



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale xxxx del 2014, proposto da: xxxx; tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti prof. Valerio Onida, prof. Barbara Randazzo e prof. Francesco Sciaudone, elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Patrizio Ivo D'Andrea in Roma, Lungotevere Raffaello Sanzio n. 9;

contro

Ministero dello sviluppo economico, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato; GSE - Gestore dei servizi energetici s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Carlo Malinconico, Stefano Malinconico, Maria Antonietta Fadel e Antonio Pugliese, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 284;

per l'annullamento

- del d.m. 16.10.14, recante "Approvazione delle modalità operative per l'erogazione da parte del Gestore Servizi Energetici s.p.a. delle tariffe incentivanti per l'energia

elettrica prodotta da impianti fotovoltaici in attuazione dell'articolo 26, comma 2, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116”;

- del d.m. 17.10.14, recante “Modalità per la rimodulazione delle tariffe incentivanti per l'energia elettrica prodotta da impianti fotovoltaici, in attuazione dell'articolo 26, comma 3, lett. b), del decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116”;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

previa, in quanto occorra,

rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 26 d.l. n. 91/2014, in riferimento agli artt. 3, 41 e 77 Cost., nonché in riferimento all'art. 117, 1° co., Cost. in relazione all'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU, al Trattato sulla Carta europea dell'energia; e alle norme di diritto europeo comunitario di cui alle direttive nn. 2001/77/CE, 2009/28/CE e 2011/7/UE, al medesimo Trattato sulla Carte europea dell'energia sottoscritto anche dall'Unione europea, nonché al principio di libera circolazione dei capitali e all'art. 63 TFUE, agli artt. 16, 17 e 37 della Carta fondamentale dei diritti dell'UE, nonché ai principi europei comunitari di effettività, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento;

ovvero, in alternativa,

per l'annullamento degli anzidetti provvedimenti “in quanto contrastanti con le norme di diritto europeo comunitario direttamente applicabili di cui alle direttive 2001/77/CE, 2009/28/CE e 2011/7/UE, disapplicando l'art. 26, commi 2 e 3, d.l. n. 91/2014

previo, in quanto occorra,

rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 19 marzo 2015 il cons. M.A. di Nezza e uditi i difensori delle parti come da verbale;

Visto l'art. 36, co. 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 4.12.2014 (ritualmente depositato), le società e gli imprenditori in epigrafe, nel premettere di essere tutti titolari di uno o più impianti fotovoltaici di potenza superiore a 200 kW e di altrettante convenzioni ventennali stipulate con il Gestore dei servizi energetici per il riconoscimento della tariffa incentivante prevista per l'energia elettrica da conversione fotovoltaica della fonte solare, hanno chiesto l'annullamento dei decreti ministeriali del 16 e del 17 ottobre 2014 con cui è stata data attuazione all'art. 26, commi 2 e 3, d.l. n. 91/2014.

Hanno altresì proposto ricorso le associazioni AssoRinnovabili e Confagricoltura, che hanno dichiarato di essere, rispettivamente: l'unica associazione italiana tra produttori di energia da fonti rinnovabili, inclusa la fonte solare (per un terzo degli iscritti), con funzione statutaria di rappresentanza anche giudiziale delle imprese associate; la maggiore organizzazione professionale agricola a carattere nazionale, con compiti di tutela delle imprese agricole anche in sede giudiziale (giusta l'art. 4 l. n. 180/2011) e con oltre 600.000 imprese agricole associate, più di 20.000 delle quali impegnate nel settore agro-energetico e in particolare fotovoltaico (per ca. 2.000 MW installati, di cui 1.500 riferibili a impianti di potenza superiore a 200 kW, e per ca. 7 mld. di euro investiti).

Illustrati gli scopi generali del regime di sostegno per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, costituente parte qualificante delle politiche energetiche e ambientali europee e nazionali, ed evidenziati i molteplici benefici dell'intervento pubblico per le piccole e medie imprese agricole, essi hanno esposto gli effetti pregiudizievoli della "rimodulazione" degli incentivi prevista dall'art. 26, commi 2 e 3, cit. e dai menzionati atti applicativi – venutisi ad aggiungere ad altre misure penalizzanti (quali: l'assoggettamento, a partire dal 2011, alla c.d. Robin Tax; l'eliminazione dal 2014 del "prezzo minimo garantito"; la qualificazione, operata dall'amministrazione finanziaria a far tempo dal 2013, degli impianti fotovoltaici come beni immobili, con applicazione anche di IMU e TASI) – e hanno prospettato l'illegittimità, in via derivata e in via autonoma, dei provvedimenti impugnati per i seguenti motivi:

1. Illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 26 d.l. n. 91/2014 per violazione degli artt. 3 e 41 Cost.:

la normativa sopravvenuta contenuta nei commi 2 e 3 dell'art. 26 d.l. n. 91/2014 si porrebbe in contrasto con i principi posti a base del sistema di incentivazione (d.lgs. n. 28/2011, attuativo della dir. 2009/28/CE), alla luce della drastica riduzione della misura degli incentivi spettanti agli operatori, non più correlati al "costo dell'investimento"; la legge avrebbe cioè operato una modifica unilaterale *in pejus* del rapporto contrattuale (con radicale alterazione dell'equilibrio economico del rapporto nel caso di ricorso alla leva finanziaria) e dunque con effetti sostanzialmente retroattivi (stante l'impatto su rapporti di durata già costituiti); di qui, la violazione del legittimo affidamento tutelato sia dall'art. 3 sia dall'art. 41 Cost. (come ritenuto da pacifica giurisprudenza costituzionale), con ulteriore irragionevolezza derivante dall'esonero degli enti locali e delle scuole previsto dall'art. 22-*bis* d.l. n. 133/2014;

2. Illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 26 per violazione dell'art. 77 Cost.:

sarebbero assenti i presupposti per il ricorso alla decretazione d'urgenza, tenuto conto delle finalità redistributive dei commi 2 e 3 dell'art. 26 e dell'inserimento di tali disposizioni in un decreto-legge *omnibus*, con insussistenza di intrinseca omogeneità e coerenza (e alla luce della non immediata applicabilità delle disposizioni stesse);

3. Illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 26 per violazione dell'art. 117, 1° co., Cost. in relazione all'art. 1, Prot. n. 1, CEDU e al Trattato sulla Carta europea dell'energia: le norme in questione violerebbero sia l'art. 1, Prot. aggiuntivo n. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella cui sfera applicativa, come individuata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, rientrerebbero anche i diritti di credito (l'art. 26 costituirebbe un'"ingerenza" non giustificata da una finalità legittima) sia l'art. 10 del Trattato sulla Carta europea dell'energia;

4. Illegittimità derivata dall'illegittimità costituzionale dell'art. 26 per violazione degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. in forza del contrasto con il diritto europeo comunitario (dir. 2001/77/CE; dir. 2009/28/CE; dir. 2011/7/CE; Trattato sulla Carta europea dell'energia, principio di libera circolazione dei capitali e art. 63 TFUE, tutti interpretati anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: artt. 16, 17 e 37):

- il sostegno alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili risponderebbe a precisi obblighi derivanti dalle direttive europee 2001/77 e 2009/28, disattesi dal nuovo provvedimento legislativo; l'art. 26 si porrebbe infatti in contrasto con le inerenti disposizioni di dette direttive, da interpretare e applicare alla luce dei principi comunitari di effettività nonché di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, oltre che degli artt. 16 (libertà d'impresa), 17 (diritto di proprietà) e 37 (tutela dell'ambiente) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione;

- la norma nazionale si porrebbe altresì in conflitto:

i) con il principio di libera circolazione dei capitali, sancito dall'art. 63 TFUE, avendo introdotto una restrizione *cross-border* (stante la sua portata dissuasiva, nei confronti di potenziali operatori europei, di investimenti in Italia);

ii) con la direttiva 2011/7/UE, relativa alla lotta contro i ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, recepita con il d.lgs. n. 192 del 2012: il meccanismo di acconti e conguaglio previsto dal comma 2 dell'art. 26 avrebbe modificato il parametro utilizzato per calcolare l'incentivo (dalla "produzione effettiva" a quella "stimata") al solo fine di ritardare i pagamenti nei confronti dei produttori; tale sistema violerebbe la menzionata dir. 2011/7, applicabile a ogni "transazione commerciale" tra imprese e pubbliche amministrazione, incluse quelle derivanti dalle convenzioni e dai contratti "di diritto privato" tra i produttori e il GSE; segnatamente, a fronte di una disciplina che impone il pagamento nel termine massimo di 30 giorni (salve contrarie pattuizioni o giustificazioni oggettive dipendenti dalla natura o dalle caratteristiche del contratto), con le nuove regole il GSE potrebbe: pagare mensilmente solo 1/12 del 90% di quanto stimato (essendo "le stime, in base all'esperienza, [...] inferiori rispetto ai dati di produzione effettiva"); differire il versamento del conguaglio del 10% di un periodo tra 6-18 mesi; pagare a conguaglio, con il menzionato ritardo, la differenza tra quanto stimato e quanto prodotto; ciò senza tener conto che i tutti i contratti di finanziamento e di leasing degli impianti fotovoltaici contemplerebbero rimborsi a scadenza mensile per importi stimati preventivamente con riferimento alla produzione del mese di riferimento;

di qui, la violazione degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost, impositivi della conformità delle leggi ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario;

5. in alternativa alle prospettate questioni di costituzionalità/ compatibilità europea (comunitaria): diretta disapplicazione dell'art. 26 d.l. n. 91/2014 per contrasto con le norme self executing delle direttive già richiamate:

nel caso di ritenuta chiarezza, univocità e immediata applicabilità delle rilevanti disposizioni europee, l'art. 26 d.l. 91/2014 sarebbe da disapplicare, occorrendo tener conto della peculiare natura del "diritto a ricevere gli incentivi" e della "coessenzialità" di questo con il "diritto a esercire l'impianto scaturente dall'autorizzazione rilasciata dall'autorità nazionale" (poiché senza incentivi l'attività produttiva sarebbe antieconomica); in particolare, precisato che già il legislatore avrebbe posto in essere un intervento correttivo in occasione del passaggio dal III° al IV° e al V° conto energia (introduttivi di sistemi contingentati e concorsuali e di incentivi più modesti rispetto a quelli del passato), l'art. 13 dir. 2009/28 (ma anche l'art. 6 dir. 2001/77) consentirebbe di riconoscere un diritto "composito" dei produttori di energia fotovoltaica, considerati quali "operatori strategici del mercato" in virtù dell'assoggettamento a regime di autorizzazione amministrativa (ciò che troverebbe conferma nella giurisprudenza europea; Corte giust. UE, sent. 1° luglio 2014, in causa C-573/12); in questa prospettiva, un intervento retroattivo (perché incidente su rapporti di durata) *in pejus* sul regime incentivante vanificherebbe l'autorizzazione ottenuta dal produttore (consistente in un *prius* della pretesa economica), stante il limitatissimo campo d'azione del legislatore nazionale; andrebbe in particolare ravvisata la natura non oggettiva, sproporzionata e discriminatoria dell'art. 26 in questione (anche alla luce delle comunicazioni della Commissione europea degli anni 2010, 2012 e 2013 sul tema dei regimi di sostegno); analoghe considerazioni varrebbero per la dir. 2011/7/UE; resterebbe in ogni caso ferma la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia;

6. Illegittimità per la tardiva emanazione del d.m. 17 ottobre 2014 e per incompletezza del quadro normativo e amministrativo nel cui ambito si sarebbe dovuta esercitare l'opzione imposta ai produttori fra le tre ipotesi di cui all'art. 26, co. 3:

indipendentemente dai profili di illegittimità derivata, i decreti impugnati sarebbero altresì illegittimi perché adottati in assenza di previa definizione delle condizioni

previste dallo stesso art. 26, ai commi 5 (accesso a finanziamenti bancari assistiti da provvista dedicata o da garanzia concessa dalla Cassa depositi e prestiti) e da 7 a 13 (cessioni volontarie parziali degli incentivi ad acquirenti selezionati); quello del 17 ottobre 2014 sarebbe stato inoltre emanato oltre il termine di legge, senza che venisse modificata la data per l'esercizio dell'opzione.

Costituitisi in resistenza il Ministero dello sviluppo economico e il GSE, alla camera di consiglio del 18.12.2014 è stata respinta l'istanza cautelare.

Alla suindicata udienza di merito, in vista della quale le parti hanno depositato memorie (in data 16.2.2015; i ricorrenti hanno replicato con memoria depositata il 25.2.2015), il giudizio è stato discusso e trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Ritiene preliminarmente il Collegio di definire, ai sensi dell'art. 36, co. 2, c.p.a., la questione pregiudiziale di giurisdizione del giudice amministrativo.

I ricorrenti impugnano i decreti ministeriali attuativi dell'art. 26, commi 2 e 3, d.l. n. 91/2014, concernenti:

i) la "rimodulazione" degli incentivi, di cui al comma 3, di seguito riportato:

“A decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell'operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014:

a) la tariffa è erogata per un periodo di 24 anni, decorrente dall'entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all'allegato 2 al presente decreto;

b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all'attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in ugual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di

tutti gli aventi titolo all'opzione, un risparmio di almeno 600 milioni di euro all'anno per il periodo 2015-2019, rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti;

c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell'incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità:

1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW;

2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 500 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW;

3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW.

In assenza di comunicazione da parte dell'operatore il GSE applica l'opzione di cui alla lettera c)".

ii) le modalità di erogazione delle tariffe incentivanti, disciplinate dal comma 2, di seguito riportato:

“A decorrere dal secondo semestre 2014, il Gestore dei servizi energetici S.p.A. eroga le tariffe incentivanti di cui al comma 1, con rate mensili costanti, in misura pari al 90 per cento della producibilità media annua stimata di ciascun impianto, nell'anno solare di produzione ed effettua il conguaglio, in relazione alla produzione effettiva, entro il 30 giugno dell'anno successivo. Le modalità operative sono definite dal GSE entro quindici giorni dalla pubblicazione del presente decreto e approvate con decreto del Ministro dello sviluppo economico”.

2. Premesso che ai sensi dell'art. 7, co. 2, c.p.a., “per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo” e che in tale ambito rientra certamente il GSE in virtù delle sue competenze e prerogative pubblicistiche in materia di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (cfr. per il fotovoltaico i dd.lgss. nn. 387/2003 e 28/2011 e i decreti ministeriali di attuazione aventi a oggetto i vari conti energia) – ritiene il Collegio che la controversia vada

ricondata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in base a quanto previsto dall'art. 133, co. 1, lett. o), c.p.a., che devolve a questo tipo di giurisdizione *“le controversie, incluse quelle risarcitorie, attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione concernenti la produzione di energia, ivi comprese quelle inerenti l'energia da fonte nucleare, i rigassificatori, i gasdotti di importazione, le centrali termoelettriche e quelle relative ad infrastrutture di trasporto ricomprese o da ricomprendere nella rete di trasmissione nazionale o rete nazionale di gasdotti”* (enf. agg.).

Non possono sussistere dubbi circa la riconducibilità a tale previsione della domanda caducatoria avente a oggetto gli atti con cui il Ministero dello sviluppo economico ha dettato le modalità operative per l'erogazione da parte del GSE delle tariffe incentivanti (d.m. 16.10.2014, ai sensi dell'art. 23, comma 2) e le “modalità per la rimodulazione delle tariffe incentivanti” (d.m. 17.10.2014, ai sensi dell'art. 26, comma 3, lett. b), che perciò ineriscono alla materia della “produzione di energia” richiamata dall'art. 133, co. 1, lett. o), c.p.a.

Va pertanto dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

2. Tanto premesso il Collegio - considerato che i motivi di illegittimità avanzati in via autonoma (n. 6 ric.) sono logicamente subordinati rispetto a quelli poggiati sugli aspetti di dedotta incostituzionalità dell'art. 26, i quali devono essere perciò affrontati in via prioritaria, e che con separata ordinanza (decisa in pari data) a tanto si provvede - ritiene in questa sede di specificare che non è proposta, in quanto manifestamente infondata, la questione relativa alla dedotta violazione degli artt. 11 e 117 Cost. in riferimento all'art. 10 del Trattato sulla Carta europea dell'energia, stipulato a Lisbona il 17.12.1994, di cui è stata autorizzata la ratifica e disposta l'esecuzione con l. 10 novembre 1997, n. 457.

Detto art. 10 (“promozione, tutela e disciplina degli investimenti”) è infatti diretto principalmente a garantire la *par condicio* tra investitori nazionali e di altri Paesi contraenti.

Ciò si desume agevolmente dal testo della disposizione, che in apertura sancisce che “Ciascuna Parte contraente, in conformità al disposto del presente Trattato, incoraggia e crea condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori di altre Parti contraenti che effettuano investimenti nella sua area”, specificando altresì che “Gli investimenti godono [...] di una piena tutela e sicurezza e nessuna Parte contraente può in alcun modo pregiudicare con misure ingiustificate e discriminatorie la gestione, il mantenimento, l’impiego, il godimento o l’alienazione degli stessi” (par. 1; la norma, definito poi al par. 3 il “trattamento” come “il trattamento concesso da una Parte contraente che non è meno favorevole di quello più favorevole previsto per i propri investitori o per gli investitori di qualsiasi altra Parte contraente o qualsiasi Stato terzo”, prevede al par. 2 che “ciascuna Parte contraente si adopera per concedere agli investitori di altre Parti contraenti, per quanto riguarda la realizzazione di investimenti nella propria area, il trattamento descritto al paragrafo 3”).

Dal momento che l’intervento oggi in contestazione non distingue in relazione alla nazionalità degli investitori, la disposizione non è in grado di assurgere a idoneo parametro ai fini dello scrutinio di legittimità.

Né è sollevata la questione avente a oggetto la prospettata violazione degli artt. 11 e 117, 1° co., Cost. in riferimento al contrasto con il diritto europeo comunitario (salvo che per l’aspetto concernente la dir. 2011/7/UE) sia perché tali profili paiono riconducibili agli aspetti portati all’esame della Corte costituzionale sia perché le questioni concernente la compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria saranno eventualmente oggetto di approfondimento nella successiva fase del giudizio.

3. In considerazione di quanto sopra, il giudizio dev'essere sospeso. Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III-ter, non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dichiara che la controversia è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Spese al definitivo.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 19 marzo 2015, 8 maggio 2015, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Anna Maria Verlengia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/06/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)