

Francesco Scalia

---

**DOPO LA CORTE  
COSTITUZIONALE, ANCHE LA  
CORTE DI GIUSTIZIA PROMUOVE  
LA RIMODULAZIONE DEGLI  
INCENTIVI ALLE FONTI  
RINNOVABILI**

---

Estratto

**OSSERVATORIO**

## IL PRECEDENTE

**Dopo la Corte costituzionale,  
anche la Corte di giustizia  
promuove la rimodulazione degli  
incentivi alle fonti rinnovabili**

L'articolo commenta la Sentenza della Corte di giustizia che ha ritenuto compatibile con l'ordinamento europeo l'art. 26, comma 3, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, di rimodulazione – in senso deteriore per i produttori beneficiari – degli incentivi riconosciuti ad impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile e delle relative convenzioni. La sentenza segue quella della Corte costituzionale (la n. 16 del 2017), che aveva già statuito in ordine alla costituzionalità della medesima norma. L'articolo si snoda attraverso un *excursus* del contenzioso innescato dalla norma oggetto del rinvio pregiudiziale nei diversi ambiti – interno, europeo ed internazionale –; nel commento critico della sentenza della Corte di giustizia e nell'approfondimento del principio del legittimo affidamento, sulla cui interpretazione e applicazione al caso si fonda la decisione. Il paragrafo conclusivo è dedicato al tema dell'applicabilità del Trattato sulla Carta dell'energia agli investitori nel settore energetico di Stati membri, liquidato con poche battute dalla Corte di giustizia, ma che a giudizio dell'autore avrebbe meritato un più ponderato scrutinio.

*The article comments on the Judgment of the European Court of Justice, which deemed article 26, paragraph 3 of the Decree-Law No 91/2014 on alteration – to the detriment of the recipients – of the support scheme granted to plants for the production of electricity from solar photovoltaic installations and the related agreements. This ruling follows that of the Italian Constitutional Court (No 16 of 2017), which ruled on the constitutionality of that provision. The paper articulates through an excursus of the litigation triggered by the provision referred for a preliminary ruling which*

*is discussed in various areas i.e. national, European and international. A critical comment on the judgement of the European Court of Justice and a deeper understanding of the principle on protection of legitimate expectations, that is the interpretation and application ruling basis, are also provided. Conclusions are dedicated to the topic related the applicability of the Energy Charter Treaty to energy investors of EU member states on which the European Court of Justice only touched upon it. It is the author's opinion that this issue would have deserved a more careful assessment.*

Parole chiave: incentivi - energia rinnovabile - impianti energia fotovoltaica - legittimo affidamento - Trattato sulla Carte dell'energia

Keywords: *incentives - renewable energy - solar photovoltaic installations - legitimate expectations - Energy Charter Treaty*

---

Corte di giustizia UE, Sez. V 15 aprile 2021, in cause riunite C-798/18 e C-799/18 - Regan, pres.; Jarukaitis, est.; Saugmandsgaard Øe, avv. gen. - Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) ed a. (C-798/18), Athesia Energy S.r.l. ed a. (C-799/18) c. Ministero dello sviluppo economico, Gestore dei servizi energetici (GSE) S.p.A. ed a.

**Ambiente - Artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento - Trattato sulla Carta dell'energia - Art. 10 - Applicabilità - Direttiva 2009/28/CE - Art. 3, par. 3, lett. a) - Promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili - Produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici - Modifica di un regime di sostegno.**

*Fatte salve le verifiche che spetta al giudice del rinvio effettuare tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti, l'articolo 3, paragrafo 3, lettera a), della direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, e gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letti alla luce dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che prevede la riduzione o il rinvio del pagamento degli incentivi per l'energia prodotta dagli impianti solari fotovoltaici, incentivi precedentemente concessi mediante decisioni amministrative e confermati da apposite convenzioni concluse tra gli operatori di tali impianti e una società pubblica, qualora tale normativa riguardi gli incentivi già previsti, ma non ancora dovuti.*

**Il testo della sentenza è pubblicato in [www.osservatorioagromafie.it](http://www.osservatorioagromafie.it)**

1. *Il contenzioso sviluppatosi in ambito interno sull'art. 26, comma 3, d.l. n. 91/2014, la decisione della Corte costituzionale ed il precedente della Corte di giustizia.* L'art. 26, comma 3, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91<sup>1</sup>, ha previsto che, a decorrere dal 2015, le tariffe relative all'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici con potenza nominale superiore a 200 kW fossero rimodulate sulla base di tre prefissate opzioni, tutte peggiorative dei regimi anteriori regolati dalle convenzioni con il Gestore dei servizi energetici (GSE), tra le quali l'operatore era obbligato a scegliere, applicandosi, altrimenti, in via automatica, il terzo schema di rimodulazione<sup>2</sup>. Si

---

<sup>1</sup> Come convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 116 recante *Disposizioni urgenti per il settore agricolo, la tutela ambientale e l'efficientamento energetico dell'edilizia scolastica e universitaria, il rilancio e lo sviluppo delle imprese, il contenimento dei costi gravanti sulle tariffe elettriche, nonché per la definizione immediata di adempimenti derivanti dalla normativa europea.*

<sup>2</sup> Art. 26, comma 3, d.l. n. 91/2014: «[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 ventiquattro 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

è trattato di un intervento normativo che ha prodotto un'efficacia retroattiva «impropria»<sup>3</sup>, in quanto ha inciso, sia pure con effetti *ex nunc*, su rapporti giuridici di durata sorti in ragione della precedente disciplina. La questione della costituzionalità della norma citata è stata posta dal T.A.R. del Lazio - Roma, Sez. III *ter*, con ben sessantatré ordinanze, relative ad altrettanti giudizi, con le quali si è prospettata la lesione del principio di legittimo affidamento<sup>4</sup> dei fruitori degli incentivi,

---

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 egual 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 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 nominata 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).

<sup>3</sup> Si parla di «retroattività propria» quando la legge attribuisce una nuova qualificazione giuridica a fatti già avvenuti, incidendo in senso modificativo su effetti giuridici già prodotti; si ha «retroattività impropria» quando la legge reca, per il futuro, innovazioni sui presupposti e sugli elementi costitutivi del trattamento giuridico di rapporti già in corso, sorti sulla base delle norme preesistenti, e destinati a durare nel tempo, per effetto di nuove valutazioni del legislatore. Così V. ONIDA, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI (a cura di), *Il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici*, Milano, 2017, 22-23. Sul tema si veda anche G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 219 ss. e D.U. GALETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2008, 1899-1925, la quale osserva che la distinzione tra retroattività propria e impropria è stata introdotta dalla giurisprudenza costituzionale tedesca a partire dalla pronuncia dell'11 maggio 1960, in *BVerfGE*, 11, 139 e ss.

<sup>4</sup> Vastissima è la letteratura sul legittimo affidamento. Senza alcuna pretesa di esaustività, e limitandosi alle monografie, si indicano, oltre al fondamentale studio di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora, con una nuova introduzione, in *Id.*, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; M.T. CAPUTI JABRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 159 e ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento: il caso tedesco*, Trento, 2008; D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela*

incidendo la norma denunciata sulle posizioni di vantaggio consolidate e riconosciute contrattualmente agli stessi, ciò in violazione degli artt. 3 e 41 Cost.<sup>5</sup> e degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 1,

---

*del privato*, Napoli, 2006; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, 2003, 371 e ss.; G.A. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in *ibidem*, 189 e ss.; E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001; R. THOMAS, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Oxford and Portland, 2000; S. SHOMBERG, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2000; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1988 e F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, nell'edizione curata di G. ASTUTI, con saggi di Capograssi, Calamadrei, Carnelutti e Fedele, Milano, 1968. Sul tema della tutela dell'affidamento a fronte della legge italiana di rimodulazione degli incentivi alle fonti rinnovabili si vedano E. MARIANI, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 26 luglio 2017; V. ONIDA, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, cit., 21 e ss.; D. SIMEOLI, *Appunti sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza costituzionale*, *ibidem*, 27 e ss. e, se si vuole, F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2019, 229 e ss.

<sup>5</sup> In una prima fase la giurisprudenza costituzionale ha ricostruito il sindacato sul legittimo affidamento attraverso l'individuazione di un parametro composito, ricorrendo congiuntamente all'art. 3, comma 1, Cost. ed alle norme costituzionali di garanzia dei diritti di volta in volta pregiudicati dall'intervento retroattivo del legislatore. Osserva F. SORRENTINO, *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2004, 897, che prima della sentenza n. 416 del 1999 «la Corte ha sempre richiesto la contemporanea lesione di precetti costituzionali specifici, associandone l'affermazione alla protezione di altre esigenze costituzionalmente tutelate, come, ad esempio, l'adeguatezza del trattamento previdenziale (art. 38 Cost.), la garanzia del diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.), la tutela della funzione giurisdizionale (artt. 101 e 103 Cost.)». Tanto che altro Autore ha evidenziato il carattere «necessariamente servente» della tutela dell'affidamento rispetto alla protezione delle altre esigenze tutelate (cfr. P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011). Per un commento alla sentenza n. 416 del 1999 si veda P. PASSAGLIA, *La Corte costituzionale decide... su cosa decidere: qualche osservazione su una sentenza in parte «didattica» e in parte «evasiva»*, in *Foro it.*, 1999, I, 2462 e ss. e P. CARNEVALE, «... Al fuggir di giovinezza... nel domani s'ha più certezza» (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale), in *Giur. cost.*, 1999, 3643 e ss. Dalla fine degli anni Novanta, la Consulta ha riconosciuto al principio dell'affidamento un valore autonomo, rivenendone il fondamento costituzionale nell'art. 3. (cfr. Corte cost. 20 maggio 2016, n. 108), secondo cui il principio dell'affidamento è «custodito da una delle molteplici declinazioni dell'art. 3 Cost. Il principio dell'affidamento, benché non espressamente menzionato in Costituzione, trova tutela all'interno di tale precetto tutte le volte in cui la legge ordinaria muti le regole che disciplinano il rapporto tra le parti come consensualmente stipulato». Rileva però F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «vent» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 6-8, che «[l] motivo per cui, fino alla recente sentenza 4 novembre 1999, n. 416, la tutela dell'affidamento è sempre stata accompagnata a qualche norma costituzionale (...) va ricercato nell'intento di rispettare un formalismo processuale: l'obbligatoria indicazione della norma violata richiesta dalla legge sulla procedura di accesso alla Corte. Ma riferendosi all'art. 3 si confonde il *pria* col *poi*. Il principio di ragionevolezza che si vuole ricavare dall'art. 3 non

Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e all'art. 6, par. 3, del TUE. La Corte, con sentenza n. 16 del 24 gennaio 2017<sup>6</sup>, ha rigettato la questione di costituzionalità, ribadendo il proprio consolidato orientamento secondo cui, se in linea di principio l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello

riguarda il fondamento della tutela dell'affidamento, bensì l'applicazione del principio di buona fede per tutelare il legittimo affidamento del cittadino determinato dal legislatore. È la norma di integrazione che va applicata secondo il principio di ragionevolezza, non la ragionevolezza che implica e impone la tutela dell'affidamento (...). In realtà la buona fede non è un principio costituzionale, è anche un principio costituzionale. La buona fede, come risulta chiaro dalle sue applicazioni giurisprudenziali, è una norma verticale, un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti. La buona fede è norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto, costituzionale, legislativa, regolamentare e ora anche comunitaria». M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in G. COCCO (a cura di), *L'economia e la legge (Atti del convegno di Milano del 4 dicembre 2006)*, Milano, 2007, 44-45, dando - a parere di scrive - implicitamente ragione a Merusi, afferma che il fondamento costituzionale del diritto di affidamento è rinvenibile in diverse norme della Costituzione (nella sovranità popolare riconosciuta nell'art. 1, intesa come potere di autodeterminazione di ciascuno; nell'inviolabilità dei diritti sancita dall'art. 1; nel principio di libertà incorporato nell'art. 3, comma 2; nella tutela della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome offerta dall'art. 22; nella esigenza della precostituzione del giudice ai sensi dell'art. 25, comma 1; nel principio di legalità e prevedibilità delle pene di cui all'art. 25, comma 2; nella tutela previdenziale offerta dall'art. 39, comma 2; nei principi di libertà e di programmazione sanciti dall'art. 41; nella garanzia della proprietà privata prevista dagli artt. 42 e 43; nella tutela del risparmio accordata dall'art. 47; nel principio di capacità contributiva fissato dall'art. 53; nel dovere di osservanza delle leggi previsto dall'art. 54). A giudizio dell'Autore citato: «[I]a tutela dell'affidamento deve essere ancorata alle singole previsioni costituzionali, che tipizzano quella tutela per ogni singolo diritto fondamentale in rapporto ai suoi limiti specifici. (...) In altri termini: mentre il fondamento giuridico-positivo del diritto generale all'affidamento è dubbio, vi sono robusti dati costituzionali che indicano come tra le garanzie dei singoli diritti fondamentali sia inclusa (in forme e gradi di volta in volta diversi) anche quella dell'affidamento nella stabilità della situazione normativa in essere, se funzionale al godimento di quei diritti». Per una rassegna delle principali tesi sul fondamento costituzionale del principio di tutela dell'affidamento si veda P. CARNEVALE - G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014. Gli Autori sottolineano l'opportunità di individuare un fondamento costituzionale autonomo del principio in questione per evitare il rischio che «una tutela parcellizzata e frantumata attraverso le svariate disposizioni che compongono la "Costituzione dei diritti", possa causare una riduzione della stessa ai soli ambiti "costituzionalizzati", cioè a dire limitatamente alle posizioni soggettive che possono vantare un presidio costituzionale. (...) Ne conseguirebbe, peraltro, una tutela il cui statuto costituzionale sembrerebbe emergere solo "per relationem", in secondario, perché tutto dipendente dalla dignità costituzionale, non già del principio di tutela del legittimo affidamento, bensì della situazione giuridica soggettiva volta a volta implicata». Sul punto si veda anche P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, 3671.

<sup>6</sup> In *www.cortecostituzionale.it*. Per un commento della sentenza si veda E. MARIANI, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 26 luglio 2017.

Stato di diritto»<sup>7</sup>, la sua tutela non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, e ciò «anche se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, quando si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, comma 2, Cost.)». Tuttavia, dette disposizioni, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica (*recte*: giuridica)»<sup>8</sup>. Ebbene, a giudizio della Corte, l'esame della *ratio* e del contenuto della norma impugnata induce ad escludere che questa abbia

<sup>7</sup> Corte cost. 14 luglio 1988, n. 822 e 17 dicembre 1985, n. 349, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>8</sup> Corte cost. n. 822 cit. Tali principi sono stati ribaditi dalla sentenza della Corte n. 89 del 26 aprile 2018, aggiungendo che «[l']affidamento da tutelare postula, tuttavia, il consolidamento, nel tempo, della situazione normativa che ha generato la posizione giuridica incisa dal nuovo assetto regolatorio, sia perché protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento». In senso analogo, *ex plurimis*, Corte cost. 21 luglio 2016, n. 203; 20 maggio 2016, n. 108; 1° aprile 2014, n. 64; 5 gennaio 2011, n. 1; 22 ottobre 2010, n. 302; 24 luglio 2009, n. 236; 9 luglio 2009, n. 206; 30 gennaio 2009, n. 24; 3 novembre 2005, n. 409; 7 luglio 2005, n. 264; 12 novembre 2002, n. 446 e 4 novembre 1999, n. 416, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Si veda anche Corte cost. 31 marzo 2015, n. 56, in *Giur. cost.*, 2015, 448 e ss., con nota di R. CHIEPPA. Osserva M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., 53, che «nella prospettiva della Corte costituzionale, la legge “retroattiva” non è affatto *ex se* incostituzionale. La stessa Corte, tuttavia, ha mostrato di accogliere l'opinione che le leggi comunemente definite “retroattive” siano, in via di principio, costituzionalmente “sospette”, sicché su di esse si dovrebbe condurre uno scrutinio “stretto”. Come si legge nella sent. n. 432 del 1997, davanti alle leggi retroattive il “canone generale di ragionevolezza (...) assume (...) un valore particolarmente stringente, in quanto riferito alla certezza dei rapporti preteriti, nonché al legittimo affidamento dei soggetti interessati”». Sulla natura del principio di irretroattività in materia *extra* penale si veda, inoltre, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 283 e ss., secondo cui il principio generale di irretroattività rappresenta un criterio meramente direttivo e non vincolante per il legislatore, alla cui prudente valutazione, salvo il rispetto dei principi costituzionali, è rimessa la disciplina del tempo delle leggi. A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 487 e ss., invece, risolve il tema alla luce della teoria degli interessi, sottolineando come questa si configuri quale «garanzia giuridica del pieno soddisfacimento dell'interesse, del quale sia stata rinviata la realizzazione», in quanto, attraverso la legge retroattiva, si «rimuovono gli ostacoli giuridici che potrebbero essersi formati tra il momento in cui l'interesse parziale è sorto e il momento in cui ne è stata autorizzata o imposta l'attuazione». Pertanto, secondo l'Autore, la retroattività è legittima «nella misura in cui assicura il soddisfacimento dell'interesse con riferimento alla data della sua costituzione». Infine, A. SANDULLI, *Il principio di irretroattività delle leggi e la Costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, II, 73 e ss., qualifica il principio di irretroattività in materia *extra* penale come più un «impegno morale, che come un impegno giuridico».



inciso sui rapporti, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile, rispondendo invece «ad un intervento pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica»<sup>9</sup>.

La Corte, inoltre, ha rilevato la sostanziale coincidenza degli indici sintomatici della lesione del principio dell'affidamento elaborati nella propria giurisprudenza ed in quella delle Corti europee. Infatti, secondo la Corte di Strasburgo, il principio di «protezione della proprietà» esteso ai diritti di credito, di cui all'art. 1 del Protocollo CEDU, non è di ostacolo ad interferenze da parte della pubblica autorità in presenza di un interesse generale<sup>10</sup> e, al fine della verifica di sussistenza di tale interesse e della congruità delle sue modalità attuative, è riconosciuto, a ciascuno Stato membro, un ampio margine di apprezzamento<sup>11</sup>. A sua volta la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto che l'abolizione anticipata di un regime di favore rientra nel potere discrezionale delle autorità nazionali, incontrando ostacolo solo nell'affidamento che nel mantenimento dello stesso potrebbe porre l'«operatore economico prudente e accorto»<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> «Il legislatore del 2014 è intervenuto, infatti, in un contesto congiunturale nel quale - a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per l'energia solare prodotta da fonte fotovoltaica, rivelatasi progressivamente più accentuata, sia rispetto ai costi di produzione (in ragione del repentino sviluppo tecnologico del settore), sia rispetto al quadro complessivo europeo - era venuto specularmente in rilievo il crescente peso economico di tali incentivi sui consumatori finali di energia elettrica (in particolare sulle piccole e medie imprese costituenti il tessuto produttivo nazionale). Ed ha operato, con logica perequativa, al dichiarato fine di “favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili” (articolo 26, comma 1, d.l. n. 91 del 2014) e di “pervenire ad una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici”, prevedendo a tal proposito che i minori oneri per l'utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano, appunto “destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica in media tensione e di quelli in bassa tensione (...)” (articolo 23 d.l. citato)» (Corte cost. n. 16 del 2017, par. 8.2.).

<sup>10</sup> Corte EDU 15 febbraio 2012, *Arras e altri v. Italia*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>11</sup> Corte EDU, Grande Camera 29 marzo 2010, *Depalle v. Francia*; Id. 26 giugno 2012, *Hermann v. Germania*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>12</sup> La Corte costituzionale, ripercorrendo la normativa sugli incentivi alle fonti energetiche rinnovabili, a partire dal d.lgs. n. 387 del 2003, esclude che «la rimodulazione degli incentivi attivata dalla disposizione impugnata presenti gli asseriti caratteri di “imprevedibilità”, risultando la stessa anzi, in qualche modo, preannunciata e finalizzata proprio ad assicurare la “stabilità” presa in considerazione dalle leggi istitutive degli incentivi al fotovoltaico, come caratteristica dell'intero sistema e non del singolo incentivo; oltre a costituire (nel quadro di

Ed in effetti, la prima sentenza della Corte di giustizia – intervenuta però su una disciplina diversa dal c.d. spalma incentivi – è stata favorevole all'Italia.

È accaduto che il d.lgs. n. 28 del 2011 ha determinato una condizione di incertezza nell'accesso alle tariffe incentivanti, fissando un limite annuale di potenza elettrica cumulativa incentivabile, raggiunto il quale il regime sarebbe stato rivisto<sup>13</sup>. Ciò ha portato alla repentina ed anticipata chiusura del quarto conto energia, con pregiudizio delle aspettative di coloro che, fidando sulla durata originariamente prevista di quel conto, avevano programmato ed avviato i propri investimenti<sup>14</sup>. Ne è nato un contenzioso<sup>15</sup> che ha portato il Consiglio di Stato a rimettere la questione alla Corte di giustizia<sup>16</sup>.

---

un mercato “regolato” di settore, come quello di cui si discute) un elemento fisiologicamente riconducibile al rischio normativo di impresa». Cfr. Corte cost. n. 16 del 2017, par. 8.3.

<sup>13</sup> L'art. 25, comma 10, del decreto indica, fra i principi cui i decreti ministeriali attuativi devono attenersi, «la determinazione di un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono ottenere le tariffe incentivanti». Conseguentemente, il d.m. 5 maggio 2011, che ha approvato il quarto conto energia, ha fissato un obiettivo indicativo di potenza di circa 23.000 MW, «corrispondente ad un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi stimabile tra i 6 e 7 miliardi di euro», prevedendo la possibilità di rivedere con decreto le modalità di incentivazioni al raggiungimento del minore dei valori di costo indicati. È così accaduto che, nonostante il quarto conto energia prevedesse vari semestri di incentivazione - ciascuno con differenti tariffe, limiti di costo e di potenza - riferiti al periodo dal 1° giugno 2011 al 31 dicembre 2016, il limite di costo fissato è stato raggiunto già il primo anno, tanto da indurre il Governo ad adottare il quinto conto energia con il d.m. 5 luglio 2012, che ha ridotto notevolmente le tariffe incentivanti e che è comunque restato in vigore solo sino al 6 luglio 2013, con il raggiungimento del tetto di 6,7 miliardi di euro.

<sup>14</sup> L'art. 1, comma 4, del d.m. 5 luglio 2012 (c.d. quinto conto energia) ha disciplinato le varie ipotesi in cui si continuavano ad applicare le tariffe incentivanti previste dal quarto conto energia, includendo in tale regime transitorio solo i piccoli impianti e gli impianti integrati con caratteristiche innovative e impianti a concentrazione che fossero entrati in esercizio prima del 27 agosto 2012, nonché i grandi impianti già iscritti in posizione utile nei registri e realizzati su edifici pubblici che fossero entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012.

<sup>15</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI 28 giugno 2016, n. 2847 e 5 maggio 2016, n. 1768; Id., Sez. IV 19 marzo 2015, n. 1433, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>16</sup> Cons. Stato, Sez. IV 2 marzo 2018, nn. 1306, 1307 e 1308, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha posto il quesito «se l'art. 3, comma 3, lett. a) della direttiva 2009/28/CE debba essere interpretato - anche alla luce del generale principio di tutela del legittimo affidamento e del complessivo assetto della regolazione apprestata dalla direttiva in punto di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili - nel senso di escludere la compatibilità con il diritto UE di una normativa nazionale che consenta al Governo italiano di disporre, con successivi decreti attuativi, la riduzione o, financo, l'azzeramento delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite». Per la verità il Consiglio di Stato rimette la questione solo perché «tenuto» ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE, interpretato dalla Corte di giustizia «nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto

In questo caso, l'intervento del Governo non aveva carattere retroattivo, neanche «improprio», non incidendo su convenzioni in atto, ma era comunque lesivo dell'affidamento che gli investitori avevano riposto sulla durata programmata del sistema incentivante, ancorché la disciplina dello stesso rendesse tale durata incerta.

La Corte di giustizia, con sentenza dell'11 luglio 2019<sup>17</sup>, ha ribadito il proprio costante orientamento, affermando che la tutela del legittimo affidamento non possa essere invocata qualora un operatore economico prudente e avveduto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi e che gli operatori economici non possono fare affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali<sup>18</sup>.

2. *La sentenza in commento.* La questione pregiudiziale di compatibilità con l'ordinamento europeo dell'art. 26, comma 3, d.l. n. 91/2014 è stata posta alla Corte di giustizia dal T.A.R. del Lazio<sup>19</sup>. Il giudice del rinvio «ritenuti irrisolti alcuni profili non oggetto della sentenza del Giudice costituzionale», ha chiamato la Corte di giustizia a pronunciarsi sulla medesima norma scrutinata dalla Consulta, sollevando dubbi sulla compatibilità della norma censurata con i principi generali del legittimo affidamento e della certezza giuridica, precisando che, nel caso di specie, la modifica legislativa non è intervenuta solo sulla disciplina generale applicabile all'impresa – come invece nel caso *Plantanol* (Corte di giustizia 10 settembre 2009, in causa C-201/08), riguardante la variazione di uno specifico regime fiscale –, ma ha inciso, variandole in senso sfavorevole prima del termine di scadenza, sulle relative convenzioni individualmente stipulate con il GSE per la determinazione degli incentivi.

---

dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione». Lo stesso giudice, però, nella motivazione, aderisce all'impostazione della sentenza della Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 16.

<sup>17</sup> Corte di giustizia 11 luglio 2019, in cause riunite C-180/18, C-286-18 e C-287/18, *Agrenergy S.r.l. e Fusignano Due S.r.l. v. Ministero dello sviluppo economico e GSE*, ECLI:EU:C:2019:605.

<sup>18</sup> Cfr. *Agrenergy S.r.l.*, cit., punto 31, che cita Corte di giustizia 10 settembre 2009, in causa C-201/08, *Plantanol*, ECLI:EU:C:2019:254, punto 53 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>19</sup> T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III *ter*, ordinanze 20 novembre 2018, n. 11206 (in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2019, 403) e 16 novembre 2018, n. 11124 (in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Quindi il T.A.R. ha chiesto se le disposizioni nazionali in questione fossero compatibili con i principi generali della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento e con gli articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, riguardanti, rispettivamente, la libertà d'impresa e il diritto di proprietà, nonché con l'art. 216, par. 2, TFUE, in particolare in rapporto all'art. 10 del Trattato sulla Carta europea dell'energia, in quanto l'intervento legislativo oggetto dei procedimenti principali avrebbe modificato unilateralmente le condizioni giuridiche sulla cui base i ricorrenti avevano impostato la propria attività economica, e ciò in assenza di circostanze eccezionali che giustificassero una simile modifica. Inoltre, secondo il giudice del rinvio, le disposizioni nazionali avrebbero potuto essere contrarie all'art. 3, par. 3, lett. a), della direttiva 2009/28 – applicabile *ratione temporis* – nella misura in cui incidono negativamente sui regimi di sostegno alla produzione dell'energia elettrica da impianti fotovoltaici, i quali, in forza di tale direttiva, avrebbero dovuto essere caratterizzati da stabilità e costanza, pregiudicando altresì gli obiettivi della politica energetica posti dalla stessa direttiva.

La Corte affronta innanzitutto la questione della compatibilità delle disposizioni nazionali denunciate con la direttiva 2009/28, rilevando che gli Stati membri non sono obbligati, al fine di promuovere l'uso dell'energia da fonti rinnovabili, ad adottare regimi di sostegno, ma godono di un potere discrezionale quanto alle misure ritenute necessarie per raggiungere gli obiettivi nazionali generali obbligatori fissati dalla direttiva, potendo anche modificare o sopprimere i regimi di sostegno purché tali obiettivi siano raggiunti.

Quanto all'art. 17, par. 1, della Carta, la Corte rileva che, per la propria giurisprudenza, la tutela attribuita a tale articolo – pur riferita al diritto di proprietà – comprende tutti i diritti aventi valore patrimoniale da cui deriva, con riguardo all'ordinamento giuridico, una posizione giuridica acquisita<sup>20</sup>. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, relativa all'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – anch'esso riferito alla proprietà –, risulta che un reddito

---

<sup>20</sup> Cfr. sentenze del 22 gennaio 2013, in causa C-283/11, *Sky Österreich*, ECLI:EU:C:2013:28, punto 34, e del 21 maggio 2019, in causa C-235/17, *Commissione/Ungheria* (Usufrutti su terreni agricoli), ECLI:EU:C:2019:432, punto 69.

futuro può essere considerato un «bene» oggetto della tutela garantita dalla norma se è stato già percepito, se è stato oggetto di un credito certo oppure in presenza di circostanze specifiche che possono fondare, in capo all'interessato, il legittimo affidamento di conseguirne il valore patrimoniale<sup>21</sup>. Quindi, anche per il profilo della violazione dell'art. 17 della Carta, è dirimente per la Corte accertare se le disposizioni oggetto di questione pregiudiziale ledano o meno i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento.

Sul punto, la Corte ribadisce il proprio costante insegnamento secondo cui la possibilità di avvalersi del principio della tutela del legittimo affidamento, prevista per ogni operatore economico nei cui confronti un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative, non possa essere invocata quando un operatore economico prudente e avveduto sia in grado di prevedere l'adozione del provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi. Inoltre, gli operatori economici non possono fare legittimamente affidamento sul mantenimento di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali<sup>22</sup>.

Ebbene, a giudizio della Corte, sia la disciplina nazionale in materia di incentivi alle fonti rinnovabili, sia le convenzioni che sulla base di questa sono state stipulate dagli operatori economici con il GSE evidenziavano elementi di instabilità, di cui gli operatori stessi avrebbero dovuto tenere conto.

Ed invero, già il d.lgs. n. 387/2003, che ha istituito il regime di incentivi alla produzione di energia da impianti solari fotovoltaici in Italia, trasponendo la direttiva 2001/77, prevedeva all'art. 7, comma 2, che, relativamente all'energia elettrica prodotta dagli impianti fotovoltaici, i decreti ministeriali di attuazione del decreto legislativo avrebbero istituito una tariffa incentivante specifica di importo decrescente e di una durata che consentisse di garantire un equo compenso dei costi d'investimento, fissando, altresì, un limite massimo della potenza elettrica cumulativa di tutti gli impianti che avrebbero potuto beneficiare dell'incentivo. Successivamente, il d.lgs. n. 28/2011, che ha abrogato il d.lgs. n. 387/2003 ha disposto, al suo art. 25, che l'incentivo alla

---

<sup>21</sup> Vedi, segnatamente, Corte EDU 11 gennaio 2007, n. 73049/01, *Anheuser-Busch c. Portogallo*, par. 64 e 65, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int).

<sup>22</sup> Corte di giustizia 11 luglio 2019, in cause riunite C-180/18, C-286/18 e C-287/18, *Agrenergy S.r.l.*, cit., punto 31 nonché giurisprudenza ivi citata.

produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici sarebbe stato disciplinato da un decreto ministeriale, il quale avrebbe fissato un limite annuale della potenza elettrica cumulata di simili impianti ammissibili a beneficiare delle tariffe incentivanti e avrebbe determinato le tariffe tenendo conto della riduzione del costo delle tecnologie e degli impianti nonché delle misure incentivanti applicate negli altri Stati membri e della natura del sito degli impianti.

Quindi, secondo la Corte, si può ritenere, che la formulazione stessa della disciplina legislativa avrebbe indicato a un operatore economico prudente e avveduto che gli incentivi non sarebbero stati garantiti a tutti gli operatori interessati per un periodo determinato, tenuto conto, in particolare, del riferimento a un importo decrescente delle tariffe incentivanti nonché alla durata limitata dell'incentivo e della fissazione di un limite massimo di potenza elettrica cumulata ammissibile all'incentivo medesimo.

Quanto alle convenzioni concluse tra i gestori di impianti fotovoltaici interessati e il GSE, queste erano firmate sulla base di contratti-tipo e non assegnavano, di per sé, incentivi agli impianti, ma fissavano unicamente le modalità della loro erogazione, e, quanto meno per quanto riguarda le convenzioni concluse dopo il 31 dicembre 2012, il GSE si riservava il diritto di modificare unilateralmente le condizioni delle stesse a seguito di eventuali sviluppi normativi. Detti elementi costituivano, quindi, un'indicazione sufficientemente chiara per gli operatori economici nel senso che gli incentivi in questione potevano essere modificati o soppressi.

Inoltre, la circostanza che tali convenzioni fossero firmate sulla base di contratti-tipo esclude, a giudizio della Corte, la lamentata lesione dell'art. 16 della Carta, di garanzia della libertà di impresa. Infatti, secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, la tutela conferita da tale articolo implica la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale, la libertà contrattuale e la libera concorrenza<sup>23</sup>. La libertà contrattuale, ai sensi dell'art. 16 della Carta, si riferisce, in particolare, alla libera scelta della controparte economica nonché alla libertà di determinare il prezzo richiesto per una prestazione<sup>24</sup>. Mentre,

---

<sup>23</sup> Corte di giustizia 22 gennaio 2013, in causa C-283/11, *Sky Österreich*, cit., punto 42 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>24</sup> Corte di giustizia 20 dicembre 2017, in causa C-277/16, *Polkomtel*, ECLI:EU:C:2017:989, punto 50.

nel caso di specie, i titolari degli impianti incentivati non disponevano del potere negoziale in ordine al contenuto delle convenzioni stipulate con il GSE, potendo solo decidere se accettare o meno le condizioni in esse stabilite. Ciò porta la Corte a concludere che non si possa ritenere che la normativa nazionale censurata costituisca un'ingerenza nella libertà contrattuale delle parti delle convenzioni, ai sensi dell'art. 16 della Carta.

Tale libertà non risulterebbe lesa anche nella sua esplicazione quale diritto di ogni impresa di poter liberamente utilizzare, nei limiti della responsabilità per le proprie azioni, delle risorse economiche, tecniche e finanziarie di cui dispone<sup>25</sup>, dal momento che le tariffe incentivanti non potrebbero essere considerate risorse di tal genere, trattandosi solo di incentivi previsti ma non ancora dovuti, senza che i gestori possano far valere un legittimo affidamento sulla loro corresponsione in modo invariato. Infine, la Corte liquida con poche battute la lamentata violazione dell'art. 10 della Carta dell'energia. Questo, infatti, si applicherebbe solo nei confronti di investitori «di altre [p]arti contraenti», mentre tra i ricorrenti non figurerebbero investitori *extra* UE.

3. *Osservazioni critiche sulla sentenza in commento.* La sentenza presta il fianco a diversi rilievi critici.

Appare, innanzitutto, criticabile l'argomento con cui la Corte esclude l'incompatibilità delle disposizioni oggetto di rinvio pregiudiziale con la direttiva 2009/28.

Il fatto che gli Stati membri non siano obbligati ad adottare regimi di sostegno delle fonti rinnovabili, non esime gli stessi, una volta che l'abbiano fatto, dal disciplinare tali regimi in coerenza con la direttiva citata e con i caratteri di stabilità e certezza giuridica dalla stessa raccomandati. Ed invero, il 'considerando' 8 invita gli Stati membri a «creare la stabilità a lungo termine di cui le imprese hanno bisogno per effettuare investimenti razionali e sostenibili nel settore delle energie rinnovabili» ed il 'considerando' 14 precisa che «la principale finalità di obiettivi nazionali obbligatori è creare certezza per gli investitori»,

---

<sup>25</sup> Si veda, in tal senso, Corte di giustizia 27 marzo 2014, in causa C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, ECLI:EU:C:2014:192, punto 49, e 30 giugno 2016, in causa C-134/15, *Lidl*, EU:C:2016:498, punto 27.



mentre il ‘considerando’ 25 individua nella garanzia del «corretto funzionamento dei regimi di sostegno nazionali (...) al fine di mantenere la fiducia degli investitori» uno strumento importante per raggiungere l’obiettivo fissato dalla direttiva.

Tali principi sono oggi codificati dall’art. 6 della direttiva 2018/2001, il quale dispone che gli Stati membri provvedono affinché il livello e le condizioni del sostegno concesso ai progetti relativi alla produzione di energia rinnovabile non subiscano revisioni tali da incidere negativamente sui diritti conseguiti e minare la sostenibilità economica dei progetti che già beneficiano del sostegno, potendone adeguare il livello in base a criteri oggettivi, a condizione che tali criteri siano stabiliti nella concezione originaria del regime di sostegno. Pertanto, la modifica di regimi incentivanti – che comunque non può incidere sui diritti conseguiti e minare la sostenibilità economica dei progetti che già beneficiano del sostegno – può avvenire solo sulla base di criteri oggettivi già stabiliti nella legge incentivante. L’operatore, quindi, deve poter sapere che, al verificarsi di condizioni obiettive, il regime incentivante subirà una modifica nelle modalità predeterminate, in modo da impostare il proprio programma di investimento, considerando anche le variabili indicate<sup>26</sup>.

Ma già la direttiva 2009/28 va interpretata alla luce dei propri ‘considerando’, i quali – come detto – indicano nella «certezza» del quadro regolatorio e nella «fiducia» degli investitori gli elementi per il conseguimento degli obiettivi dalla stessa fissati.

Del pari criticabile è lo «svilimento» operato dalla Corte delle convenzioni sottoscritte con il GSE dagli operatori beneficiari degli incentivi. Questi, infatti, ai sensi dell’art. 24, comma 2, del d.lgs. n. 28/2011, sono «contratti di diritto privato» e regolano i rispettivi obblighi e diritti, stabilendo la specifica tariffa incentivante riconosciuta al titolare degli

---

<sup>26</sup> L’art. 6 della direttiva 2018/2001/UE, inoltre, prescrive agli Stati membri una programmazione a lungo termine degli stanziamenti previsti per il sostegno alle fonti rinnovabili, in modo da offrire agli investitori un quadro e un orizzonte definito sulla base dei quali impostare i propri progetti. Gli Stati membri, infatti, devono pubblicare un calendario che anticipi i previsti stanziamenti di sostegno e copra, come riferimento, almeno i cinque anni successivi, o, in caso di vincoli di pianificazione di bilancio i tre anni successivi, indicando la frequenza dei bandi di gara, la capacità prevista, gli importi e le tecnologie ammesse a partecipare. Nell’ambito, infine, degli aggiornamenti dei piani nazionali integrati per l’energia e il clima, gli Stati devono anche, almeno ogni cinque anni, valutare l’efficacia dei propri regimi di sostegno e i relativi principali effetti distributivi sulle differenti categorie di consumatori e sugli investimenti.



impianti, individuando il periodo di tempo di corresponsione degli stessi e indicando le relative modalità e i tempi di erogazione. La circostanza, valorizzata dalla Corte, che tali convenzioni siano state stipulate sulla base di un contratto tipo non toglie nulla al carattere vincolante delle stesse. Pertanto, il diritto degli operatori alla corresponsione degli incentivi non ancora maturati è un diritto di credito che ha per oggetto una cosa futura.

La Corte riconosce che la giurisprudenza della CEDU, rilevante in virtù dell'art. 53, par. 3, CDFUE, ricomprende nell'ambito del concetto di «bene», oggetto della tutela dell'art. 17 della Carta, anche il diritto di credito, purché questo sia certo oppure si sia in presenza di circostanze specifiche che possono fondare, in capo all'interessato, il legittimo affidamento di conseguirne il valore patrimoniale. L'aver la Corte escluso che i ricorrenti potessero fare legittimo affidamento sui regimi di sostegno riconosciuti loro porta la stessa a concludere per la non applicabilità al caso dell'art. 17 della Carta. La stessa ragione è posta a fondamento dell'esclusione della violazione dell'art. 16 della Carta, nella sua accezione di tutela dell'operatore economico a poter disporre liberamente delle proprie risorse.

È quindi la ritenuta compatibilità con il principio del legittimo affidamento della disciplina oggetto del rinvio pregiudiziale che porta la Corte ad escludere la violazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta.

Ma è proprio la declinazione del principio in parola operata dalla Corte ad essere, a mio parere, criticabile.

Ho avuto modo di sostenere in altro scritto<sup>27</sup> che, l'irragionevolezza delle leggi che, con efficacia retroattiva – ancorché «impropria» – modificano in senso deteriore per i privati rapporti sorti sulla base di leggi precedenti, sta proprio nel profilo che, secondo la giurisprudenza europea – cui ha aderito la Corte costituzionale –, le rende ammissibili: la prevedibilità della modifica<sup>28</sup>. L'affidamento,

---

<sup>27</sup> F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, cit.

<sup>28</sup> Osserva A. PACE, *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posterior sibbene negli autovincoli della lex anterior*, in *Giur. cost.*, 2012, 3734 e ss., che è «manifestamente errato affermare - quando l'assetto regolatorio derivi da una legge, e non da un coacervo di atti legislativi, regolamentari e contratti collettivi - che la "fiducia nella permanenza nel tempo" della *lex anterior* debba essere "consolidata". Un'affermazione siffatta evoca un contesto ordinamentale d'altri tempi, quando la vigenza delle *Chartae libertatum* e delle

infatti, esige stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità delle scelte legislative<sup>29</sup>.

Invero, una legge di incentivazione «instabile» – di cui sia quindi prevedibile la modifica – è intrinsecamente contraddittoria. Lo Stato, una volta che abbia indotto operatori economici ad impegnarsi in investimenti che altrimenti non avrebbero sostenuto, dovrebbe poter modificare le regole poste solo in ipotesi del tutto straordinarie e, come tali, imprevedibili. Solo superiori ed incomprimibili ragioni di interesse pubblico dovrebbero poter consentire allo Stato di venir meno ad un patto concluso con i privati<sup>30</sup>, i quali andrebbero comunque indennizzati per le perdite subite. Invece, l'instabilità prevedibile – intrinseca – della legge di incentivazione contraddice il fine della legge stessa: non consentendo agli operatori di fare affidamento sugli incentivi promessi nel decidere i propri investimenti, sostanzialmente «disincentiva» gli stessi<sup>31</sup>. Ciò integra sintomo evidente dell'irragionevolezza della legge: la contraddittorietà tra mezzo e fine. Potremmo dire che nel caso si verifica un'ipotesi di «eccesso di potere legislativo»<sup>32</sup>.

---

consuetudini aveva bisogno di periodiche conferme. Per contro, a partire dallo Statuto albertino nel nostro ordinamento costituzionale la legge è efficace dal momento della sua pubblicazione fino a quando non venga abrogata da un'altra legge».

<sup>29</sup> Così M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività, Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., 39. L'Autore (in nota n. 111) riconosce però che la sistematica sottesa dall'affermazione citata nel testo non coincide con quella più diffusa, che riconnette alla certezza e non all'affidamento la prevedibilità e la stabilità (cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, 275 e ss.; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986, 1094 e ss.).

<sup>30</sup> Parla di «scambio sinallagmatico fra incentivo pubblico e svolgimento dell'attività del privato di interesse pubblico» V. ONIDA, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, cit., 25.

<sup>31</sup> Cfr. G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo. (A proposito della questione della legittimità costituzionale della l. 27 dicembre 1953 n. 959 e della l. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovraccanoni elettrici)*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, Milano, 1968, 143: «[I]a legge-incentivo, come ogni atto riferentesi ad un rapporto volontario, paritario e sinallagmatico, deve costituire un assetto stabile, deve cioè non potere essere modificata per decisione unilaterale di una sola delle parti (...) [N]on vi è alcun dubbio che il privato che volontariamente conforma la sua azione all'indirizzo che gli viene dallo Stato, che accetta l'offerta contenuta nella legge e si regola in conseguenza ponendo in essere l'iniziativa economica sollecitata dal Parlamento, a ciò si induce solo se e in quanto rimanga ferma la legge che costituisce il presupposto della sua condotta: ed egli fa affidamento, con certezza, che questa legge resterà ferma anche dopo che l'iniziativa sarà portata a termine e sino a quando i vantaggi promessi siano stati tutti realizzati. Se la legge dovesse essere modificata o revocata dopo che l'iniziativa è stata attivata, il rapporto si risolverebbe in un inganno a danno del soggetto privato, tanto più ingiusto in quanto lo Stato avrebbe fatto ricorso al suo atto più impegnativo, la legge, per creare per il privato un vero e proprio "trabocchetto"».

<sup>32</sup> Ricorre a questa categoria A. LOIODICE, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, II, Milano, 1968, 785 e ss. Sull'eccesso di potere legislativo si veda G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 143 e ss.

Sembra ragionare in questi termini l'autorevole dottrina che individua il fondamento del legittimo affidamento «negli autovincoli della *lex anterior*»<sup>33</sup>. Quando, come nelle leggi di incentivazione, il legislatore pone in essere un assetto regolatorio avente carattere di stabilità nel tempo, prevedendo termini perentori per fruire dell'incentivo, ed una durata prestabilita dello stesso, la valutazione della ragionevolezza della legge che modifica l'assetto regolatorio posto, incidendo, ancorché *pro futuro*, sui rapporti costituiti in ragione della disciplina pre-vigente, non può che essere effettuata alla luce della legge incentivante modificata, cioè prendendo in esplicita considerazione l'assetto di interessi posto in essere da essa<sup>34</sup>. Questo assetto non può che essere considerato «stabile», perché tale condizione è necessariamente propria della legge di incentivazione. Conseguentemente, il sindacato sulla ragionevolezza della legge che modifica anzitempo tale assetto deve essere assolutamente stringente, evidenziando il carattere del tutto eccezionale delle ragioni che hanno indotto (direi, costretto) il legislatore ad intervenire<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> A. PACE, *Il fondamento del legittimo affidamento*, cit. Altrettanto autorevolmente V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, 255, rileva che l'affidamento a fronte dell'attività legislativa «deriva dai contenuti della legge anteriore che viene modificata, tali cioè, rapportati nel contesto ordinamentale nel quale la legge è situata, da indurre i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'«assetto regolatorio» a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) «l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato»».

<sup>34</sup> Cfr. Corte cost. 27 giugno 2012, n. 166, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), che ha ritenuto che il principio del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica si verifica quando venga lesa la consolidata «fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio (dato dai caratteri propri di esso nel contesto dell'ordinamento vigente) in presenza di un intervento normativo incidente su tale fiducia in modo del tutto sproporzionato».

<sup>35</sup> Cfr. A. PACE, *Il fondamento del legittimo affidamento*, cit.: «[i]n teoria non è infatti escluso che un'esenzione fiscale o una sospensione del prelievo delle imposte possa essere revocata, beninteso *ex nunc*, in presenza di ragioni non gravi, ma gravissime. Ma la gravità di tali ragioni dovrà comunque essere parametrata con le ragioni per le quali l'esenzione fiscale o la sospensione del prelievo è stata precedentemente disposta, perché è sulla fiducia nelle istituzioni che si fonda l'obbligazione politica del cittadino». Critico nei confronti della giurisprudenza amministrativa che ammette, all'esito dell'annullamento giurisdizionale di un atto di regolazione tariffaria, una revisione «*ex post*» delle tariffe con efficacia *ex nunc* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI 27 marzo 2001, n. 1807 e 24 settembre 2007, n. 4896, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in E. BRUTI LIBERATI - M. DE FOCATIIS - A. TRAVI (a cura di), *Il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici*, cit., 52-57, il quale afferma che «in casi del genere la retroattività contraddice sempre all'affidamento».

Peraltro, appare assai debole l'argomento usato dalla Corte nella sentenza in commento per evidenziare la «instabilità» della disciplina incentivante interna e quindi la prevedibilità della sua variazione.

È vero che il legislatore ha rimesso ad un decreto ministeriale la definizione di programmi di incentivazione sempre meno favorevoli per il privato, in modo tale da limitare l'incentivo allo stretto necessario per rendere economicamente sostenibile e comunque profittevole l'investimento, tenendo conto del decrescere dei costi di investimento e fissando anche un limite massimo della potenza elettrica cumulativa di tutti gli impianti che avrebbero potuto beneficiare dell'incentivo. Ciò però non incide sulla «stabilità» dei singoli programmi di incentivazione. In altre, parole, l'operatore del settore sapeva che i successivi decreti ministeriali avrebbero previsto incentivi di minore entità come sapeva che avrebbe potuto fruire dell'incentivo – e quindi realizzare l'impianto – solo se fosse rientrato nel limite massimo di potenza elettrica cumulativa fissato. Una volta, però, ottenuto l'incentivo, l'operatore ben poteva confidare sulla stabilità dello stesso per tutto il periodo di incentivazione.

Inoltre, gli operatori incentivati hanno sostenuto costi esistenti al momento dell'adozione della norma di incentivazione di cui si sono avvalsi. Anzi, con i loro investimenti hanno contribuito a ridurre per il futuro quei costi, ed in ciò sta una delle finalità delle leggi di incentivazione nel settore. Operare, come ha fatto il legislatore italiano del 2014, una riduzione degli incentivi già concessi vuol dire alterare l'equilibrio economico-finanziario sulla base del quale il privato ha programmato l'investimento, in quanto i costi dello stesso sono già stati sostenuti – e su di essi non incide la progressiva riduzione indotta dal miglioramento della tecnologia –, mentre vengono ridotte le entrate.

4. *L'atteggiamento della Corte nei confronti della Carta dell'energia ed il contenzioso arbitrale sviluppatosi in ambito internazionale.* La Corte ha ritenuto non applicabile al giudizio l'art. 10 della Carta dell'energia in quanto tra i ricorrenti non figuravano operatori di Paesi *extra* UE.

In realtà, il profilo posto dal giudice del rinvio era la compatibilità della normativa interna con l'art. 216, comma 2, TFUE, «in rapporto all'art. 10 del Trattato sulla Carta europea dell'energia».

L'art. 216, comma 2, citato dispone che «[g]li accordi conclusi

dall'Unione vincolano le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri», producendo l'effetto di introdurre tali accordi nel sistema delle fonti del diritto europeo, dotandoli di efficacia vincolante<sup>36</sup>. L'inserimento degli accordi nell'ordinamento dell'Unione comporta che anch'essi sono soggetti alla competenza della Corte di giustizia e, in primo luogo, al suo potere interpretativo nel quadro del rinvio pregiudiziale<sup>37</sup> e che operano come parametri di validità sia del diritto derivato europeo<sup>38</sup> che del diritto degli Stati membri<sup>39</sup>.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha inoltre affermato che «una disposizione di un accordo concluso dalla Comunità con Paesi terzi dev'essere considerata direttamente applicabile quando, avuto riguardo alla sua lettera, nonché all'oggetto e alla natura dell'accordo, stabilisce un obbligo chiaro e preciso che non è subordinato, nel suo adempimento o nei suoi effetti, all'intervento di alcun atto ulteriore»<sup>40</sup>. Il Trattato sulla Carta dell'energia (*Energy Charter Treaty* - ECT) – ad oggi il principale accordo internazionale in materia energetica, ancorché si tratti di un Trattato regionale – è stato sottoscritto a Lisbona il 17 dicembre 1994 da cinquantadue Parti contraenti<sup>41</sup>, tra cui l'allora Comunità europea, ed è entrato in vigore il 16 aprile 1998, al momento del raggiungimento delle prime trenta ratifiche<sup>42</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. A. MIGNOLLI, *Accordi internazionali*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, II ed., Milano, 2014, 1778-1779. Cfr. Corte di giustizia 30 aprile 1974, in causa C-181/73, *Haegemann*, *Racc.*, 449, punto 5, che afferma che le disposizioni di un accordo concluso «formano, dal momento della sua entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento comunitario». Si veda anche Corte di giustizia 10 gennaio 2006, in causa C-344/04, *IATA*, punto 36, ECLI:EU:C:2006:10, che afferma il medesimo principio e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>37</sup> Si veda al riguardo Corte di giustizia, *Haegemann*, cit., punto 6.

<sup>38</sup> Corte di giustizia 21 dicembre 2011, in causa C-366/10, *Air Transport Association of America*, ECLI:EU:C:2011:864.

<sup>39</sup> Corte di giustizia 30 maggio 2006, in causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, ECLI:EU:C:2006:345.

<sup>40</sup> Corte di giustizia 12 aprile 2005, in causa C-265/03, *Simutenkov*, punto 21, ECLI:EU:C:2005:213.

<sup>41</sup> Il Trattato è stato sottoscritto, oltre che dalla Comunità europea e dagli Stati europei (anche non membri della stessa), dalla Federazione Russa e altri Stati nati a seguito della dissoluzione dell'Unione sovietica, la Turchia, il Giappone e l'Australia.

<sup>42</sup> Il Trattato colleziona diversi primati: è il primo accordo multilaterale vincolante in materia di protezione degli investimenti e il primo che contempla nello stesso testo la protezione degli investimenti e del commercio; è la prima applicazione delle regole di transito delle reti energetiche ed è il primo Trattato multilaterale che adotta come regola generale la composizione obbligatoria delle vertenze internazionali. L'Italia ha effettuato il recesso dal Trattato sulla Carta dell'energia con effetto dal gennaio 2016 ufficialmente per ragioni di *spending review*, ma probabilmente per tentare di sottrarsi alle azioni di risarcimento danni provocate dalla

L'art. 10 impone a ciascuna Parte contraente di creare condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti per gli investitori di altre Parti contraenti, con l'impegno ad accordare in ogni occasione ai loro investimenti un trattamento giusto ed equo. Gli investimenti godono, inoltre, 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<sup>43</sup>.

Il tema dell'applicazione del Trattato sulla Carta dell'energia anche a tutela di investitori appartenenti a Stati membri, liquidato dalla sentenza in commento con poche battute, avrebbe meritato ben altro approfondimento, considerato che su di esso si è formata una giurisprudenza arbitrale che ha efficacemente confutato le argomentazioni sul punto della Commissione europea.

È accaduto che in forza del Trattato sono state attivate da investitori di Stati membri procedure arbitrali contro altri Stati membri in

---

rimodulazione degli incentivi alle fonti rinnovabili (cfr. in tal senso *Rinnovabili.it* del 24 aprile 2015). Sennonché, il recesso non priverà gli investitori della protezione accordata dal Trattato per gli investimenti già effettuati e per una durata di venti anni. Inoltre, il fatto che l'Unione europea sia tuttora parte contraente del Trattato implica che l'Italia, anche dopo il suo recesso, continui ad essere vincolata alle previsioni dello stesso, atteso che questo costituisce parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione e che per espressa previsione dell'art. 216, par. 2, TFUE, gli Stati membri sono tenuti al rispetto degli accordi internazionali conclusi dall'Unione. Ampia la bibliografia sul Trattato sulla Carta dell'energia. Si vedano, tra i tanti: F. AMABILI, *L'energia sostenibile*, in R. GIUFFRIDA - F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, 373 e ss.; A. DE LUCA, *Renewable Energy in the EU, the Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefr*, in *OBEL/TDM*, 3 (2015), *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2657395*, in *papers.ssrn.com*, 8 settembre 2015; F. BUONOMENNA, *Diritto internazionale dell'energia. Sovranità territoriale e governance internazionale*, Napoli, 2012, 63 e ss.; E. GAILLARD, *Energy Charter Treaty: International center for settlement decision*, in *New York Law Journal*, n. 66, 2005, 1 e ss.; A. GIARDINA, *Il Trattato sulla Carta dell'energia del 1994*, in *Enciclopedia degli Idrocarburi*, vol. IV, Roma, 551 e ss.; R. BABADJI, *Le Traité sur la Charte Européenne de l'Énergie*, in *Annuaire Français de Droit International*, n. 2, 1996, 872 e ss.; J. TOUSCOZ, *Le Traité de la Charte de l'Énergie. Aspects juridiques*, in *Revue de l'Énergie*, 481, 1996, 484 e ss.; L. BRAZELL, *The draft energy charter treaty: trade, competition, investment and environment*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, n. 12, 1994, 299 e ss.

<sup>43</sup> «Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favorable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such investments be accorded treatment less favorable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party».



reazione a leggi retroattive di rimodulazione delle tariffe incentivanti nel settore fotovoltaico<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Il primo caso deciso è stato sollevato da *Charanne*, società di diritto olandese, e *Construction Investments*, società di diritto lussemburghese, contro la Spagna per il primo intervento, nel 2010, di rimodulazione di incentivi al fotovoltaico. Il Tribunale ha rigettato la domanda ritenendo che nessuna delle misure contestate dagli attori costituisca una drastica, discriminatoria o arbitraria modifica del regime dei sussidi tale da comportare un'alterazione completa del regime stesso (*Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC, Case No. V 062/2012, Award, 21 gennaio 2016). La decisione si basa sulla giurisprudenza arbitrale dominante, secondo cui modifiche da parte dello Stato ospite al quadro regolamentare generale esistente al momento dell'investimento possono integrare una violazione del FET (*Fair and Equitable Treatment*) quando sono «drastic» o «discriminatory» o «unreasonable» o ancora comportano una totale «alteration of the legal framework» (cfr. *Total S.A. v. Argentina*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/04/1, *Decision on Liability*, 27 dicembre 2010, par. 122; *Toto v. Lebanon*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/07/12, Award, 7 giugno 2012, par. 244; *Impregilo v. Argentina*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/07/17, Award, 21 giugno 2011, par. 291; *El Paso v. Argentina*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/03/15, Award, 31 ottobre 2011, par. 374). Sul lodo *Charanne* si veda A. DE LUCA, *Lodo favorevole alla Spagna a conclusione del primo degli investment arbitrations sorti da impianti fotovoltaici: un precedente rilevante?*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 2016, 237 e ss. Per la dottrina sul FET si veda F.M. PALOMBINO, *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012. Diverso esito hanno avuto gli arbitrati intentati contro la riforma spagnola del 2013 (regio decreto legge n. 9 del 12 luglio 2013) sugli incentivi alle rinnovabili. Il primo lodo favorevole al ricorrente è del maggio 2017 (*Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/13/36, Final Award, 4 maggio 2017). Il secondo lodo favorevole all'investitore è stato emesso presso la Camera di Commercio di Stoccolma nel febbraio 2018 (SCC 063/2015 *NovenErgia v. Spain*), ma sospeso dalla Corte d'appello svedese (*Svea hovrätt* di Stoccolma). Altri lodi di condanna della Spagna sono stati emessi nel 2018 e 2019 dall'I.C.S.I.D. in favore rispettivamente di *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.* (I.C.S.I.D. 16 maggio 2018, Case No. ARB/14/1), del fondo *Antin* (I.C.S.I.D. 15 giugno 2018, Case No. ARB/13/31) di *NextEra Energy Global Holding BV et al.* (I.C.S.I.D. 31 maggio 2019, Case No. ARB/14/11) e di *9REN Holding* (I.C.S.I.D. 31 maggio 2019, Case No. ARB/15/15). In tutti questi casi il Tribunale arbitrale ha ritenuto che la riforma spagnola del 2013 fosse «radicale, drastica e inaspettata» (si veda, per la dottrina spagnola, M. REQUENA, *Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea?*, in *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, n. 42, 2019, 71 e ss.). Nel 2018 sono intervenute le prime condanne per la Repubblica Ceca (*Natland Investment Group N.V., Natland Group Limited, G.I.H.G. Limited, Radianc Energy Holding S.à.r.l. v. The Czech Republic* - Caso PCA n. 2013-35) e per l'Italia [*Greentech Energy System A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic* - SCC Arbitration V - 2015/095 del 23 dicembre 2018]. Quest'ultima, relativa al c.d. «spalma incentivis», è stata pronunciata dal Tribunale arbitrale presso la Camera di commercio di Stoccolma. Il 7 maggio 2019 l'Italia ha subito un'altra sconfitta nell'arbitrato *Eskosol S.p.A in liquidazione v. Italian Republic*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/15/50. Secondo il rapporto *One Treaty to rule them all*, pubblicato da *Corporate Europe Observatory* a giugno 2018, il Segretariato dell'ECT ha pubblicato 114 ricorsi depositati da investitori privati. Si rinvia per una disamina di (parte di) tale contenzioso a C.A. PATRIZIA - J.R. PROFATZ - D. SAMUELS - I.V. TIMOFEEV, *Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty*, in *Global Arbitration Review*, 8 gennaio 2019; C. VERBUG - J. WAVERIJN, *Liberalizing the Global Supply Chain of Renewable Energy Technology: The Role of International Investment Law in Facilitating Flows of Foreign Direct Investment and Trade*, in *Brill Open Law*, 2019, 1 e ss., spec. 13 e ss., e F. BAETENS, *Combating climate change through the promotion of green investment: from Kyoto to Paris without regime-specific dispute settlement*, in K. MILES (ed), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Cheltenham (UK) - Northampton (MA - USA), 2019, 107 e ss.

Il Trattato prevede tre opzioni per dirimere le controversie arbitrali (artt. 26-28): il ricorso al Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti (I.C.S.I.D.) presso la Banca mondiale, se lo Stato di nazionalità dell'investitore e lo Stato convenuto siano entrambi parti della relativa convenzione, ovvero – secondo le procedure previste dall'*Additional Facility rules for the Administration of the Proceeding* – se uno solo tra i due Stati aderisce alla convenzione; all'*Arbitration Institute* presso la Camera di commercio di Stoccolma (S.C.C.) e ad un arbitro unico o ad un Tribunale *ad hoc* istituito dalla Commissione delle nazioni unite per il diritto del commercio internazionale (U.C.I.T.R.A.L.)<sup>45</sup>.

La Commissione, prendendo spunto dalla sentenza della Corte di giustizia *Achmea*<sup>46</sup>, con la comunicazione COM(2018)547 *final*, ha

---

<sup>45</sup> In particolare, l'art. 26 si applica alle controversie tra uno Stato contraente e un investitore di un altro Stato contraente, relative ad un investimento di quest'ultimo sul territorio del primo e legittima l'investitore straniero ad agire contro lo Stato ospitante in caso di una presunta violazione di un obbligo posto a carico di tale Stato, a norma della parte III dell'ECT. La norma stabilisce che le controversie siano risolte amichevolmente. Qualora la soluzione amichevole non fosse raggiunta entro tre mesi dall'inoltro della relativa richiesta, l'investitore potrà scegliere di sottoporre la controversia: alle Corti o ai Tribunali amministrativi dello Stato contraente parte della controversia; alle procedure di risoluzione precedentemente convenute con lo Stato contraente; alle procedure arbitrali di cui al comma 4 dell'art. 26.

<sup>46</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione 6 marzo 2018, in causa C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, in *Riv. dir. internaz.*, 2018, 3, 974. Il caso è nato da un rinvio pregiudiziale del giudice tedesco che, chiamato a valutare l'eventuale annullamento di un lodo arbitrale che condannava la Repubblica Slovacca a pagare un risarcimento in favore di una impresa di assicurazioni (*Achmea*), ha posto il problema della compatibilità della clausola compromissoria, prevista dall'accordo bilaterale di investimento *intra* UE, con l'ordinamento europeo. La Corte ha stabilito che «gli articoli 267 e 344 [del TFUE] devono essere interpretati nel senso che ostano a disposizioni di un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, (...) in base alle quali un investitore di uno di tali Stati membri possa, in caso di controversia, riguardante investimenti nell'altro Stato membro, avviare un procedimento nei confronti di quest'ultimo Stato membro dinanzi a un Tribunale arbitrale la cui giurisdizione è stata accettata dallo Stato membro». Per rilievi critici sulla sentenza si veda L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: More questions than Answers*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2018, 337 e ss. Si veda, però, anche S. BATTINI, *La grande avventura della giustizia amministrativa oltre lo Stato: il caso dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2019, 1003 e ss. (spec. 1022-1028), che pur rilevando la debolezza argomentativa della Corte, soprattutto nel giustificare il differente trattamento tra accordi *intra* UE e accordi stipulati dall'Unione con Stati terzi (oltre che tra accordi di investimento ed accordi commerciali), individua la ragione di ciò nella traiettoria istituzionale dell'Unione, la quale tende all'integrazione politica: «[e] se l'Unione tende a divenire una comunità politica, cioè in certa misura tende a farsi Stato, allora le controversie tra gli investitori di uno Stato membro e altri Stati membri, in effetti, non possono più concepirsi come controversie transnazionali. Esse, come detto, divengono controversie interne. La competenza del giudice dello Stato ospite non è più, per l'investitore privato, una giurisdizione straniera, bensì una giurisdizione che è tanto europea quanto è europea l'investitore stesso».



dichiarato che l'art. 26 del Trattato, concernente l'arbitrato tra investitori e Stato, «non prevede una clausola compromissoria applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE. Dato il primato del diritto dell'UE, tale clausola, se interpretata come applicabile a livello *intra* UE, risulta incompatibile con il diritto primario dell'UE e pertanto inapplicabile (...). Il fatto che l'UE abbia anche sottoscritto il Trattato sulla Carta dell'energia non influisce su tale conclusione: la partecipazione dell'UE a tale Trattato ha soltanto creato diritti e obblighi tra l'UE e i Paesi terzi e non ha influito sui rapporti tra gli Stati membri dell'UE». In buona sostanza, la Commissione sostiene che il Trattato debba per sua natura assoggettarsi a interpretazioni differenti a seconda che le relazioni giuridiche interessate riguardino o meno due o più Stati membri dell'Unione. Quando i diritti e gli obblighi invocati toccano questi ultimi e non anche Stati estranei all'Unione, ma parti dell'accordo, questo non sarebbe applicabile in quanto – nato per promuovere il mercato energetico tra la UE, i suoi Stati membri e gli Stati terzi – troverebbe applicazione solo nei rapporti tra i primi ed i secondi, non anche in quelli tra Paesi dell'Unione. La conseguenza sarebbe il difetto di giurisdizione dei collegi arbitrali per cause di investitori *intra* UE contro Paesi dell'Unione, con l'obbligo per gli organi giurisdizionali nazionali di «annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi e a rifiutare l'applicazione dello stesso».

Alla comunicazione della Commissione ha fatto seguito la dichiarazione di ventidue Stati membri dell'Unione<sup>47</sup>, con la quale gli stessi hanno informato i Tribunali arbitrali sugli investimenti delle conseguenze giuridiche della sentenza *Achmea* in tutti i procedimenti di arbitrato *intra* UE, intentati ai sensi di Trattati bilaterali di investimento conclusi tra Stati membri o del Trattato sulla Carta dell'energia ed hanno comunicato che, in cooperazione con lo Stato membro convenuto, «chiederanno agli organi giurisdizionali, compresi quelli di qualsiasi Paese terzo, incaricati di un procedimento relativo ad un lodo arbitrale *intra* UE sugli investimenti di non accertare la validità di alcun lodo o di non eseguire alcun lodo – a causa della mancanza di un valido consenso».

---

<sup>47</sup> *Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Achmea judgment and on investment protection*, in *ec.europa.eu*.

Tuttavia, sia per i procedimenti arbitrali instaurati in forza della Carta dell'energia presso l'I.C.S.I.D., che per quelli attivati presso la Camera di commercio di Stoccolma, i Tribunali arbitrali hanno già avuto modo di rigettare le eccezioni di difetto di giurisdizione che alcune parti hanno presentato nel tentativo di far valere le statuizioni della sentenza della Corte di giustizia *Achmea*<sup>48</sup>. Sennonché, i lodi emessi dall'*Arbitration Institute* presso la Camera di commercio di Stoccolma (SCC)<sup>49</sup>, sono stati sospesi dalla Corte d'appello di Stoccolma<sup>50</sup>.

In estrema sintesi, gli argomenti dedotti dalla Commissione UE a sostegno degli Stati resistenti sono i seguenti: l'art. 26 del Trattato sulla Carta dell'energia, dedicato al *Dispute Settlement*, al sesto paragrafo, nell'indicare il diritto applicabile, rinvia a «*rules and principles of international law*». Il rinvio opererebbe, quindi, anche in favore del diritto dell'Unione europea e del sistema giudiziario costruito dai Trattati UE. Pertanto, gli arbitri dovrebbero declinare la propria giurisdizione in favore delle Corti interne degli Stati membri e della Corte di giustizia<sup>51</sup>. Ulteriore argomento sarebbe fornito dalla successione tra Trattati: il Trattato di Lisbona è un accordo successivo alla Carta dell'energia e

---

<sup>48</sup> Si veda *Eskosol S.p.A. v. Italian Republic*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/15/50 del 7 maggio 2019; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/07/19; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, par. 678. I.C.S.I.D. Case No. ARB/14/1 del 16 maggio 2018 e *Greentech Energy System A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic - SCC Arbitration V - 2015/095* del 23 dicembre 2018. Per la dottrina, si veda E. SAVARESE, *Gli argomenti europeisti contra arbitratum al vaglio analitico di un Tribunale, I.C.S.I.D.: Escosol S.p.A. in liquidazione contro l'Italia*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2019, 515 e ss.; *Id.*, *Infra-EU Bits, ECT and EU competence on FDI. Greentech v. Italy and the Tower of Babel*, *ibidem*, 2, 2019, 323 e ss.

<sup>49</sup> SCC 063/2015.

<sup>50</sup> Cfr. SVEA Court of Appeal, Case no T 3229-19 del 28 marzo 2019, che ha sospeso il lodo *Greentech*, cit., di condanna dell'Italia e SVEA Court of Appeal, Case no. T 4658-18 del 16 maggio 2018, che ha sospeso il lodo *NovEnergia* cit. di condanna della Spagna.

<sup>51</sup> La sentenza *Achmea* ha evidenziato che i Trattati hanno istituito un sistema giurisdizionale, composto da giudici nazionali e dalla Corte di giustizia, che trova la propria «chiave di volta» nel «procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione». Tali principi sarebbero messi a rischio dalla clausola compromissoria contenuta nell'accordo bilaterale di investimento, in quanto questa rimette ad un collegio arbitrale il compito di pronunciarsi sul rispetto dell'accordo anche tenendo conto del diritto della parte contraente, comprendente il diritto dell'Unione. L'interpretazione del diritto europeo verrebbe così affidato ad un organismo che non può essere considerato una giurisdizione di uno degli Stati membri, non è abilitato ad adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale, e adotta pronunce sottoposte solo ad un controllo limitato da parte di giudici invece abilitati ad esperire il rinvio.

con esso incompatibile, quindi destinato a prevalere in forza degli artt. 30, secondo e quarto paragrafo<sup>52</sup>, e 41<sup>53</sup> della Convenzione di Vienna. Gli arbitri, nel rigettare tali argomenti, deducono che il rinvio operato dall'art. 26 del Trattato deve essere inteso riferito ai principi ed alle regole di diritto internazionale generale<sup>54</sup>, mentre il diritto dell'Unione è un sistema giuridico regionale, vincolante solo per i membri della stessa.

Quanto al secondo argomento, i Tribunali arbitrali escludono che il Trattato contenga una clausola di subordinazione ad altri Trattati<sup>55</sup>, ai

---

<sup>52</sup> L'art. 30 della Convenzione di Vienna dispone quanto segue: «1. Subject to Article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs. 2. When a treaty specifies that it is subject to, or that is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail. 3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty. 4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one: (a) As between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3; (b) As between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations. 5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of reasonability which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty».

<sup>53</sup> Art. 41: «1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if: (a) The possibility of such a modification is provided for by the treaty; or (b) The modification in question is not prohibited by the treaty and: (i) Does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) Does not relate to a provision, derogation from which in incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole. 2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides».

<sup>54</sup> Si veda, in particolare, *Eskosol S.p.A. v. Italian Republic*, I.C.S.I.D. Case No. ARB/15/50 del 7 maggio 2019, par. 116-120. Il Tribunale richiama il *Report* dell'*International Law Association (ILA)* sulla formazione della consuetudine, secondo cui «[s]ome commentators draw a distinction between “principles” and “rules”. Their definitions vary, but the general idea is that principles operate at a higher level of generality than rules» (*Final Report of The Committee. Statement of principles applicable to the formation of general customary international law*, Conferenza di Londra del 2000, 10-11).

<sup>55</sup> L'art. 16, invocato dalla Commissione, dispone che «[w]here two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty, (1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute resolution with respect thereto under that agreement; and (2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed

sensi dell'art. 30, par. 2, della Convenzione di Vienna. Parimenti, essi ritengono che, per gli effetti del quarto paragrafo dello stesso articolo<sup>56</sup>, i Trattati europei non riguardano la stessa materia disciplinata dalla Carta dell'energia, né sono con questa incompatibili, non potendo gli stessi essere considerati collegati istituzionalmente per il raggiungimento di un obiettivo comune<sup>57</sup>.

Quanto all'art. 41 della Convenzione di Vienna, gli arbitri escludono che il Trattato di Lisbona possa essere qualificato come accordo modificativo del Trattato sulla Carta dell'energia tra i soli Stati membri dell'UE, sia perché tale intenzione non è emersa al momento della relativa adozione, sia perché nessuno Stato parte dell'ECT ha mai notificato la conclusione di un accordo modificativo, così come previsto dalla stessa norma<sup>58</sup>.

Circa poi gli effetti della sentenza *Achmea* su arbitrati intentati, ai sensi dell'ECT, da investitori di Stati membri della UE, i Tribunali arbitrali – rilevata peraltro la diversità della fattispecie su cui è

---

to derogate from any provision of Part III o V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment». Gli arbitri, aderendo ad una prassi arbitrale consolidata, affermano che tale norma si limita a lasciare all'investitore la scelta di individuare il regime più favorevole tra l'ECT e quello dettato da un Trattato antecedente o successivo. Sulla prassi arbitrale relativa all'art. 16 dell'ECT si veda E. SAVARESE, *Infra-EU Bits, ECT and EU competence on FDI. Greenpeace v. Italy and the Tower of Babel*, in *Dir. comm. internaz.*, 2, 2019, 332-334.

<sup>56</sup> Che nell'accordare, nei rapporti tra due o più Stati parti di più Trattati, prevalenza a un Trattato successivo su di uno precedente - non terminato, né abrogato - richiede la condizione che i due Trattati da raffrontare riguardino la stessa materia e sussista incompatibilità tra le disposizioni del primo e del secondo.

<sup>57</sup> Sul punto si veda *Eskosol S.p.A.*, cit., par. 141-143. Il Tribunale richiama il *Report of the Study Group of the International Law Commission*, «*Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*», A/CN.4/L.682, del 13 aprile 2006, par. 255-256, rilevando che «in the ILC's view "the question of the relationship between two treaties cannot be resolved completely in abstraction from any institutional relationship between them". The ILC suggests the possibility of looking for "an institutional connection between 'chains' or clusters of treaties that are linked institutionally and that States parties envisage as part of the same concerned effort". The ILC further explained that "the notion of a 'regime' points to the institutional arrangements that may have been established to link sets of treaties to each other", which then allows more reasonable inferences regarding the intent of the States parties in regulating potential overlaps or conflicts as among those treaties». Quindi, il Tribunale conclude che il concetto di «materia» è connesso a quello di «regime» e, in particolare, alla volontà degli Stati di creare dei vincoli istituzionali rispetto al raggiungimento di determinati obiettivi.

<sup>58</sup> Gli argomenti degli arbitri sono ben compendati in *Eskosol S.p.A. v. Italian Republic*, cit., cui si rinvia. Si veda, su tale lodo E. SAVARESE, *Gli argomenti europeisti contra arbitratum al vaglio analitico di un Tribunale I.C.S.I.D.: Escosol S.p.A. in liquidazione contro l'Italia*, cit., 515 e ss.

intervenuta la sentenza rispetto a quella oggetto dei giudizi arbitrali<sup>59</sup> – concludono comunque per l'irrilevanza della stessa, che – vincolante nel sistema regionale regolato dai Trattati istitutivi dell'Unione – non può parimenti spiegare i propri effetti nei confronti di un Tribunale arbitrale, costituito sulla base di un Trattato multilaterale come l'ECT<sup>60</sup>. Il lodo *Eskosol* affronta anche il tema posto dalla dichiarazione dei ventidue Stati membri<sup>61</sup>, non limitandosi a riproporre le considerazioni già svolte nel rigettare gli argomenti della Commissione – ripresi dalla dichiarazione – ma esaminando gli effetti che, ai sensi della Convenzione di Vienna, la dichiarazione potrebbe produrre sulla giurisdizione arbitrale. Ebbene, il Tribunale esclude che la dichiarazione degli Stati possa essere qualificata come uno strumento adottato in connessione con la conclusione dell'ECT, ai sensi dell'art. 31, par. 2<sup>62</sup>, della

---

<sup>59</sup> Cfr. *Masdar*, cit.: «The Achmea Judgment is of limited application - first, and specifically, to the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investment between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federal Republic and, second, in a more general perspective, to any “provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic”. The ECT is not such a treaty. Thus, the Achmea Judgment does not take into consideration, and thus it cannot be applied to, multilateral treaties, such as the ECT, to which the EU itself is a party». Cfr. anche *Greentech*, cit., par. 398: «(...) the ECJ in Achmea was careful to confine its ruling to agreements “concluded between Member States”, thereby leaving open the possibility of dispute resolution pursuant to international agreements that are not “intra-EU” in the sense of being concluded by Member States as among themselves. In this connection, the Tribunal notes that the ECT includes the EU as a signatory, along with 25 states which are not EU members, as well as the 28 EU members».

<sup>60</sup> Cfr. *Greentech*, cit., par. 396-397: «First, the Tribunal’s jurisdiction in the present proceedings derives from Article 26 of ECT, not an intra-European BIT. This Tribunal agrees with the other arbitral Tribunals that have held ECT jurisdiction satisfied by the terms of Article 26 notwithstanding objections based on the character of a dispute as between an EU investment and an EU host state. Second, no difference in result can be derived from the choice of law provision in the ECT Article 26(6), which states that an investor-state arbitral Tribunal “shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty [ECT] and applicable rules and principles of international law”. In the context of the arbitral jurisdiction created by the ECT, reference to “international law” cannot be stretched to include EU law, absent doing violence to the text which would be impermissible under the Vienna Convention on the Law of Treaties, which in Article 31(1) provides that a treaty “shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose”. In that connection, the ECT contains its clear requirement of a decision under “principles of international law” which must in context refer to public international law, not EU law. The Tribunal has not been called upon to apply EU law, since Claimants asserted breaches of the ETC and international law, but not of EU law».

<sup>61</sup> Cfr. *Eskosol*, cit., par. 207-227.

<sup>62</sup> Il quale prevede che «[t]he context for the purpose of the interpretation of a treaty shall

Convenzione di Vienna, per essere intervenuta venticinque anni dopo la conclusione del Trattato<sup>63</sup>, e che la stessa possa valere come accordo successivo concluso tra le parti del Trattato da interpretare, ai sensi del terzo paragrafo<sup>64</sup> dello stesso art. 31, in quanto – rinviando per le altre argomentazioni al lodo<sup>65</sup> – è stata adottata solo da una parte di esse, concludendo, quindi, per la sua irrilevanza.

Degna di nota, però, è la considerazione finale, in punto di giurisdizione, che il lodo *Eskosol* esprime, laddove afferma che anche qualora la dichiarazione dei ventidue Stati dovesse essere considerata un'interpretazione vincolante dell'art. 26, par. 6, dell'ECT, il Tribunale non potrebbe accettare «that it should be given retroactive effect to require the termination of pending arbitration, initiated in good faith by an investor years before the Declaration was issued, and indeed already *sub judice* as of its issuance». Il Tribunale poi aggiunge: «[g]iving it such effect in a pending case would go against the security of the legal order intended to be achieved by Article 25(1) of the I.C.S.I.D. Convention, namely that “[w]hen the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”»<sup>66</sup>. Emerge da queste poche parole un'accezione dei principi di certezza giuridica e di tutela dell'affidamento assai più rigorosa di quella accolta dalla Corte di giustizia UE, dalla Corte EDU e dalla nostra Corte costituzionale. E ciò forse per la matrice privatistica degli arbitrati internazionali e della

---

comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (...); (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty».

<sup>63</sup> Il Tribunale rileva che «the January 2019 Declaration was not “made... in connection with the conclusion” of the ECT, in the sense that various instruments deposited as part of its ratification process were, and thus hardly can be considered a reliable record of the contemporaneous understanding of the relevant Contracting Parties at the time the ECT come into force. To the contrary, it was issued 25 years after [enfasi nel testo] the “conclusion” of the ECT, in the context of pending arbitrations against various EU Member States» (*Eskosol*, cit., par. 219).

<sup>64</sup> Il quale prevede che «[t]here shall be taken into account, together with the context: (a) Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions».

<sup>65</sup> In particolare, il Tribunale ha affermato che: «[t]o the contrary, while denominated as “interpretation”, the Declaration is more a statement of current political will. This is quite different from the types of “subsequent agreements” that VCLT Article 31(3)(a) was intended to address» (par. 222) e che «VCLT Article 31(3)(a) is not, however, a trump card to allow States to offer new interpretations of old treaty language, simply to override unpopular treaty interpretations based on the plain meaning of the terms actually used».

<sup>66</sup> *Eskosol*, cit., par. 226.

relativa giurisprudenza. Come osservato dalla dottrina che ha indagato il tema dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti, «[l]a giurisprudenza arbitrale definisce progressivamente i limiti dell'esercizio del potere pubblico, attingendo però a un patrimonio giuridico che è in larga misura di impronta privatistica, ispirato alla logica paritaria, di equilibrio e bilanciamento fra gli interessi delle parti, attenta al *pacta sunt servanda* e alla correttezza e buona fede nell'esecuzione dell'accordo»<sup>67</sup>.

Per concludere, si può affermare che la tutela accordata agli investimenti dall'art. 10 del Trattato sulla Carta dell'energia è parte integrante dell'ordinamento europeo e parametro di validità del diritto derivato dell'Unione e del diritto interno degli Stati membri.

Il tema è se – come afferma la Commissione – tale tutela operi solo nei confronti di investitori *extra* UE o dalla norma si possa trarre un principio generale applicabile a qualsiasi investimento in materia di energia.

La questione è aperta e di non facile soluzione.

A me pare si possano spendere due argomenti a sostegno della tesi dell'applicazione dell'art. 10 anche agli investimenti *intra* UE. Il primo, di carattere formale, è che la norma si riferisce agli *Investors of other Contracting Parties*, ed essendo stato il Trattato sottoscritto dai singoli Stati membri, oltre che dall'Unione, ognuno di questi è rispetto agli investitori di un altro Stato membro *other Contracting Party*. L'altro argomento è che la tesi della Commissione cristallizzerebbe una disparità di trattamento tra gli investitori di Paesi *extra* UE e gli investitori di Stati membri. I primi godrebbero, infatti, di una tutela negata ai secondi.

È lecito pertanto chiedersi come avrebbe deciso la Corte di giustizia se tra i ricorrenti vi fossero stati investitori di Paesi *extra* UE. Avrebbe forse potuto accordare la tutela prevista dall'art. 10 della Carta a questi e negarla agli investitori europei?

---

<sup>67</sup> S. BATTINI, *La grande avventura della giustizia amministrativa oltre lo Stato: il caso dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti*, cit., 1012.