

LE NORME SULLO “SPALMA INCENTIVI” TRA INCOSTITUZIONALITÀ E VIOLAZIONE DEL DIRITTO SOVRANAZIONALE*.

di Francesco Saverio Marini** e Andrea Sticchi Damiani***

43

Tra le pieghe del d.l. n. 91/2014 (c.d. “decreto competitività” o “decreto crescita”), convertito con modificazioni in l. n. 116/2014, possono rinvenirsi alcune norme in tema di incentivazione della produzione di energia elettrica da impianto foto voltaico che, per quanto in sé di carattere “settoriale”, sollecitano alcune, più generali, considerazioni di ordine costituzionalistico con riguardo alla loro legittimità.

Non si intende tanto alludere al contenuto variegato dell’atto normativo, che pure sembra rilevabile dal momento che esso interviene in ambiti caratterizzati da una correlazione quanto meno dubbia (dall’agricoltura al rischio idrogeologico, dalla cattura degli uccelli alle agevolazioni alle imprese, per citarne alcuni) e non appare, pertanto, contraddistinto da quella omogeneità che la Corte costituzionale ha ritenuto indispensabile, a partire dalle sentt. nn. 171/2007 e 128/2008, ai fini della legittimità della decretazione d’urgenza.

Si vuole piuttosto, in questa sede, richiamare l’attenzione sulla specifica disciplina recata dal d.-l. n. 91/2014 in tema di “interventi sulle tariffe incentivanti dell’elettricità prodotta da impianti fotovoltaici”. Com’è noto, il sistema di incentivazione previsto per l’energia prodotta da impianti solari fotovoltaici è stato introdotto nell’ordinamento italiano a seguito del recepimento della Direttiva 2001/77/CE ad opera del d.lgs. n. 387/2003, e successivamente ridefinito con il d.lgs. n. 28/2011 in recepimento della Direttiva 2009/28/CE. Il meccanismo incentivante così disegnato prevede la corresponsione, da parte del Gestore dei servizi energetici (GSE, una società per azioni controllata dal Ministero dell’Economia e delle finanze) in base all’energia prodotta, di una tariffa fissata con decreto ministeriale. I termini e le modalità di corresponsione delle tariffe incentivanti vengono definiti

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo-.

** Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Roma Tor Vergata.

*** Avvocato Cassazionista.

mediante appositi contratti di diritto privato stipulati tra il GSE e i titolari degli impianti, secondo quanto prescritto dall'art. 24, comma 1, lett. d), del citato d.lgs. n. 28/2011.

L'art. 26 del d.-l. n. 91/2014, come modificato dalla legge di conversione, interviene su tali tariffe allo scopo, precisato al comma 1, di "ottimizzare la gestione dei tempi di raccolta ed erogazione degli incentivi e favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili". In particolare, mentre al comma 2 si dettano regole sulla tempistica di erogazione delle tariffe da parte del GSE relative a tutti gli impianti, il comma 3 dell'art. 26 stabilisce, per i soli impianti con potenza nominale superiore a 200 kW, una "rimodulazione" dell'incentivo: ossia, una riduzione di esso rispetto a quanto stabilito nei precedenti atti normativi e, sulla loro base, nei contratti di diritto privato già in essere tra singoli operatori e GSE.

In base alla disposizione in esame, la riduzione di qua dovrà applicarsi a partire dal 1° gennaio 2015, secondo una delle tre modalità stabilite dal legislatore (alle lettere, rispettivamente, a), b) e c) dello stesso art. 26, comma 3), la cui scelta è rimessa al titolare dell'impianto e andava comunicata al GSE entro il 30 novembre 2014. Le possibili opzioni di "rimodulazione" sono, in sintesi, le seguenti: a) una "spalmatura" dell'incentivo su 24 anni, invece che sugli attuali 20, con

riduzione percentuale della tariffa incentivante; ovvero, b) fermo restando il periodo ventennale, una rimodulazione percentuale degli incentivi secondo un meccanismo che vede, in un primo periodo, e cioè fino al 2019, una riduzione percentuale, e in un secondo periodo, una maggiorazione nella stessa misura percentuale di cui alla precedente riduzione; oppure, infine, c) fermo restando il periodo ventennale, una riduzione percentuale già definita e scaglionata in base alla potenza dell'impianto (dal 6 all'8 per cento). Nel caso in cui il titolare dell'impianto non

abbia comunicato entro la data stabilita l'opzione riduttiva preferita, il GSE è tenuto ad applicare l'ultima tra quelle elencate.

Volendo inquadrare dal punto di vista dell'efficacia l'intervento normativo appena descritto, esso si contraddistingue per due aspetti: la sua natura provvedimentale ed il suo carattere retroattivo. Quanto al primo aspetto, se ci si attiene alla non particolarmente controversa definizione di legge-provvedimento quale atto che stabilisce norme per singoli casi, esso sembra ricorrere nella circostanza di specie. La disciplina, infatti, è diretta ad una determinata cerchia di destinatari, cioè coloro che siano già beneficiari delle tariffe

incentivanti sull' energia elettrica prodotta da impianti solari fotovoltaici di potenza nominale superiore a 200 kW; inoltre, essa è auto-applicativa, nella misura in cui impone ai suddetti beneficiari di esercitare una delle tre opzioni di riduzione previste, entro un termine predefinito, e prevede l'applicazione automatica della terza alternativa nel caso di mancato esercizio dell'opzione.

Ma altrettanto chiara appare la portata sostanzialmente retroattiva della previsione.

Nonostante, infatti, la norma possa a prima vista qualificarsi come destinata ad operare pro futuro (a partire dal 1° gennaio 2015), in realtà essa, obbligando gli operatori del settore a scegliere tra una delle tre alternative di riduzione dell'incentivo loro riconosciuto, produce una evidente modifica ex lege di situazioni giuridiche già determinatesi: mirando a variare d'imperio le condizioni alle quali l'incentivo era già stato assegnato, l'art. 26, comma 3, d.-l. n. 91/2014 incide su rapporti di durata già costituiti e regolamentati da contratti di diritto privato.

Si tratta a questo punto di valutare se tale regolazione, provvedimentale e retroattiva, risulti conforme rispetto ai parametri costituzionali. L'esito di questa valutazione – si può anticipare – sembra debba essere di segno negativo.

La prima considerazione da cui occorre prendere le mosse concerne la natura sostanzialmente retroattiva della norma in esame. Secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, gli atti normativi primari aventi carattere retroattivo debbono soggiacere ad uno scrutinio di legittimità più stringente. Sebbene la Costituzione, com'è noto, limiti il divieto di discipline retroattive soltanto alle norme penali incriminatrici, la Corte ha comunque escluso che al di fuori di tale ambito il legislatore possa incidere, senza alcuna forma di vincolo, su assetti giuridici già definiti, modificandoli o travolgendoli a proprio arbitrio. Nella prospettiva in cui la Corte si è venuta collocando, anzi, il divieto di retroattività della legge costituisce un "fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore ordinario deve in principio attenersi"; le deroghe a tale principio sono ammissibili, secondo questa giurisprudenza, "purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti" (in questi termini, ad es., la sent. n. 274/2006). E tra i limiti, individuati dalla stessa Corte, alla legittimità di discipline legislative retroattive si colloca il "principio generale" della "tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico" (così la

sent. n. 525/2000).

Proprio il “principio generale” del legittimo affidamento, invero, sembra essere di ostacolo al riconoscimento della legittimità costituzionale del disposto dell’art. 26 d.-l. n. 91/2014. Ove si esamini la posizione dei titolari di impianti fotovoltaici interessati dalla disciplina in esame, se ne può ragionevolmente trarre che costoro abbiano realizzato gli impianti medesimi, nonché concluso e contrattualizzato il proprio rapporto con l’Amministrazione, al fine di ottenere gli incentivi normativamente previsti; in una simile situazione, pare arduo negare che il soggetto privato non debba beneficiare della tutela che gli deriva dall’affidamento, legittimamente posto, sulla certezza che quel rapporto giuridico non avrebbe subito modifiche unilaterali ed imperative ad opera della parte pubblica. Detto altrimenti, la scelta degli operatori di effettuare l’investimento nel fotovoltaico e di stipulare il conseguente accordo di diritto privato con il GSE è evidentemente dipesa anche (o forse soprattutto) dall’ammontare degli incentivi riconosciuti secondo la normativa al tempo vigente. Soltanto così, peraltro, può considerarsi adeguatamente protetta la libertà contrattuale del privato desumibile in via generale dall’art. 41 Cost., la quale necessariamente include la facoltà di non accettare condizioni deteriori, se ovviamente conosciute o conoscibili al momento di effettuare l’investimento e di contrarre i relativi oneri.

L’interpretazione che si propone, del resto, pare essere confermata da ulteriori, più specifiche pronunce della giurisprudenza costituzionale, la quale ha evidenziato in più occasioni come la tutela dell’affidamento assuma rilevanza ancor maggiore proprio nel caso in cui l’intervento normativo incida sulle condizioni essenziali del contratto. In particolare, affermato che in questi casi – per l’appunto – “non può escludersi la sostanziale retroattività di tale modifica” (sent. n. 206/2009), la Corte ha espressamente riconosciuto, nella sent. n. 92/2013, che “l’affidamento appare qui, in altri termini, rivolto non tanto alle astratte norme regolative del rapporto o alla relativa loro ‘sicurezza’, quanto, piuttosto, al contenuto concreto dell’accordo e dei reciproci e specifici impegni assunti dalle parti al momento della stipula della convenzione [...]: impegni sulla cui falsariga, come accade in ogni ordinaria dinamica contrattuale, si sono venuti a calibrare i rispettivi oneri di ordine anche economico, oltre che le corrispondenti aspettative”. Pertanto, prosegue la Corte nella stessa pronuncia, una successiva variazione normativa di tali condizioni contrattuali è idonea a generare “una sorta di novazione, sotto più di un profilo, del rapporto intercorrente

tra le parti”, rapporto che risulta “così, in itinere, stravolto in alcuni dei suoi elementi essenziali, al di fuori, peraltro, di qualsiasi meccanismo di concertazione e di accordo”. La stessa giurisprudenza non manca di specificare, infine, che le variazioni contrattuali unilateralmente introdotte dal legislatore non potrebbero trovare una ragionevole giustificazione neppure in “una generalizzata esigenza di contenimento della finanza pubblica”, la quale non può “risultare, sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente, legittimata a determinare la compromissione di diritti maturati o la lesione di consolidate sfere di interessi” (così la sent. n. 92/2013; in senso non dissimile v. anche le sentt. nn. 399/2008, 24/2009; 160/2013).

A quanto detto può aggiungersi che argomentabili sospetti di illegittimità costituzionale gravano sulla norma in esame anche sotto il profilo della sua compatibilità con il diritto derivato dell’Unione europea. In particolare, desta più di qualche perplessità la sua conformità ai contenuti della Direttiva 2009/28/CE, recepita nel nostro ordinamento – come dianzi accennato – mediante il d.lgs. n. 28/2011.

Al riguardo, v’è da dire anzitutto che le previsioni dell’atto normativo europeo che più sembrano stridere con l’art. 26 d.-l. n. 91/2014 non sono incluse nell’articolo in senso stretto, ma si collocano nei “considerando” che lo precedono, in particolare i nn. (25), (8) e (14). Si tratta di una constatazione, tuttavia, che non vale ad escludere la rilevanza del contrasto e la conseguente illegittimità della norma interna. È da ritenersi oramai acquisito, infatti, che i preliminari “considerando” degli atti dell’Unione europea non possono essere considerati privi di efficacia giuridica, tanto che non sono rari i casi in cui sono stati posti dal giudice dell’Unione a fondamento delle proprie decisioni. Può ricordarsi, in proposito, la recente sentenza della Corte di Giustizia, sez. II, del 12 giugno 2014, causa C-377/2013, la quale basa la decisione proprio sulla violazione di due “considerando” di una Direttiva.

Chiarito ciò, va rilevato come nel “considerando” (25) la Direttiva 2009/28/CE individui l’obiettivo di “garantire il corretto funzionamento dei regimi di sostegno nazionali, come previsti dalla direttiva 2011/77 CE, al fine di mantenere la fiducia degli investitori e permettere agli Stati membri di elaborare misure nazionali efficaci per conformarsi al suddetto obiettivo”. Inoltre, nel “considerando” (8) si sottolinea la necessità di “creare la stabilità a lungo termine di cui le imprese hanno bisogno per effettuare investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili”, mentre nel (14) viene

evidenziata l'obbligatorietà, tra gli obiettivi nazionali, di "creare certezza per gli investitori".

Il quadro normativo di riferimento di matrice europea va integrato, altresì, con la previsione dell'art. 23 d.lgs. n. 28/2011, attuativo della Direttiva, che nel dettare i principi generali in materia di sostegno agli investimenti nelle rinnovabili, ha esplicitato, tra l'altro, che "la nuova disciplina stabilisce un quadro generale volto alla promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica [...], attraverso la predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione", aggiungendo che "costituiscono ulteriori principi generali dell'intervento di riordino e di potenziamento dei sistemi di incentivazioni la gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti effettuati e la proporzionalità degli obiettivi". Ancor più incisivamente, il successivo art. 24, nel dettare i criteri generali per i nuovi meccanismi di incentivazione, ha stabilito che "l'incentivo resta costante per tutto il periodo di diritto e può tener conto del valore economico dell'energia prodotta".

Emerge con sufficiente chiarezza da quanto appena richiamato che, sia la disciplina dell'Unione in materia, sia l'atto nazionale di sua attuazione, mirino in maniera esplicita all'obiettivo della salvaguardia della "certezza per gli investitori" e della "stabilità nel tempo degli investimenti"; un simile obiettivo, però, risulterebbe difficilmente perseguibile ove non venisse assicurata la stabilità nel tempo, anche rispetto al quantum, dei sistemi di incentivazione. Anche alla stregua di tali parametri normativi, quindi, non pare agevole sostenere la legittimità della variazione retroattiva dei meccanismi di incentivazione operata dalla vigente formulazione dell'art. 26 d.l. 91/2014.