale,

¹⁴ In questo senso, da ultimo – ed in costante richiamo della precedente giurisprudenza – [Corte cost., sent. 19 maggio 2021, n. 116](#), cit., annotata da C. PINELLI, *Dallo scrutinio stretto all'omaggio al giudice amministrativo*, secondo cui "fra l'altro, riconduce l'intervento normativo nell'ambito delle leggi in sanatoria, in quanto inteso a fornire copertura legislativa a precedenti atti amministrativi; leggi in ordine alle quali questa Corte ha affermato che non sono costituzionalmente precluse in via di principio, ma che tuttavia, trattandosi di ipotesi eccezionali, la loro giustificazione deve essere sottoposta a uno scrutinio particolarmente rigoroso", in *Giur. cost.*, 2020, 1318. Analogamente v. anche [Corte cost., ord. 31 gennaio 2007, n. 381](#).

¹⁵ In questo senso, v. [Corte cost., sent. 5 febbraio 1999, n. 14](#), annotata da F.S. CANTELLA, *Il controllo sulle leggi in sanatoria: schemi di giudizio di uno scrutinio particolarmente rigoroso*, in *Giur. cost.*, 1999, 127, che ha ritenuto illegittima una norma che operava la convalida delle posizioni giuridiche ed economiche attribuite al personale dirigenziale dell'Azienda autonoma di assistenza di volo e al traffico aereo generale e le rendeva, mediante "legge in sanatoria", intangibili in sede giurisdizionale. La Corte costituzionale ha precisato che "il rimettente ha ravvisato in detta disposizione una vera e propria norma di sanatoria, incidente in modo diretto e immediato sulle posizioni dei soggetti coinvolti nel giudizio a quo, con un effetto di definitivo consolidamento dei provvedimenti oggetto d'impugnazione, perciò considerati non più contestabili in sede giurisdizionale".

¹⁶ Così G. VASSALLI, [La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa del Presidente Giuliano Vassalli](#).

¹⁷ [Corte cost., sent. 20 marzo 1995, n. 94](#), annotata da A. CERRI, *Note in tema di giustizia costituzionale*, in *Foro it.*, 1995, 1081.

risulterebbe “*arbitraria la sostituzione della disciplina generale – originariamente applicabile – con quella eccezionale successivamente emanata*”¹⁸.

Un profilo di complessità sembrerebbe derivare dall’individuazione della *ratio* perseguita dall’art. 42, comma 3: da un lato, vi è l’intento del legislatore di sostenere impianti produttivi di energia rinnovabile che, sebbene non avessero avuto accesso al regime premiale, hanno comunque prodotto energia “*pulita*”. D’altro canto, è parimenti da osservare che, a seguito della revoca dei contributi, gli impianti energetici non cesserebbero la propria attività, e dunque la produzione di energia rinnovabile non parrebbe subire, almeno sotto questo profilo, un *vulnus* effettivo: le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto che “*la previsione di contributi tariffari*” di favore costituisce “*un efficace strumento d’indirizzo della produzione energetica nazionale*”¹⁹, mentre la loro decadenza non preclude all’operatore di presentare comunque una nuova domanda di accesso per gli anni incentivati successivi.

4.2. Segue. Il rapporto tra “sanatoria” e la situazione giuridica pregressa.

Un diverso canone alla stregua del quale valutare l’ammissibilità di una legge sanante è rappresentato dal rapporto tra la nuova disciplina e la pregressa situazione giuridica. Il problema sembra derivare dall’introduzione di un meccanismo premiale dalla dubbia ragionevolezza²⁰, capace di operare a favore di quegli operatori economici che si sono resi artefici anche di raggiri (evidentemente rilevanti sotto forma di dolo contrattuale) nei confronti del Gestore.

¹⁸ In questo senso [Corte cost., 2 sent. 6 marzo 1987, n. 100](#), con nota di P. PINNA, *Lo stato d'emergenza e la giurisdizione*, in *le Regioni*, 1987, 1130, [Corte cost., sent. 5 novembre 1993, n. 402](#), con nota di C. DE MARCHIS, *La mensa nel passaggio smarcante delle Sezioni Unite alla Consulta*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1994, 109; [Corte cost., sent. 11 luglio 1991, n. 346](#), annotata da F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 2780.

¹⁹ Così Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28057.

²⁰ Sul punto, si può richiamare [Corte cost., sent. 27 ottobre 1999, n. 416](#), annotata da G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Riv. it. cost.*, 2012, secondo cui le posizioni giuridiche non possono essere lese “*da disposizioni*” – in sanatoria – “*che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti*”. Nella sentenza si scrive ancora che “*questa Corte ha più volte affermato che il divieto di retroattività della legge – pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell’ordinamento, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi – non è stato tuttavia elevato a dignità costituzionale, se si eccettua la previsione dell’articolo 25 della Costituzione, relativa alla legge penale. Al legislatore ordinario, pertanto, fuori dalla materia penale, non è inibito emanare norme con efficacia retroattiva, a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti. Tra questi la giurisprudenza costituzionale annovera l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica che, quale essenziale elemento dello Stato di diritto, non può essere leso da disposizioni retroattive, le quali trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti*”. Va peraltro detto che, sul profilo giurisdizionale, è tutt’ora pendente un regolamento preventivo di giurisdizione, in cui le Sezioni Unite sono chiamate ad individuare se l’incameramento dei contributi del Gestore, da parte di soggetti privati, sia soggetto alla giurisdizione amministrativa ovvero, in forza del noto principio dell’attrazione, alla giurisdizione contabile. In tal senso depongono anche le emesse conclusioni del Sostituto procuratore generale del 17 maggio 2021, secondo cui “*alla questione va offerta soluzione affermativa, dovendo essere data continuità all’orientamento secondo cui è configurabile un rapporto di servizio tra la pubblica amministrazione erogatrice di contributo e il soggetto privato, non solo quando il soggetto privato disponga della somma erogata in modo diverso da quello preventivato, così frustrando lo scopo perseguito dall’amministrazione, ma anche nei casi in cui quest’ultimo abbia tenuto comportamenti idonei a creare le condizioni per conseguire il finanziamento pur senza averne diritto. Tale principio conduce dunque all’affermazione della giurisdizione contabile, essendo poi questione di merito quella concernente l’esistenza del danno erariale*”.

Quale spunto di riflessione, non lontano dall'analogo orientamento dottrinale sul punto²¹, pare possa ricavarsi da [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#)²², per cui un intervento in sanatoria non sembra possa tradursi come un “*tentativo di fornire una copertura legale ad atti illeciti*”, che, peraltro, importerebbero comunque, nel caso di specie, l'incardinamento di un giudizio di responsabilità contabile innanzi alla Corte dei Conti²³. Mi pare interessante osservare come l'intervento normativo rischi di inserire un “*cortocircuito*”, poiché l'operatore privato, innanzi alla giurisdizione amministrativa, potrebbe andare esente dall'obbligo restitutorio (non potendo pronunciarsi la decadenza), ma potrebbe restare comunque soggetto all'azione contabile.

5. La legge in sanatoria come atto normativo espressivo di un nuovo interesse pubblico.

Ulteriore complessità deriva dal rilievo che la “*legge in sanatoria*”, per sua composizione, ha carattere sostanzialmente retroattivo²⁴: si ritiene che la legittimità del suo essere retroattiva dovrà trovare giustificazione nella ragionevolezza del nuovo contenuto normativo²⁵, non potendo entrare in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti²⁶.

Sotto questa visuale, una certa attenzione potrebbe meritare l'interesse pubblico al recuperare incentivi non spettandosi, alla luce della natura pubblica sia dell'ente erogatore (il Gestore²⁷), sia della risorsa corrisposta²⁸.

La Corte, tratteggiandone i requisiti, ha stabilito che la legge in sanatoria dovrà sostituire la pregressa valutazione dell'interesse pubblico (operata con la normativa abrogata, e nel caso ravvisabile nel diritto al recupero di contributi pubblici) con un nuovo valore meritevole di protezione giuridica: [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#) (²⁹) ha stabilito come “*la volontà di sanatoria, per*

²¹ Condivide questa impostazione G.U. RESCIGNO, *Sanatoria ope legis di atti invalidi – reiterabilità di disposizioni dichiarate incostituzionali*, su *Giur. cost.*, 1963, 1247, secondo cui la legge in sanatoria effettua una reale convalida dell'atto amministrativo, “*pretende di sottrarre l'atto invalido a quel controllo giurisdizionale a cui esso sarebbe sottoposto in sua mancanza*”.

²² [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#), annotata da A. MAZZITELLI, *Il principio di non inversione alla prova dei fatti*, in *Giur. cost.*, 1999, 1138.

²³ Si v. in tal senso Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26282 e Cass. civ., 1° marzo 2006, n. 4511. Il che si fonda sul principio secondo cui la giurisdizione della Corte dei conti sussiste tutte le volte in cui sia necessario accertare la sussistenza di un danno erariale (Corte conti, sez. giur., 4 dicembre 2019, n. 613), rilevando il fatto che i contributi non sarebbero oggettivamente spettati all'operatore percipiente.

²⁴ La tematica della retroattività della legge, al di fuori del perimetro penale, è ricca di interventi approfonditi che affrontano l'argomento sia da un punto di vista generale, prendendo le mosse dalle teorie sulla legge interpretativa, sia con riferimento a singole fattispecie. Per un'ampia disamina casistica e dottrinale sull'argomento si può vedere V. MASTROIACOVO, *Esiste davvero la legge di interpretazione autentica?* su *Riv. dir. trib.*, 2012, 514.

²⁵ In tal senso, [Corte cost., sent. 7 giugno 1999, n. 229](#), su cui v. A. PUGIOTTO, *Una vicenda esemplare in tema di interpretazione autentica e materia tributaria*, in *Giur. cost.*, 1999, 2083.

²⁶ In tal senso sempre [Corte cost., sent. 27 ottobre 1999, n. 416](#), cit.

²⁷ Si può vedere in tal senso l'art. 4, comma 1, dello Statuto, secondo cui “*la società ha per oggetto l'esercizio delle 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 di cui all'articolo 3, commi 12 e 13 e di cui all'articolo 11, comma 3 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 e successive modifiche e integrazioni*”.

Quanto detto è stato peraltro confermato anche dal giudice di legittimità, in particolare modo da Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 2014, n. 4326; Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28057 e Cass. civ., sez. un., 10 aprile 2019, n. 10020. Inoltre, Cass. civ., sez. un., 7 maggio 2019, n. 11932 ha, sul punto, ancora specificato che “*il Gestore dei Servizi Energetici va equiparato alle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 7, secondo comma del Codice di procedura civile*”:

²⁸ In tal senso, v. Tar Lazio, 11 agosto 2020, n. 9516, secondo cui al Gestore Servizi Energetici compete “*una doverosa attività di controllo finalizzata alla corretta erogazione di contributi pubblici*”. In termini analoghi, Tar Lazio, 2 ottobre 2019, n. 11502 e Cons. Stato, 12 aprile 2019, n. 2380, secondo cui le somme corrisposte dal Gestore rappresentano “*incentivi pubblici*”.

²⁹ [Corte cost., sent. 14 aprile 1999, n. 141](#), cit., su cui v. A. CERRI, *Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buona andamento della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1999, 1136. Con la citata sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'articolo 3 della legge approvata dalla Regione Sicilia 29 ottobre 1997 (“*Rideterminazione delle dotazioni organiche del*

poter legittimamente superare una precedente valutazione dell'interesse pubblico già operata dalla legge, deve essere sostenuta dall'assunzione di altro interesse pubblico, non irragionevolmente idoneo a giustificare il contrasto che viene a crearsi tra due diverse manifestazioni di volontà legislativa. Ma nulla invece risulta né dal testo oscuro della legge né dai lavori preparatori. Questi ultimi testimoniano anzi che l'articolo in esame è stato approvato senza contrasto, senza illustrazione o qualsivoglia discussione, come emendamento riguardante tutt'altra materia (la copertura finanziaria). La questione risulta pertanto palesemente fondata". Come sopra accennato, la nuova disciplina andrebbe a tutelare, in modo prevalente, l'interesse privato, rappresentando un contrappeso per le spese sostenute per l'efficientamento di un sistema ecosostenibile, anche considerando la recente crisi del settore, che ha condotto il legislatore anche a valutare, con leggi-provvedimento, la possibilità di dissequestrare impianti fotovoltaici che, sebbene non in regola sotto il profilo contabile (avendo avuto accesso a incentivi destinati a impianti di diverse dimensioni e potenza) sono, nondimeno, funzionanti ed ecosostenibili.

6. Considerazioni conclusive sulla relazione tra la novellata disciplina ed i poteri pubblicistici del Gestore.

L'attenzione andrebbe ancora posta sulla circostanza che il nuovo art. 42, comma 3, appare effettivamente introdurre, per richiamare l'espressione utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale, una disposizione *"retroattivamente innovativa rispetto alla precedente disciplina ed emanata (...) con l'intenzione di incidere su giudizi in corso, così violando valori costituzionalmente tutelati"* ⁽³⁰⁾, ascrivibili alla trasparenza, efficienza ed efficacia dell'attività della pubblica amministrazione, oltre che nell'inveramento del principio, ormai assunto a rango eurounitario, di eguaglianza tra operatori, garantendo l'effettivo accesso ai contributi in favore dei soggetti che soddisfano i parametri normativi richiesti. Un quadro previgente ispirato alla certezza del diritto, dove al Gestore risultava precluso l'esercizio di un potere discrezionale (fondandosi la decadenza su valutazioni tecniche), che, adesso, dovrebbe invece esercitare per l'individuazione del valore percentuale di decurtazione.

Né la "legge in sanatoria" pare essere intervenuta per risolvere un dubbio ermeneutico o per espungere una disciplina irragionevole, ulteriori requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale ai fini della validità di una disposizione retroattiva: solo in tal caso, la norma potrebbe trovare applicazione nei giudizi in corso ⁽³¹⁾, essendosi osservato che *"la legge insomma può intervenire retroattivamente onde eliminare istituti la cui sopravvivenza si ritenga irrazionale ovvero incidere sulla tutela giurisdizionale diretta ad applicare il diritto oggettivo (...) l'effetto sul contenzioso in corso, trova una giustificazione nell'esistenza di un obiettivo dubbio ermeneutico in sede giurisdizionale e dottrinale"* ⁽³²⁾.

Nel caso in commento, l'intervento normativo si pone in violazione di un orientamento giurisprudenziale granitico, che aveva ritenuto il potere pubblicistico di verifica degli impianti non rapportabile all'autotutela amministrativa, poiché calibrato su specifiche esigenze, sicché una legge in sanatoria di questo tipo potrebbe anche collidere con l'ambito di separazione dei poteri³³ tra legislatore e giudiziario.

ruolo tecnico dei beni culturali ed ambientali e disposizioni in materia di catalogazione informatizzata dei beni culturali") con cui si sanava l'utilizzazione di fondi da parte di enti aventi finalità di carattere culturale.

³⁰ [Corte cost., sent. sent. sent. 7 giugno 1999, n. 229](#), cit.

³¹ Il che trova conferma in [Corte cost., 22 febbraio 1999, n. 44](#), s.n., secondo cui la disposizione può essere retroattiva ed incidere su giudizi pendenti allorquando si ha la *"sopravvivenza, sia pure limitata, di un istituto che si è voluto espungere radicalmente dall'ordinamento proprio in relazione alla sua intrinseca irrazionalità ed agli effetti sperequativi che andava determinando"*, ipotesi non conferente al caso di specie. In termini analoghi anche [Corte cost., sent. 24 marzo 1994, n. 105](#).

³² G. VASSALLI, [La giustizia costituzionale nel 1999. Conferenza stampa del Presidente Giuliano Vassalli](#), cit..

³³ Individua questa ulteriore problematica, sulle leggi in sanatoria, G.U. RESCIGNO, *Sanatoria*, cit., 1254-1257.

In conclusione, dal nuovo impianto normativo, sembrerebbe emergere un'arbitrarietà nella sostituzione della pregressa disciplina, ispirata ad un *favor* pubblico, con quella convalidante, senza potersi, almeno allo stato, ravvisarsi un'evidente ragione per cui situazioni, già considerate all'unisono illegittime e spesso risultato di raggiri a danno della Pubblica Amministrazione, vengano, oggi, sanate.