



Carta, penna e diritto

Massimo Ragazzo
Studio Gerosa,
Sollima e Associati

I poteri sanzionatori del Gse: illegittima la sanzione interdittiva decennale

La Corte costituzionale, con sentenza 10 marzo 2017, n. 51, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 23, comma 3, del D.lgs 3 marzo 2011, n. 28, che dispone la sanzione interdittiva dell'esclusione per la durata di dieci anni dalla concessione di incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili a carico dei 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 e mendaci. Analoga sorte è toccata all'art. 43, comma 1, dello stesso decreto.

La Consulta censura tali norme per violazione dell'art. 76 Cost., in quanto hanno introdotto una misura interdittiva "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". La misura

interdittiva censurata sarebbe inoltre, a giudizio della Corte, in manifesto contrasto con "i principi di proporzionalità e adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore". La sentenza in commento offre l'occasione per un esame dei poteri sanzionatori del Gse in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili e di alcuni profili di criticità degli stessi, solo in parte affrontati dalla Corte.

I poteri sanzionatori del Gse

I poteri sanzionatori conferiti al Gse in materia di incentivi trovano fondamento nel decreto legislativo n. 28 del 3 marzo 2011, con cui è stata data attuazione alla direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, e ciò sulla base della delega e dei principi contenuti

nella legge n. 96 del 4 giugno 2010.¹

In attuazione della delega conferita, l'art. 42 del decreto 28/2011 ha introdotto una specifica disciplina dei controlli e delle sanzioni che il Gse è chiamato a comminare nell'esercizio delle funzioni allo stesso attribuite in via esclusiva in materia di erogazione degli incentivi nel settore termico ed elettrico. In particolare, ai sensi dell'art. 42, comma 3, qualora nell'ambito dei controlli eseguiti vengano riscontrate violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il Gse ha il potere di disporre, in via alternativa: il rigetto della relativa istanza di erogazione degli incentivi ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate e la trasmissione all'Autorità dell'esito "degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni (pecuniarie da euro 2.500 ad euro 150.000) di cui all'art. 2, comma 20 lett. c) della l. 14 novembre 1995, n. 481". L'art. 23, comma 3, del decreto n. 28/2011, ha inoltre previsto un'ulteriore tipologia di sanzione, censurata dalla Corte con la sentenza in commento, che va ad aggiungersi a quelle precedentemente indicate (rigetto

¹ A norma dell'art. 3 della legge comunitaria 2009, il Governo è stato delegato ad adottare disposizioni recanti sanzioni, penali o amministrative, per le violazioni di obblighi contenuti in direttive comunitarie, per il tramite di successivi decreti legislativi da emanarsi nel rispetto dei principi e dei criteri fissati dall'art. 2, comma 1 lett. c) della stessa legge delega. In particolare la norma dispone che le sanzioni: siano determinate sulla loro entità; tengano conto della diversa gravità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto; tengano conto delle specifiche qualità personali del colpevole; siano quelle che impongono particolare attenzione, sorveglianza, controllo o vigilanza; siano di natura patrimoniale che gravano sul colpevole ovvero sulla persona a cui interesse egli agisce; siano applicate anche a quelle eventuali violazioni delle leggi vigenti per violazioni particolarmente offensive.



istanza o decadenza dagli incentivi con recupero di quelli già erogati). In particolare, ai sensi della norma citata, non hanno diritto 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.

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, nonché: al legale rappresentante che ha sottoscritto la richiesta; al soggetto responsabile dell'impianto; al direttore tecnico; ai soci, se si tratta di società in nome collettivo; ai soci accomandatari, se si tratta di società in accomandita semplice; agli amministratori con potere di rappresentanza, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

Il successivo art. 43 del decreto n. 28/2011 (recante "Disposizioni specifiche per l'attuazione dell'articolo 2-sexies del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 2010, n. 41") dispone che, fatte salve le norme penali, qualora sia stato accertato che i lavori di installazione dell'impianto fotovoltaico non sono stati conclusi entro il 31 dicembre 2010, a seguito dell'esame della richiesta di incentivazione ai sensi del comma 1 dell'articolo 2-sexies del decreto-legge 25 gennaio 2010, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 2010, n. 41, e successive modificazioni, il Gse rigetta l'istanza di incentivo e dispone contestual-

mente l'esclusione dagli incentivi degli impianti che utilizzano anche in altri siti le componenti dell'impianto non ammesso all'incentivazione. Con lo stesso provvedimento il Gse dispone l'esclusione dalla concessione di incentivi per la produzione di energia elettrica di sua competenza, per un periodo di dieci anni dalla data dell'ac-

L'indebita prenotazione di capacità di rete

certamento, della persona fisica o giuridica che ha presentato la richiesta, nonché degli stessi soggetti indicati dal su riportato art. 23. Ora, per comprendere appieno la portata delle suindicate disposizioni, sembra opportuno richiamare i passaggi normativi da cui traggono origine.

Ebbene, né la Direttiva 2001/77, che ha trovato attuazione in Italia col D.Lgs n. 387/2003, né la successiva Direttiva 2009/28/CE avevano previsto forme di sanzione nei confronti dei produttori di

energia ricavata da fonti rinnovabili, preoccupandosi piuttosto di garantirne l'accesso prioritario alla rete e l'equa remunerazione dell'investimento, anche attraverso la previsione di obblighi e sanzioni a carico dei gestori di rete che dovevano favorirne la connessione (art. 14).

Anche con i successivi decreti (del 2005, 2006 e 2007), i competenti Ministeri (dello Sviluppo economico e dell'Ambiente, del territorio e del mare), hanno definito le tariffe incentivanti per gli impianti di conversione fotovoltaica della

fonte energetica solare, disciplinando i presupposti e le modalità per l'ammissione al relativo beneficio, ma senza introdurre alcuna forma di sanzione nei confronti dei produttori di energia ricavata da fonti rinnovabili.

Più recentemente, sempre in un'ottica diversa da quella lato sensu sanzionatoria, e cercando piuttosto di intervenire in termini coerenti, adeguati e proporzionati ai surriferiti obiettivi di effettiva promozione delle nuove fonti energetiche, al fine di prevenire



e contrastare (soltanto) l'indebita prenotazione di capacità di rete per impianti alimentati da fonti rinnovabili per impianti improduttivi, il legislatore ha, per un verso, previsto una garanzia fideiussoria (art. 1 quinquies della l. n. 129/2010) e, per l'altro, ha demandato all'Aeegsi la definizione di regole dirette a evitare tali fenomeni di prenotazione per gli impianti per i quali non si fossero verificate entro tempi definiti le condizioni di concreta realizzabilità delle iniziative, anche con riferimento alle richieste di connessione già assegnate (art. 1 septies).

Nulla di più.

Fino al nuovo decreto attuativo della direttiva 2009/28/CE, la logica del legislatore primario era stata dunque chiara e costante, oltre che perfettamente proporzionata agli obiettivi perseguiti dall'UE: per promuovere la produzione di energia da fonti rinnovabili fotovoltaiche, gli impianti "connessi o comunque pronti" al 31 dicembre 2010 sono ammessi a godere di tariffe incentivanti.

Naturalmente, se, contrariamente a quanto dichiarato, non fossero risultati "pronti all'installazione" alla medesima data, non potevano essere ammessi alla tariffa (secondo la generalissima logica della decadenza – *rectius* non ammissione – per accertamento dell'insussistenza dei presupposti, che presiede all'ammissione a qualsiasi procedura, attività, beneficio).

Ora, il principio di *sincerità* (al quale indubbiamente si legano quelli della certezza giuridica e dell'affidamento) esclude che si possa essere esposti a misure di tipo repressivo o interdittivo che al momento in cui veniva tenuto il



comportamento contestato non erano previste; ogni conseguenza dell'inosservanza del dovere di sincerità, per essere coerente alle regole di *fair play* che devono analogamente e a maggior ragione contraddistinguere l'operato della parte contrattualmente forte, deve essere "prevedibile e proporzionata".

Orbene, se questo è vero, non poteva dirsi certamente rispondente a questi canoni la gravissima sanzione interdittiva introdotta dal citato art. 43, gravante oltretutto a titolo oggettivo a carico di soggetti che neppure avevano reso alcuna falsa o mendace dichiarazione e che, affatto imprevedibilmente e a prescindere dalla stessa entità della "distoria" tra il dato accertato e quello rappresentato, rischiavano di vedersi esclusi dal godimento di benefici tariffari per un intero decennio e dunque di fatto impediti ad attivare proficuamente l'attività produttiva in cui avevano investito. La violazione dei canoni di correttezza imposti dal contratto sociale era di piana evidenza.

La decisione della Consulta.

Ebbene, la Corte Costituzionale ha cassato, per eccesso di delega (violazione dell'art. 76 Cost.) la sanzione interdittiva introdotta dagli artt. 23, comma 3, e 43, comma 1, del d.l.vo n. 28 del 2011, tenendo però ad evidenziare, per inciso, che l'art. 42, comma 3, del decreto n. 28/2011 non è stato «raggiunto da censura in alcuna delle ordinanze di rimessione», quasi a lasciare intendere che se ciò fosse avvenuto, il giudizio di incostituzionalità avrebbe potuto riguardare anche tale norma.

Invero, come rammentato, in sede di attuazione della delega contenuta nella legge comunitaria 2009, il legislatore avrebbe dovuto rispettare i principi ed i criteri direttivi

posti dall'art. 2, introducendo delle sanzioni che fossero determinate nella loro entità e soprattutto che tenessero conto: (i) della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto; (ii) delle specifiche qualità personali del colpevole e (iii) del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente

La Corte Costituzionale ha cassato la sanzione interdittiva

nel cui interesse egli agisce.

Senonché, l'attuale sistema sanzionatorio – anche all'esito dell'intervento della Corte costituzionale – appare piuttosto rigido ed in taluni casi eccessivamente penalizzante per l'operatore, che a fronte di una qualsiasi irregolarità eventualmente riscontrata in sede di verifica da parte del Gse (sia pur solo documentale o di carattere tecnico) e a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'elemento soggettivo (equiparandosi, di fatto, il dolo o la colpa grave alla semplice imperizia e persino al mero errore materiale), rischia di vedersi revocati gli incentivi da parte del GSE, con conseguente perdita integrale dell'investimento realizzato, oltre ad essere chiamato a rimborsare anche gli incentivi già percepiti, con una potenziale sproporzione tra la violazione commessa e la sanzione comminata.

Né tale criticità sembra essere stata superata a seguito della introduzione della disciplina di cui al d.m. 31 gennaio 2014, posto che, a fronte di una corretta, preventiva individuazione di specifiche fattispecie di violazioni rilevanti (v. Allegato 1 al decreto), cui consegue il rigetto dell'istanza o

la decadenza dagli incentivi, la mancata tassatività di tale elencazione rende indeterminato ed indeterminabile l'ambito di applicazione delle suddette sanzioni da parte del GSE. In particolare, la «clausola di salvaguardia» di cui all'art. 11 del decreto non solo pare privare di utilità la stessa elencazione delle violazioni rilevanti (che assumerebbe solo funzione esemplificativa), ma si pone in contrasto con lo stesso decreto n. 28/2011, in attuazione del quale è stato emanato il decreto. L'art. 42 del D.Lgs n. 28 del 2011, difatti, richiedeva al Ministero dello svi-

luppo economico, fra le altre cose, di stabilire "le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale" ed "in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità", senza lasciare spazio a norme di chiusura che consentissero al Gse di applicare sanzioni in casi ulteriori e diversi da quelli che avrebbero dovuto essere tassativamente indicati.

Peraltro, la mancata tassatività dell'elencazione delle violazioni rilevanti, al fine dell'applicazione delle sanzioni descritte, apre la strada alla violazione da parte del GSE del divieto di analogia, pure applicabile alle sanzioni amministrative ai sensi dell'art. 1 della legge n. 689 del 1981.

In conclusione, l'attuale sistema sanzionatorio disciplinato dal D.Lgs n. 28 del 2011 sembra presentare ulteriori profili di incostituzionalità, per violazione dell'art. 76 Cost., rispetto a quelli su cui è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale con la sentenza in commento, e pare non essere coerente con il principio di legalità enunciato dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981. ■