

10 OTTOBRE 2018

Controlli e sanzioni in materia di  
incentivi alle fonti energetiche  
rinnovabili

di Francesco Scalia

Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'ambiente  
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale



# Controlli e sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili \*

**di Francesco Scalia**

Professore a contratto di Diritto urbanistico e dell'ambiente  
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** L'evoluzione della disciplina dei poteri di controllo e sanzionatori del GSE in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili. **3.** Confronto tra le tre diverse ipotesi normative di attenuazione delle misure applicabili dal GSE. **4.** Le misure applicabili dal GSE tra potestà di autotutela e potere sanzionatorio. **5.** Le misure applicabili dal GSE qualificabili come atti di autotutela. **6.** Le misure applicabili dal GSE quali espressione del potere sanzionatorio. **7.** Postilla: una legislazione troppo pervasiva (o un'amministrazione troppo timida, che sollecita la copertura del Legislatore).

## **1. Premessa**

La legge di bilancio per il 2018 (l. 27 dicembre 2017, n. 205) è intervenuta sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili. In particolare, l'art. 1, comma 960, della legge integra l'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28 del 3 marzo 2011 (cosiddetto «Decreto Romani»), introducendo una graduazione delle misure che il Gestore dei servizi energetici – GSE può comminare in caso di riscontro, nell'ambito dei controlli dallo stesso effettuati, di violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi. Il Legislatore ha così affermato la necessaria proporzionalità delle sanzioni in materia di incentivi per le fonti energetiche rinnovabili, accogliendo il sia pur non esplicito invito rivoltogli dalla Corte costituzionale con la sentenza 10 marzo 2017, n. 51<sup>1</sup>.

Il presente contributo intende offrire un quadro della disciplina dei controlli e misure applicabili all'esito degli stessi in materia di incentivi alle fonti rinnovabili, della sua evoluzione, degli interventi giurisprudenziali più significativi che l'hanno segnata.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Sulla sentenza citata sia consentito rinviare a F. SCALIA, *La Corte costituzionale e i poteri sanzionatori del GSE in materia di incentivi agli impianti di energia rinnovabile*, in *Rivista di diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente* – [www.rivistadga.it](http://www.rivistadga.it), n. 2/2017.

## 2. L'evoluzione della disciplina dei poteri di controllo e sanzionatori del GSE in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili

I poteri di controllo e sanzionatori conferiti al GSE in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili sono disciplinati dal d.lgs. n. 28 del 2011<sup>2</sup>, di recepimento della direttiva 2009/28/CE<sup>3</sup> sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE<sup>4</sup> e 2003/30/CE, sulla base della delega e dei principi contenuti nella legge n. 96 del 4 giugno 2010 (legge comunitaria del 2009).

A norma dell'art. 3 della legge citata, il Governo è stato delegato ad adottare disposizioni recanti sanzioni, penali o amministrative, per le violazioni di obblighi contenuti in direttive comunitarie, per il tramite di successivi decreti legislativi da emanarsi nel rispetto dei principi e dei criteri fissati dall'art. 2, comma 1, lett. c) della stessa legge delega. La norma dispone che le sanzioni: siano determinate nella loro entità; tengano conto della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto che ciascuna infrazione presenta in astratto; tengano conto delle specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza; tengano conto del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce; debbano essere identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per violazioni omogenee di pari offensività.

In attuazione della delega conferita, l'art. 42 del Decreto Romani ha introdotto una specifica disciplina dei controlli e delle sanzioni che il Gestore dei servizi energetici - GSE è chiamato ad comminare nell'esercizio delle funzioni allo stesso attribuite in via esclusiva in materia di erogazione degli incentivi nel settore termico ed elettrico. Infatti, tale erogazione è subordinata alla verifica dei dati forniti dai

---

<sup>2</sup> Sulla necessità di un fondamento normativo per le attività di verifica ispettiva, ai fini della garanzia del principio di legalità, si veda A. TRAVI, *I poteri di revisione del G.S.E.*, in P. BIANDRINO e M. DE FOCATIIS (a cura di), *Efficienza energetica ed efficienza del sistema dell'energia: un nuovo modello?*, Milano, 2017, pp. 124-125.

<sup>3</sup> La Commissione Europea, con la Comunicazione "*Clean Energy for All Europeans*", ha presentato il 30 novembre 2016 un corposo pacchetto di proposte legislative e di analisi che riguardano la *governance* dell'Unione dell'energia, l'efficienza energetica, le energie rinnovabili, l'assetto del mercato dell'energia elettrica e la sicurezza dell'approvvigionamento elettrico, l'*ecodesign* e una strategia per la mobilità sostenibile connessa e automatizzata. Tra le proposte legislative incluse nel pacchetto vi è la proposta di direttiva sulla promozione dell'uso da fonti rinnovabili (rifusione) [COM(2016) 767 final], che, se adottata, comporterà l'abrogazione dell'attuale direttiva sulle energie rinnovabili (direttiva 2009/28/CE) a partire dal 1° gennaio 2021.

<sup>4</sup> La direttiva 2001/77/CE è stata recepita in Italia con il d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, il cui art. 7 ha preso in considerazione la produzione di elettricità mediante conversione fotovoltaica della fonte solare, demandando ad uno o più decreti interministeriali (del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e d'intesa con la Conferenza unificata) la definizione dei criteri di incentivazione. I decreti adottati in base all'art. 7 citato sono comunemente conosciuti con la denominazione di «conti energia» e sono identificati con numero ordinale progressivo in relazione alle versioni via via succedutesi, con le quali sono state avviate cinque diverse procedure di accesso alle incentivazioni.

responsabili che presentano istanza, effettuata attraverso i controlli della documentazione trasmessa nonché con controlli a campione sugli impianti (art. 42, comma 1). Ebbene, ai sensi dell'art. 42, terzo comma, qualora nell'ambito dei controlli eseguiti vengano riscontrate violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE ha il potere di disporre il rigetto della relativa istanza di erogazione degli incentivi ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate e la trasmissione all'Autorità dell'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni (pecuniarie da euro 2.500 ad euro 150.000) di cui all'art. 2, comma 20, lett. c) della legge 14 novembre 1995, n. 481.

Il quinto comma dell'articolo 42 ha demandato ad un successivo decreto del Ministero dello Sviluppo Economico, sulla base degli elementi forniti dal GSE, la definizione di una disciplina organica dei controlli che, in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità doveva stabilire le procedure per lo svolgimento dei controlli sugli impianti di competenza del GSE e la definizione delle violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale.

Il Ministero dello Sviluppo Economico ha, quindi, adottato il decreto ministeriale 31 gennaio 2014, recante disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del GSE.

Sulla base degli elementi forniti dal GSE, il Ministero dello Sviluppo Economico ha introdotto all'allegato 1 del decreto un elenco delle violazioni rilevanti, al ricorrere delle quali il GSE dispone, ai sensi dell'articolo 11 del decreto medesimo, il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate.

Sono previste delle eccezioni per gli impianti fino a 20 kW, per i quali, se le violazioni non comportano variazioni superiori al 10 per cento dell'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare, la decadenza dagli incentivi non viene applicata automaticamente, fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite. Tale eccezione non si applica qualora la violazione abbia comportato l'elusione dei meccanismi di aste e registri.

L'art. 11 prevede, altresì, che *«Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegue l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate»*, con ciò volendo sottolineare il carattere non tassativo dell'elencazione di cui all'allegato 1 del decreto.

L'articolo 23, comma 3, del Decreto Romani, inoltre, aveva previsto un'ulteriore tipologia di sanzione che andava ad aggiungersi a quelle indicate (*i.e.* rigetto istanza o decadenza dagli incentivi con recupero di quelli già erogati). In particolare, ai sensi della norma citata, non avevano diritto a percepire gli incentivi

per la produzione di energia da fonti rinnovabili, da qualsiasi norma previsti, i soggetti per i quali le autorità e gli enti competenti avessero accertato la fornitura di dati o documenti non veritieri, ovvero di dichiarazioni false o mendaci, in relazione alla richiesta di qualifica degli impianti o di erogazione degli incentivi.

Fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite, la condizione ostativa alla percezione degli incentivi avrebbe avuto durata di dieci anni dalla data dell'accertamento e si sarebbe applicata alla persona fisica o giuridica che ha presentato la richiesta, nonché: al legale rappresentante che ha sottoscritto la richiesta; al soggetto responsabile dell'impianto; al direttore tecnico; ai soci, in caso di società in nome collettivo; ai soci accomandatari, in caso di società in accomandita semplice; agli amministratori con potere di rappresentanza, in caso di altro tipo di società o consorzio.

A sua volta, la norma transitoria di cui all'articolo 43, comma 1, del Decreto Romani – con riferimento alle dichiarazioni mendaci attinenti alle richieste di accesso agli incentivi per gli impianti rientranti nel regime tariffario previsto dall'art. 2-*sexies* del d.l. n. 3 del 2010<sup>5</sup> – aveva disposto che *«il GSE rigetta l'istanza di incentivo e dispone contestualmente l'esclusione dagli incentivi degli impianti che utilizzano anche in altri siti le componenti dell'impianto non ammesso all'incentivazione. Con lo stesso provvedimento il GSE dispone l'esclusione dalla concessione di incentivi per la produzione di energia elettrica di sua competenza, per un periodo di dieci anni dalla data dell'accertamento, della persona fisica o giuridica, che ha presentato la richiesta»* nonché dei medesimi altri soggetti elencati *sub* lettere da a) a f) dell'art. 23, comma 3, e sopra riportati.

Sia l'art. 23, comma 3, che l'art. 43, comma 1, sono stati censurati dalla Corte costituzionale, con sentenza 10 marzo 2017, n. 51, per violazione dell'art. 76 Cost. (eccesso di delega), in quanto hanno introdotto una misura interdittiva *«eccentrica rispetto al perimetro dell'intervento disegnato dalla legge di delega che, in tema di infrazioni, ha previsto unicamente l'esercizio del potere di irrogare sanzioni penali o amministrative, limitando queste ultime solo a quelle di tipo pecuniario»*. La misura interdittiva censurata sarebbe inoltre – a giudizio della Corte – in

---

<sup>5</sup> La Corte evidenzia che «Poiché, peraltro, l'entrata in esercizio restava subordinata all'autorizzazione del gestore di rete alla connessione e alla realizzazione dell'impianto, per la quale occorre tempo lunghi e non preventivabili, sottratti alla disponibilità del richiedente, l'articolo 1-*septies* del decreto-legge 8 luglio 2010, n. 105 (Misure urgenti in materia di energia), convertito, con modificazioni, dalla legge 13 agosto 2010, n. 129, modificando il predetto articolo 2-*sexies*, ha esteso la possibilità di usufruire delle tariffe previste dal “secondo conto energia” a tutti gli impianti che alla data del 31 dicembre 2010 avessero completato i lavori di realizzazione e fossero poi entrati in esercizio entro il 30 giugno 2011, ponendo quale condizione, oltre a quelle già previste dall'art. 5 del citato Dm 19 febbraio 2007 (tra le quali la presentazione della richiesta del beneficio entro sessanta giorni dalla data di entrata in esercizio dell'impianto), la comunicazione al gestore della rete e al Gestore dei servizi energetici (GSE) della fine dei lavori entro la suddetta data del 31 dicembre 2010, asseverata dalla dichiarazione di un professionista».

manifesto contrasto con «i principi di proporzionalità ed adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore»<sup>6</sup>.

La Corte Costituzionale ha inoltre tenuto ad evidenziare per inciso che l'art. 42, comma 3, del Decreto Romani, – la norma madre del sistema sanzionatorio oggi vigente – non è stato «raggiunto da censura in alcuna delle ordinanze di rimessione», quasi a lasciare intendere che se ciò fosse avvenuto, il giudizio di incostituzionalità avrebbe potuto riguardare anche tale norma.

Invero, in sede di attuazione della delega contenuta nella legge comunitaria 2009, il Legislatore avrebbe dovuto rispettare i principi ed i criteri direttivi posti dall'art. 2, introducendo delle sanzioni che fossero determinate nella loro entità e soprattutto che tenessero conto: (i) della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto; (ii) delle specifiche qualità personali del colpevole e (iii) del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce. Inoltre, come sottolineato dalla Corte, le sanzioni amministrative avrebbero dovuto essere solo di tipo pecuniario ed entro limiti definiti («pagamento di una somma non inferiore a 150 euro e non superiore a 150.000 euro»).

Al contrario, il sistema sanzionatorio disciplinato dall'art. 42, comma 3, citato – anche all'esito dell'intervento della Corte costituzionale – era assolutamente rigido ed eccessivamente penalizzante per l'operatore il quale, a fronte di una qualsiasi irregolarità eventualmente riscontrata in sede di verifica da parte del GSE (sia pur solo documentale o di carattere tecnico) ed a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'elemento soggettivo (equiparandosi nei fatti il dolo o la colpa grave alla semplice imperizia e persino al mero errore materiale), veniva sanzionato con la decadenza dagli incentivi, e la restituzione di quelli già percepiti, con una potenziale sproporzione tra la violazione commessa e la misura comminata. Non solo, ma l'art. 42 continua a prevedere solo misure interdittive – qual è, come si vedrà *infra*, la decadenza – all'esito dell'accertamento delle violazioni rilevanti, mentre la legge delega consentiva di prevedere solo sanzioni penali ed amministrative, quest'ultime solo pecuniarie.

Né tali criticità sono state superate dal decreto ministeriale 31 gennaio 2014. Questo, infatti, ha previsto per tutte le violazioni rilevanti elencate nell'allegato 1<sup>7</sup> il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli

---

<sup>6</sup> Sul sistema sanzionatorio delineato dalle due norme citate, prima della pronuncia della Corte costituzionale, si vedano: P. CHIRULLI, *Il Giudice amministrativo censura l'uso "disinvolto" da parte del GSE del potere sanzionatorio previsto dall'art. 43 del D.Lgs. n. 28 del 2011 per gli impianti fotovoltaici*, in *Federalismi.it*, n. 7/2013; A.G. PIETROSANTI, *Sull'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 43, D.Lgs. n. 28 del 2011 in materia di incentivi agli impianti fotovoltaici*, in *Foro Amm. – TAR*, fasc. 6, 2013, 1973 ss; F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa. Gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro Amm.-TAR*, 2013, p. 1228. Sull'ordinanza del Consiglio di Stato di rimessione della questione di costituzionalità (Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2014, n. 3496) si veda il commento di P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*. Sul tema sia consentito inoltre il rinvio a F. SCALIA, *I poteri sanzionatori del Gse: profili di incostituzionalità e ipotesi di riforma*, in *reteambiente*, 13 ottobre 2015.

<sup>7</sup> Con l'eccezione delle violazioni che riguardano impianti con potenza nominale fino 20 kv. e che comportano variazioni inferiori al 10 per cento dell'importo degli incentivi annualmente percepiti dal titolare, le quali non

incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate (art. 11). Inoltre, come evidenziato, l'elenco portato dall'allegato al decreto non avrebbe carattere tassativo (cfr. l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 11), così rendendo indeterminato ed indeterminabile l'ambito di applicazione del provvedimento sanzionatorio del GSE. In particolare, la "clausola di salvaguardia" di cui all'art. 11, comma 1<sup>8</sup>, del decreto non solo, ad avviso di chi scrive, priva di utilità la stessa elencazione delle violazioni rilevanti (che assumerebbe solo funzione esemplificativa), ma si pone in contrasto con lo stesso Decreto Romani in attuazione del quale è stato emanato il decreto. L'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, difatti, richiedeva al Ministero dello Sviluppo Economico, fra le altre cose, di stabilire «*le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale*» ed «*in conformità ai principi di efficienza, efficacia e proporzionalità*», senza lasciare spazio a norme di chiusura che consentissero al GSE di applicare sanzioni in casi ulteriori e diversi da quelli (che avrebbero dovuto essere) tassativamente indicati. Peraltro, la mancata tassatività dell'elencazione delle violazioni rilevanti, al fine dell'applicazione delle sanzioni descritte, si pone in contrasto con il principio di certezza delle regole la cui violazione comporta l'applicazione di sanzioni, desumibile dall'art. 1 della l. n. 689 del 1981<sup>9</sup> per le sanzioni pecuniarie, e per le altre alle quali la stessa legge trova applicazione, ma – come vedremo – predicabile per tutte le misure aventi carattere sanzionatorio.

In questo quadro si inserisce l'intervento della legge di bilancio per il 2018, che ha aggiunto al comma 3 dell'art. 42, d.lgs. n. 28 del 2011 quanto segue: «*In deroga al periodo precedente, al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono incentivi, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa tra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione. Nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile al di fuori di un procedimento di verifica e controllo le decurtazioni sono ulteriormente ridotte di un terzo*». Inoltre, la norma ha aggiornato il comma 5 dell'art. 42 – che come detto rinvia al Ministero dello Sviluppo Economico la disciplina organica dei controlli – introducendo, con la lettera c-bis), tra i contenuti di detta disciplina, l'indicazione delle «*violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3*»<sup>10</sup>.

---

determinano la decadenza dagli incentivi, fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite (art. 11, comma 2, d.m. cit.).

<sup>8</sup> «Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate».

<sup>9</sup> «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati».

<sup>10</sup> In attesa dell'emanazione del decreto ministeriale il Consiglio di Stato, in sede cautelare, sta sospendendo i provvedimenti di decadenza del GSE, nella parte in cui dispongono il recupero degli incentivi già erogati, «tenuto conto della nuova formulazione dell'art. 42, comma 3, del decreto legislativo n. 28/2011, come introdotta dalla

L'intervento del Legislatore sembra così aver sanato – come vedremo solo in parte – la paventata incostituzionalità<sup>11</sup> del sistema sanzionatorio declinato dall'art. 42, comma 3, citato, introducendo una gradazione della sanzione ancorata all'entità della violazione riscontrata, in coerenza con il principio di proporzionalità della sanzione in relazione della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto ed al vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare all'autore della stessa, posto tra i principi e criteri direttivi dalla legge delega. È vero che continua a trattarsi di sanzioni diverse da quelle pecuniarie (le sole sanzioni amministrative che il decreto delegato avrebbe dovuto disciplinare), ma è da ritenere che il nuovo intervento legislativo, sia pure modificativo di un decreto delegato, sia svincolato dai criteri direttivi della legge delega, essendo nuova esplicazione della piena potestà legislativa del Parlamento.

Sembrano, invece, rispondere al criterio della valorizzazione dell'elemento soggettivo posto dalla legge delega<sup>12</sup> i nuovi commi 3-*quater* e 4-*bis*, aggiunti all'art. 42 d.lgs. n. 28 del 2011, rispettivamente, dall'art. 1, comma 89, l. 4 agosto 2017, n. 124 e dall'art. 57-*quater* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50<sup>13</sup>.

La prima delle norme citate, dichiaratamente al fine di salvaguardare «*la buona fede di coloro che hanno realizzato l'investimento*», applica una decurtazione del 30 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione, agli impianti a potenza compresa tra 1 e 3 kw nei quali, a seguito di verifica, risultino installati moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento. Il comma 4-*bis* si riferisce invece agli impianti di potenza superiore a 3 kw che risultino, sempre all'esito di verifiche o controlli, trovarsi nelle anzidette condizioni. In questo caso la decurtazione è del 20 per cento della tariffa incentivante base per l'energia prodotta dalla data di decorrenza della convenzione con il GSE e si applica su istanza del beneficiario e a condizione che lo stesso abbia intrapreso le azioni consentite dalla legge nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli. Per entrambe le fattispecie viene meno comunque la maggiorazione del 10 per cento prevista per gli impianti il cui costo di investimento, relativo ai componenti diversi dal lavoro, sia per non meno del 60 per cento riconducibile ad una produzione realizzata all'interno dell'Unione europea<sup>14</sup>.

---

legge di bilancio per il 2018, di cui il T.A.R. potrà approfondire portata ed eventuali limiti di applicazione» (tra le tante: Cons. St., sez. IV, ord. 19 gennaio 2018, n. 221).

<sup>11</sup> Sia consentito rinviare sul punto a F. SCALIA, *La Corte costituzionale e i poteri sanzionatori del GSE in materia di incentivi agli impianti di energia rinnovabile*, cit..

<sup>12</sup> Art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 96 del 2010: «Nell'ambito dei limiti minimi e massimi previsti, le sanzioni indicate nella presente lettera sono determinate nella loro entità, tenendo conto [...] di specifiche qualità personali del colpevole, comprese quelle che impongono particolari doveri di prevenzione, controllo o vigilanza [...]».

<sup>13</sup> Convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96.

<sup>14</sup> Art. 14, comma 1, lett. d), d.m. 5 maggio 2011, n. 52804.

Il comma 4-*ter*, con riferimento agli impianti con potenza superiore ai 3 kw, prevede il dimezzamento della decurtazione qualora la mancanza di certificazione o la mancata rispondenza della certificazione sia dichiarata dal soggetto beneficiario, al di fuori di un procedimento di verifica e controllo.

Sempre per gli impianti con potenza superiore ai 3 kw il GSE deve in ogni caso accertare la sostanziale ed effettiva rispondenza dei moduli installati ai requisiti tecnici e la loro perfetta funzionalità e sicurezza.

### **3. Confronto tra le tre diverse ipotesi normative di attenuazione delle misure applicabili dal GSE**

Si è visto che, in tempi diversi – ancorché ravvicinati – il Legislatore è intervenuto più volte al fine di attenuare il rigore delle conseguenze previste dall'art. 42 in materia di incentivi alle fonti rinnovabili, in caso di violazione riscontrate nei controlli ovvero, per gli impianti fotovoltaici, di difformità dei moduli rispetto alle certificazioni richieste dalla normativa. Lo ha fatto, da ultimo, in sede di legge di bilancio, in via generale, graduando in ragione dell'entità delle violazioni la decurtazione dell'incentivo, in deroga al sistema sanzionatorio disciplinato dall'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011; lo ha fatto, inoltre, con d.l. n. 50 del 2017 e con l. n. 124 del 2017, prevedendo una decurtazione dell'incentivo (in misura, rispettivamente, del 20 e del 30 per cento), per impianti con potenza superiore ai 3 kw e per impianti con potenza da 1 a 3 kw, nei quali, a seguito di verifica, risultino installati moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento. Ora, mentre la prima norma riguarda tutte le fonti rinnovabili, di cui il Legislatore dichiara voler salvaguardare la produzione, la seconda e la terza norma si riferiscono, sia pur con la medesima finalità, ai soli impianti fotovoltaici.

Si pone quindi il problema di coordinare i diversi interventi legislativi e di indagare se è possibile una loro interpretazione che ne garantisca coerenza e ragionevolezza.

Innanzitutto, solo il terzo comma dell'art. 42 citato sembra disciplinare misure sanzionatorie. Il presupposto della loro applicazione, infatti, è che siano state riscontrate violazioni nell'ambito dei controlli effettuati dal GSE o da altri soggetti nell'ambito delle proprie competenze (ai sensi, rispettivamente, dei commi 1 e 2 dell'art. 42 cit.). Si deve trattare, inoltre, di «*violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi*». La norma, infatti, così circoscrive l'ambito di applicazione delle sanzioni previste e il quinto comma dello stesso articolo, nell'affidare ad un decreto del Ministero dello sviluppo economico la disciplina organica dei controlli, dispone che lo stesso debba stabilire – tra l'altro – «*le violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi in relazione a ciascuna fonte, tipologia di impianto e potenza nominale*». Su questo presupposto, il Consiglio di Stato, con sentenza della sezione Quarta n. 2006 del 18 maggio 2016, ha annullato la sanzione della decadenza dall'incentivo, con restituzione di quanto già percepito, comminata dal GSE al titolare di un impianto fotovoltaico realizzato con pannelli cinesi, avendo correttamente ritenuto tale circostanza non rilevante ai fini dell'erogazione dell'incentivo, ma solo

ai fini della maggiorazione prevista dall'art. 14, comma 1, lett. d), del d.m. 5 maggio 2011 per gli impianti il cui costo di investimento, relativo ai componenti diversi dal lavoro, sia per non meno del 60 per cento riconducibile ad una produzione realizzata all'interno dell'Unione europea<sup>15</sup>.

Gli altri due interventi legislativi, invece, non sembrano riferirsi a sanzioni amministrative. In entrambi i casi, infatti, presupposto dell'intervento è l'assenza di colpa in capo al beneficiario dell'incentivo, il quale, nell'un caso (impianti di potenza superiore ai 3 kw) deve aver già intrapreso – al momento dell'istanza – le azioni consentite dalla legge nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli, nell'altro caso (impianti di potenza tra 1 e 3 kw) mantiene tale diritto di rivalsa, ancorché al momento ancora non esercitato. Le due norme, invero, disciplinano un regime (nelle intenzioni) di miglior favore per il titolare dell'impianto fotovoltaico beneficiario di incentivi, nelle ipotesi in cui la difformità tra i moduli e la certificazione prodotta o – comunque – richiesta dalla normativa non sia imputabile a responsabilità dello stesso. Al dichiarato fine di tutelare la produzione di energia elettrica da impianti fotovoltaici, il Legislatore ha previsto una decurtazione del venti per cento (su richiesta dell'interessato per impianti con potenza superiore a tre kw) e del trenta per cento (sembrerebbe, automaticamente, per impianti con potenza tra 1 e 3 kw) rispetto alla decadenza dell'incentivo e la restituzione di quanto già percepito. Ciò a condizione – quantomeno per gli impianti con potenza superiore a 3 kw – che il GSE accerti, sulla base di idonea documentazione prodotta dagli istanti, la sostanziale ed effettiva rispondenza dei moduli installati ai requisiti tecnici e la loro perfetta funzionalità e sicurezza.

Sennonché, tali soluzioni erano state pensate quando la Giurisprudenza sembrava ritenere operasse un automatismo tra la non conformità dei moduli e decadenza dagli incentivi. Con il richiamato intervento chiarificatore del Consiglio di Stato, il quale ha escluso per l'applicazione della sanzione prevista dal terzo comma dell'art. 42 ogni automatismo, richiedendo invece al GSE l'apprezzamento circa la rilevanza della violazione ai fini dell'erogazione dell'incentivo, il regime – nelle intenzioni – di miglior favore si è rivelato penalizzante per i beneficiari di incentivi e tale da sollevare dubbi circa la sua costituzionalità. Ciò tanto più oggi, all'esito delle modifiche portate dalla legge di bilancio per il 2018, la quale ha graduato le sanzioni previste dal terzo comma dell'art. 42 secondo il principio di proporzionalità.

Ed invero, i commi 3-*quater* e da 4-*bis* a 4-*quinquies* prevedono, pur in assenza di illecito amministrativo (anzi, sul presupposto dell'assenza di colpa del beneficiario), la decurtazione dell'incentivo e l'annullamento della maggiorazione del 10 per cento per gli impianti realizzati con componenti nella gran parte prodotte in Europa, per il fatto solo della non rispondenza dei moduli alla certificazione prodotta o prevista e nonostante questi rispondano ai requisiti tecnici imposti dalla normativa e siano

---

<sup>15</sup> Avverso la citata sentenza del Consiglio di Stato, il GSE ha proposto ricorso per Cassazione per difetto di giurisdizione ed eccesso di potere giurisdizionale, ricorso respinto con sentenza Sez. un., 20 aprile 2017, n. 9967.

perfettamente funzionali e sicuri. È evidente l'irragionevolezza di tali norme se confrontate con il nuovo regime sanzionatorio in materia di incentivi alle fonti rinnovabili. Infatti, la decurtazione prevista sembra operare indipendentemente dalla rilevanza del vizio ai fini dell'erogazione dell'incentivo. Facendo applicazione delle norme in commento, quindi<sup>16</sup>, un impianto realizzato con moduli non europei, ma rispondenti ai requisiti tecnici, funzionali e sicuri, deve non solo, come giusto, perdere la maggiorazione prevista dall'art. 14, comma 1, lett. d), d.m. 5 maggio 2011, ma subire una decurtazione – a seconda delle dimensioni – del venti o del trenta per cento dell'incentivo; ciò mentre il sistema sanzionatorio previsto dal comma 3 dell'art. 42 prevede in questo caso che il GSE, valutata la rilevanza della violazione (ricorrente, nell'esempio fatto, solo per la maggiorazione del dieci per cento), gradui la decurtazione (di detta maggiorazione) tra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione<sup>17</sup>.

#### **4. Le misure applicabili dal GSE tra potestà di autotutela e potere sanzionatorio**

La Giurisprudenza che si è formata sui provvedimenti di decadenza dagli incentivi disposti dal GSE non è univoca nel qualificare la natura di tali atti.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ricondotto il provvedimento di decadenza nel *genus* dell'annullamento d'ufficio, richiedendo un'adeguata motivazione circa la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale diverso dal ripristino della legalità violata e prevalente rispetto all'interesse del controinteressato ed a quello «*della collettività a beneficiare di un tipo di energia la cui produzione è incentivata in ragione del perseguimento di obiettivi di pubblica rilevanza*»<sup>18</sup>. Più recentemente, lo stesso Giudice ha invece affermato che il provvedimento di decadenza, pur reso «*in sede di autotutela*», «*è un atto vincolato di decadenza accertativa dell'assodata mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti ab origine l'ammissione al finanziamento pubblico*», privo di natura sanzionatoria, non presupporrebbe, quindi, il dolo o la colpa del destinatario<sup>19</sup>. Sempre il Consiglio di Stato ha infine ritenuto che «*la verifica espletata dal Gestore circa la sussistenza ab origine*

---

<sup>16</sup> È il caso deciso dal Consiglio di Stato con la richiamata sentenza n. 2066 del 2016, relativa a fattispecie insorta prima delle innovazioni legislative in commento.

<sup>17</sup> In buona sostanza, se solo la metà dei moduli fossero di produzione extra europea, il GSE dovrebbe applicare una riduzione minima (del 20 o poco più per cento) della maggiorazione, dovendo questa essere riconosciuta ad impianti che hanno almeno il 60 per cento di componenti europee. Si tratterebbe, quindi, di una riduzione di circa il 2 per cento dell'intero incentivo, comprensivo della maggiorazione (il 20 o 30 per cento della maggiorazione del 10 per cento), di gran lunga inferiore al 20 o 30 per cento dell'intero incentivo e all'annullamento della maggiorazione del 10 per cento prevista applicando i commi 3-*quater* e 4-*ter*.

<sup>18</sup> Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609. Anche la Giurisprudenza di merito meno recente ha ricondotto il provvedimento di decadenza dai benefici nell'ambito della figura dell'annullamento d'ufficio (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III *Ter*, 22 aprile 2016, n. 4663).

<sup>19</sup> Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50. Tale sentenza è stata recentemente richiamata in sede cautelare dalla stessa Sezione quale precedente cui attenersi nel valutare le censure poste a sostegno del gravame «*concernenti la supposta natura sanzionatoria del potere esercitato*» (Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2018, n. 1749).

*e la permanenza nel tempo dei requisiti per la fruizione della tariffa agevolata si presenta priva di spazi di discrezionalità tali da renderne possibile l'iscrizione al genus dell'autotutela, configurando, di contro, attività (doverosa) di controllo a tutela di superiori interessi pubblici, non sottoposta a limiti temporali e ad esito vincolato»<sup>20</sup>.*

L'adesione a tale ultimo indirizzo porta la Giurisprudenza ad escludere che sussista in capo al beneficiario di incentivi un legittimo affidamento al mantenimento degli stessi, ancorché l'avvio del procedimento di controllo avvenga a distanza di anni dalla concessione del beneficio<sup>21</sup>.

Dottrina autorevole sostiene che il provvedimento di decadenza disciplinato dall'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 sia da ricondurre alla figura dell'annullamento d'ufficio: si tratterebbe «di un annullamento doveroso [...], ma pur sempre di un annullamento»<sup>22</sup>.

A parere di chi scrive occorre distinguere i casi in cui il GSE accerti la mancanza dei requisiti oggettivi condizionanti l'ammissione all'incentivazione<sup>23</sup> dai casi in cui la violazione contestata attenga invece a comportamenti del beneficiario dell'incentivo. Mentre nelle prime ipotesi il provvedimento di decadenza disposto dal GSE sembra doversi ricondurre alla figura dell'annullamento d'ufficio, presupponendo un vizio – originario o sopravvenuto – dell'atto di ammissione agli incentivi, negli altri casi – la gran parte

---

<sup>20</sup> Cons. St., sez. IV, ord. 8 giugno 2017, n. 2368, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda anche, della stessa Sezione, l'ord. 24 novembre 2016, n. 5270, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a mente della quale «l'indole dei provvedimenti impugnati, anche ai sensi dell'art. 42, d.lgs. n. 28 del 2011, non consente di sussumerli nel *genus* dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21-novies*, l. n. 241 del 1990». In linea con tali pronunce, il TAR del Lazio ha più volte affermato che «L'attività di verifica svolta dal GSE ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. n. 28/2011 non costituisce una forma di autotutela amministrativa come tale riconducibile ad un'ipotesi di annullamento d'ufficio, rappresentando – al contrario – una fase ordinariamente possibile nel complesso procedimento amministrativo finalizzato al riconoscimento degli incentivi. Ne discende che detto segmento procedimentale di verifica non è autonomo e non è né di revisione né di riesame, perciò non può essere qualificato come esercizio di poteri di autotutela» (TAR Lazio, Roma, sez. III Ter, 5 febbraio 2018, n. 1392; Id., 3 gennaio 2018, n. 27; Id., 28 febbraio 2017, n. 2954, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)). Si veda anche, in termini, TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 9 giugno 2017, n. 765, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Cfr., da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. III Ter, 28 giugno 2018, n. 7220: «Né, conformemente alla giurisprudenza della Sezione, è in alcun modo individuabile, nella specie, un "legittimo affidamento" al mantenimento degli incentivi, solo a causa del lasso di tempo trascorso tra il riconoscimento della tariffa incentivante e l'avvio del procedimento di controllo: deve qui ribadirsi che l'art. 21-*novies* della legge n. 241 del 1990, che detta le regole generali per l'esercizio della potestà di annullamento d'ufficio da parte della pubblica amministrazione (ivi compresa quella del c.d. "termine ragionevole"), non è automaticamente trasponibile alla fattispecie degli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, essendo quest'ultima regolata, per tale ambito, dalla norma speciale di cui all'art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011 che fonda un potere immanente di verifica della spettanza del diritto agli incentivi, potere che può sfociare in un provvedimento significativamente dalla norma denominato di "decadenza", come tale non riconducibile alla generale potestà di autotutela *ex art. 21-novies* della legge n. 241 del 1990».

<sup>22</sup> A. TRAVI, *I poteri di revisione del G.S.E.*, cit., p. 126.

<sup>23</sup> Ad esempio, la violazione del termine per la presentazione dell'istanza di incentivazione e, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso degli incentivi, la violazione del termine per l'entrata in esercizio (lett. b) dell'allegato 1 al d.m. 31 gennaio 2014).

delle violazioni rilevanti indicate dall'allegato 1 al d.m. 31 gennaio 2014<sup>24</sup> – il provvedimento comminabile ha un'evidente natura sanzionatoria<sup>25</sup>. In questi casi, infatti, la decadenza dall'incentivo prescinde dalla valutazione dell'esistenza o meno dei requisiti oggettivi ma ha per presupposto esclusivo un comportamento tenuto dal beneficiario che si assume in violazione di un precetto e si atteggia a misura afflittiva nei confronti dello stesso.

## 5. Le misure applicabili dal GSE qualificabili come atti di autotutela

La giurisprudenza da ultimo attestata sulla natura di «attività (doverosa) di controllo a tutela di superiori interessi pubblici, non sottoposta a limiti temporali e ad esito vincolato» della verifica espletata dal Gestore circa la sussistenza *ab origine* e la permanenza nel tempo dei requisiti per l'ammissione agli incentivi pare risentire della distinzione risalente a Feliciano Benvenuti tra "autotutela spontanea" ed "autotutela doverosa"<sup>26</sup>. Solo la prima avrebbe i tratti che la dottrina e la giurisprudenza avevano individuato, poi codificati dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, che ha introdotto il Capo IV-*bis* nella legge sul procedimento amministrativo. Tra questi, l'essere l'autotutela espressione di un potere discrezionale, funzionale alla cura di un interesse pubblico concreto, diverso dal mero ripristino della legalità violata, prevalente sull'affidamento ingenerato nei beneficiari dell'atto oggetto di riesame.

Configurano, invece, ipotesi di annullamento doveroso il provvedimento in esito ad un ricorso amministrativo e quello conseguente all'esercizio del potere di controllo.

---

<sup>24</sup> Allegato 1, «lett. a) presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, ovvero mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica dell'ammissibilità agli incentivi; [...] c) inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo; d) indisponibilità della documentazione da tenere presso l'impianto ai sensi dell'art. 9, comma 3, nel caso in cui se ne sia già accertata l'assenza nell'ambito di una precedente attività di controllo; e) comportamento ostantivo od omissivo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto al controllo o del gestore di rete, consistente anche nel diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione; f) manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata; g) alterazione della configurazione impiantistica, non comunicata al GSE, finalizzata ad ottenere un incremento dell'energia incentivata; h) interventi di rifacimento e potenziamento realizzati in difformità dalle norme di riferimento ovvero da quanto dichiarato in fase di qualifica o di richiesta dell'incentivo; [...] k) utilizzo di combustibili fossili di due punti percentuali oltre la soglia consentita, non previamente comunicato al GSE; l) utilizzo di combustibili rinnovabili in difformità dal titolo autorizzativo o dalla documentazione presentata in sede di qualifica ovvero di istanza di incentivazione; m) mancata trasmissione al GSE della certificazione di fine lavori dell'impianto nei termini previsti dalla normativa di incentivazione, nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso o della determinazione degli incentivi; n) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati».

<sup>25</sup> Di contrario avviso la costante Giurisprudenza del TAR Lazio, per la quale «il potere di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 non ha natura sanzionatoria» (tra le tante: TAR Lazio, Roma, sez. III *Ter*, 30 giugno 2017). Sembra, invece, qualificare in termini sanzionatori la decadenza da incentivi per fonti rinnovabili, Cons. St., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3045, che sul presupposto dell'insussistenza dell'illecito, ha annullato il provvedimento con cui il GSE ha disposto la decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti.

<sup>26</sup> F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, cit., p. 544.

Però, in disparte l'annullamento su ricorso amministrativo, per il suo carattere giustiziale<sup>27</sup>, che lo rende estraneo all'istituto dell'autotutela<sup>28</sup>, occorre verificare se – come assume apoditticamente la giurisprudenza citata – sia configurabile la decadenza dagli incentivi all'esito di un controllo come figura autonoma, distinta sia dall'autotutela che dal potere sanzionatorio della pubblica amministrazione.

Il controllo esercitato dal GSE<sup>29</sup> è inquadrabile nell'istituto della vigilanza, in particolare di quella esercitata sui soggetti che svolgono determinate attività, per ragioni attinenti al rilievo pubblico delle stesse o per l'essere queste autorizzate e “conformate” dall'amministrazione vigilante<sup>30</sup>.

Già i primi studiosi che hanno approfondito il tema della vigilanza, ne hanno evidenziato il carattere “strumentale” e perciò la possibile inerenza a differenti rapporti<sup>31</sup>.

Invero, sembra potersi affermare che la vigilanza è funzione che non qualifica di per sé – con la propria natura – l'atto adottato all'esito della stessa. Infatti, le diverse fattispecie normative riconducibili all'istituto contengono differenti atti conclusivi dei relativi procedimenti.

Solo a titolo di esempio, il procedimento di controllo può concludersi con il divieto di prosecuzione dell'attività, in ipotesi di accertamento dell'insussistenza dei requisiti di legittimità della stessa dichiarati con la SCIA; ovvero può concludersi con l'irrogazione di una sanzione in ipotesi di accertamento di un'infrazione; ovvero, ancora, può portare a ravvisare l'illegittimità originaria di un provvedimento adottato oppure il venir meno nel tempo dei requisiti originariamente esistenti e legittimanti l'attività autorizzata. In ognuno di questi casi l'amministrazione adotterà un provvedimento diverso (divieto di prosecuzione, sanzione, annullamento con efficacia *ex tunc* o *ex nunc*), assoggettato al proprio particolare regime.

Il potere di vigilanza del GSE si fonda sull'erogazione da parte dello stesso di incentivi nel settore elettrico e termico ed è funzionale alla verifica dei dati forniti dai soggetti che presentano istanza di incentivazione<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Cfr. G. MORBIDELLI, *Sugli “strumenti di amministrazione giustiziale”*, in Presidenza del Consiglio, *La riforma della pubblica Amministrazione. La giustizia nell'amministrazione*, Roma, 1994, pp. 17 ss..

<sup>28</sup> D'altronde, lo stesso Benvenuti considerava a parte «l'autotutela indiretta o contenziosa, dove il relativo potere trova il suo fondamento in una “azione” dell'interessato», distinta dall'autotutela pur sempre doverosa operante nell'ambito dei controlli. Cfr. F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 541 e *passim*.

<sup>29</sup> Definito dall'art. 3 del d.m. 31 gennaio 2014 «attività di accertamento e riscontro, anche mediante sopralluogo, volta alla verifica della sussistenza ovvero della permanenza dei presupposti per l'erogazione degli incentivi, con particolare riguardo alla fonte utilizzata, all'entrata in esercizio, alla conformità ed al corretto funzionamento di componenti, apparecchiature, opere connesse e altre infrastrutture degli impianti e alla veridicità delle informazioni contenute in atti, documenti, attestazioni, comunicazioni e dichiarazioni fornite dal titolare dell'impianto».

<sup>30</sup> Per una classificazione delle varie fattispecie di vigilanza si veda S. VALENTINI, *Vigilanza (dir. amm.)*, in Enc. dir., XLVI, Milano, 1993, spec. pp. 708-709. L'Autore definisce la vigilanza su soggetti, anche privati, per il rilievo pubblico delle loro attività, una fattispecie residuale, nella quale non ricorre un elemento unificante, perché le facoltà conferite all'amministrazione sono eterogenee ed difficilmente tipizzabili.

<sup>31</sup> Cfr. A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, I, Padova, 1931, pp. 252 ss..

<sup>32</sup> Cfr. art. 42, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2011.

e, comunque, della sussistenza ovvero della permanenza dei requisiti soggettivi e oggettivi e dei presupposti per il riconoscimento o il mantenimento degli incentivi stessi. Il procedimento di controllo del GSE si conclude con l'adozione di un atto espresso motivato sulla base delle risultanze raccolte nel corso dell'istruttoria, delle ragioni giuridiche su cui si fonda e delle eventuali osservazioni presentate dall'interessato<sup>33</sup>. All'esito del controllo, il GSE o dichiara la conformità dell'impianto ai fini dell'erogazione degli incentivi, impartendo eventuali prescrizioni, ove ritenuto opportuno, oppure, sulla base della violazione riscontrata, ai sensi dell'art. 11 d.m. 31 gennaio 2014, dispone il rigetto dell'istanza ovvero – nel caso in cui l'impianto sia già stato ammesso agli incentivi – la decadenza dagli stessi con l'integrale recupero delle somme già erogate; ovvero, ancora, la rideterminazione dell'incentivo, in base alle caratteristiche rilevate a seguito del controllo e alla normativa applicabile, recuperando le sole somme indebitamente erogate; ovvero, infine, dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa tra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione, ai sensi dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 3 marzo 2011 (cosiddetto «Decreto Romani»), così come modificato dalla legge di bilancio per il 2018<sup>34</sup>.

È evidente la varietà delle determinazioni adottabili da parte del GSE in ragione dei diversi possibili risultati dell'istruttoria compiuta nello svolgimento del proprio potere di controllo. Esso potrà rideterminare l'incentivo riconosciuto, se l'impianto avrà caratteristiche diverse da quelle individuate con l'autorizzazione ovvero se nel frattempo è mutata la normativa tecnica di riferimento; potrà disporre la decadenza dall'incentivo con efficacia *ex nunc* se accerterà l'essere sopravvenuto il venir meno dei requisiti soggettivi o oggettivi per il riconoscimento dell'incentivo; potrà disporre la decadenza dall'incentivo con recupero delle somme già erogate qualora accerti taluna delle violazioni rilevanti indicate nell'allegato 1 al d.m. 31 gennaio 2014, ovvero, in ragione dell'entità della violazione, dispone la decurtazione in misura dal 20 all'80 per cento; potrà, infine, disporre la decadenza dall'incentivo, sempre con recupero delle somme già erogate, qualora accerti che i presupposti per il riconoscimento dell'incentivo difettavano sin dall'origine.

---

<sup>33</sup> Art. 10 del d.m. 31 gennaio 2014.

<sup>34</sup> La l. 27 dicembre 2017, n. 205 è intervenuta sulla disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore fotovoltaico. In particolare, l'art. 1, comma 960, della legge integra l'art. 42, comma 3, del decreto legislativo, introducendo una graduazione delle misure che il Gestore dei servizi energetici – GSE può comminare in caso di riscontro, nell'ambito dei controlli dallo stesso effettuati, di violazioni rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi. Il Legislatore ha così affermato la necessaria proporzionalità delle sanzioni in materia di incentivi per le fonti energetiche rinnovabili, accogliendo il sia pur non esplicito invito rivolto dalla Corte costituzionale con la sentenza 10 marzo 2017, n. 51.

Ebbene, tale ultima fattispecie non può non ricondursi, ad avviso di chi scrive, nel *genus* dell'autotutela e, in particolare, nella figura dell'annullamento d'ufficio, trattandosi, al di là del *nomen* usato, di un atto di riesame e di ritiro di un precedente atto, per vizi originari di legittimità di quest'ultimo<sup>35</sup>.

Il problema vero è se operi ancora oggi quella che Benvenuti definiva autotutela “doverosa”, quindi, vincolata ed insensibile tanto al passare del tempo quanto all'affidamento ingenerato sul privato beneficiario dell'atto oggetto di riesame, se all'esito del controllo venga riscontrata l'illegittimità originaria di un provvedimento. Si tratterebbe, nel caso, quindi, di una forma di autotutela non soggetta alla disciplina portata dall'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento amministrativo.

Sul cosiddetto annullamento “doveroso” o – più correttamente – “necessitato” o “vincolato”<sup>36</sup> si è sviluppato un ampio dibattito in dottrina<sup>37</sup> all'esito delle modifiche introdotte dalla l. n. 124 del 2015 e di

---

<sup>35</sup> Sull'annullamento d'ufficio oltre ai classici, che avevano già evidenziato i profili dell'istituto, in linea con la giurisprudenza prevalente (in particolare: S. ROMANO, *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Nuovo dig. It.*, Torino, I, 1937, p. 475; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, II, pp. 484 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, voce *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, pp. 537 ss.) si vedano A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991 e i più recenti Id., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005, Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, pp. 216 ss.. Già numerosi sono i saggi successivi alla riforma Madia dell'art. 21-*nonies*. Tra questi si segnalano: M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Giustamm.it*, n. 6/2016; M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del diritto*, 2016; L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *Giustamm.it*, n. 5/2016; F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *federalismi.it*, 19 aprile 2017; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017; Id., *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, pp. 1173 ss.; C. CONTESSA, *L'autotutela amministrativa all'indomani della 'legge Madia'*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 4 aprile 2018; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018..

<sup>36</sup> Cfr. G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *UniURB Open Journals*, 2017, p. 385: «a ben vedere, in forza del generalissimo principio di funzionalità tutti i poteri amministrativi, vincolati o discrezionali che siano, sono comunque connotati dalla doverosità: e dunque per indicare il concetto, o i concetti di cui s'è appena detto, forse sarebbe meglio parlare di annullamento vincolato – o, magari, per riprendere altre formule impiegate in proposito dalla dottrina, di annullamento necessitato, o di annullamento obbligatorio, o, ancora, di annullamento dovuto».

<sup>37</sup> Si veda, oltre al citato G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, cit.; A. GUALDANI, *La conferma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2018; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *Federalismi.it*, 8 marzo 2017; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, cit., p. 11; L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, cit., pp. 12-13. Tale dottrina ritiene superata la figura dell'annullamento doveroso. Altra dottrina, invece, vede nell'introduzione ad opera del d.l. n. 133 del 2014, convertito nella legge n. 164 del 2014, dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 21-*nonies* («restano ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo») un indice della trasformazione dell'annullamento d'ufficio in provvedimento doveroso. Si vedano, per tale orientamento, G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito dalla L. 165/2014: il privato è davvero tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Giustamm.it*, n. 5/2014 e P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/2014. (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, p. 34. Ritiene, invece, che il periodo citato non incida sul carattere discrezionale del provvedimento, così come disciplinato dall'intero art. 21-*nonies*, limitandosi a ribadire la responsabilità del funzionario che ha adottato l'atto illegittimo oggetto di riesame, anche qualora tale procedimento non si concluda legittimamente con l'annullamento dello stesso: C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame*

recenti arresti giurisprudenziali. È noto, infatti, che rispetto alla regola – prima pretoria e poi codificata con l'introduzione dell'art. 21-*nonies* ad opera della l. n. 15 del 2005 – della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza avevano individuato eccezioni in cui l'interesse all'annullamento sarebbe stato *in re ipsa*, tanto da non richiedere alcuna valutazione discrezionale dell'amministrazione e relativa motivazione. Ciò avveniva, particolarmente, nell'annullamento di atti adottati in contrasto con la normativa comunitaria, dei titoli edilizi illegittimi e dei provvedimenti sempre illegittimi comportanti esborso di denaro pubblico.

Sulla prima delle fattispecie indicate è già da tempo intervenuta la Corte di Giustizia Europea, affermando che l'annullamento d'ufficio per contrasto con norme comunitarie non può prescindere dalla valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento ed alla ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, nonché dei valori di certezza del diritto e dell'affidamento, principi generali dell'ordinamento giuridico<sup>38</sup>. Dal canto suo, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il potere di annullamento, dopo la legge n. 15 del 2005, non può essere configurato in termini di doverosità, atteso che la discrezionalità del potere di autotutela costituisce principio generale dell'ordinamento giuridico interno, non derogabile neppure quando il vizio attiene alla violazione del diritto comunitario<sup>39</sup>.

---

*per vizi originari di legittimità*, cit., p. 11. Per un'interessante ricostruzione del dovere dell'amministrazione di provvedere in ordine all'istanza del privato che chieda l'annullamento di un provvedimento illegittimo si veda M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 11 aprile 2018, tesi cui sembra aderire F.V. VIRZÌ, *La doverosità del potere di annullamento d'ufficio*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 4 luglio 2018.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia UE, 13 gennaio 2004, C- 453/00, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 723, con nota di D. DE PRETIS, *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*. È da evidenziare che, ferma la necessaria ponderazione di cui si è detto, la stessa Corte di Giustizia ha affermato il principio della doverosità del riesame in autotutela della decisione amministrativa, la cui illegittimità sia stata esclusa dai giudici nazionali con sentenza passata in giudicato, nel caso in cui la decisione di giudici nazionali sia contrastante con una successiva pronuncia della Corte di Giustizia che abbia diversamente interpretato la norma comunitaria (Corte di Giustizia UE, 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kubne & Heitz*). Con il che la Corte ha da un lato inferto un duro colpo alla stabilità del giudicato, dall'altro ha statuito una regola che rimane come eccezione rispetto alla previsione oggi contenuta nell'art. 21-*nonies* nel termine massimo di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato. Sul punto si veda C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in [federalismi.it](http://federalismi.it), 5 aprile 2017, p. 12: «il termine di diciotto mesi non opera solo quando si tratti di assicurare l'attuazione di decisioni puntuali della Commissione o della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la duplice conseguenza che gli atti amministrativi contrastanti con esse devono (e non possono) essere annullati anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi, previa disapplicazione dell'art. 21-*novies* in quanto contrastante con i ricordati principi europei, e che i relativi provvedimenti di secondo grado non possono essere considerati illegittimi per violazione della predetta regola. La preclusione temporale continua, invece, ad operare per atti affetti da violazioni europee di natura diversa, in relazione alle quali non si ravvisano ragioni che giustificino la deroga alla regola generale codificata dalla novella (peraltro espressiva del principio, anch'esso di genesi europea, di proporzionalità». L'Autore citato, peraltro, indica l'annullamento d'ufficio di un provvedimento per contrasto con una decisione vincolante della Commissione europea o della Corte di Giustizia come l'unica ipotesi rimasta di doverosità dell'autotutela: cfr. Id., *L'annullamento d'ufficio*, cit., pp. 1202-1204.

<sup>39</sup> Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Per le altre due fattispecie, il superamento dell'orientamento tradizionale è avvenuto più di recente.

Il particolare, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 8 del 17 ottobre 2017<sup>40</sup>, ha composto il contrasto giurisprudenziale affermatosi tra l'orientamento (tradizionale e dominante) secondo cui l'annullamento d'ufficio del titolo edilizio illegittimo sarebbe stato atto necessitato<sup>41</sup>, ed il più recente orientamento a mente del quale, anche in tale ipotesi, devono trovare integrale applicazione i generali presupposti legali previsti dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, non potendo l'amministrazione fondare l'adozione dell'atto di ritiro sul mero intento di ripristinare la legalità violata<sup>42</sup>. Ebbene, l'Adunanza Plenaria ha sostanzialmente aderito – sia pure con precisazioni che ne hanno limitato la portata<sup>43</sup> – a tale più recente orientamento, affermando il seguente principio di diritto: «*nella vigenza dell'art. 21-*nonies* della L. n. 241 del 1990 – per come introdotto dalla L. 15 del 2005 – l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole*».

Inoltre, la l. n. 124 del 2015 ha abrogato la norma tradizionalmente – ancorché, discutibilmente – posta a fondamento dell'annullamento vincolato di atti illegittimi comportanti esborso di denaro pubblico. Si trattava dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004 (legge finanziaria per il 2005), che disponeva che «*[a]l fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante*». Ebbene, nonostante

---

<sup>40</sup> Cons. St., ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, con nota di G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urb. ed appalti*, 1/2018, pp. 45 ss..

<sup>41</sup> *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 18 agosto 2016, n. 3660, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). In base a tale orientamento, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio illegittimo risulta *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata. Ciò in quanto il rilascio stesso di un titolo illegittimo determina la sussistenza di una permanente situazione *contra ius*, in tal modo ingenerando in capo all'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo il titolo edilizio illegittimamente rilasciato.

<sup>42</sup> Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341; Id., sez. VI, 26 gennaio 2016, n. 351 e Id., sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 341, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>43</sup> La più importante delle quali è il far decorrere il termine “ragionevole” per l'annullamento dal momento in cui l'amministrazione prende conoscenza dei motivi di illegittimità del provvedimento. È vero che l'Adunanza Plenaria si riferisce al sistema previgente alla riforma Madia. Logica vuole, però, che il principio posto debba valere anche per il termine perentorio dei diciotto mesi. Per una critica a tali precisazioni sia veda G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, cit., pp. 60 ss. e M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.* n. 1/2018, pp. 67 ss.. Sul tema anche C. PAGLIAROLI, *La “storia infinita” dell'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi: Nessun revirement da parte dell'Adunanza Plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, p. 92.

una circolare del Ministero della funzione pubblica suggerisse una lettura di tale norma coerente con l'art. 21-*nonies* (introdotto poco dopo dalla l. n. 15 del 2005), è invalsa l'opinione che il Legislatore avesse voluto codificare il principio pretorio del carattere necessitato dell'annullamento per motivi finanziari<sup>44</sup>. L'abrogazione di tale norma, come ha sottolineato l'Adunanza Plenaria nella citata sentenza n. 8 del 2018, ha «*espunto dall'ordinamento la disposizione che rappresentava il più evidente richiamo alla nozione di interesse pubblico in re ipsa*».

Tale fattispecie è la più vicina a quella di interesse del presente lavoro, ancorché in quest'ultima l'annullamento non intervenga a rigore su provvedimenti comportanti oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, attingendo invece incentivi a carico della componente A3 della tariffa elettrica<sup>45</sup>.

Rimane di dar conto di quella dottrina che legge nell'introduzione ad opera del d.l. n. 133 del 2014, convertito nella legge n. 164 del 2014, dell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 21-*nonies* («*restano ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*») un indice della trasformazione dell'annullamento d'ufficio in provvedimento doveroso, in quanto il mancato annullamento del provvedimento illegittimo sarebbe fonte di responsabilità<sup>46</sup>. Altra dottrina, partendo dal presupposto che l'annullamento d'ufficio deve essere pacificamente considerato come un atto discrezionale, ritiene, invece, che il periodo citato non incida sul carattere discrezionale del provvedimento, così come disciplinato dall'intero art. 21-*nonies*, limitandosi a ribadire la responsabilità del funzionario che ha adottato l'atto illegittimo oggetto di riesame, anche qualora tale procedimento non si concluda legittimamente con l'annullamento dello stesso<sup>47</sup>.

Ad avviso di chi scrive è, invece, possibile salvare la lettera del periodo introdotto dal d.l. n. 133 del 2014 nel contesto del potere di annullamento indiscutibilmente disciplinato come discrezionale dall'art. 21-*nonies*. Il Legislatore avrebbe inteso affermare la responsabilità anche di chi, pur avvertito dell'illegittimità di un proprio provvedimento, lasci decorrere per pura inerzia (o per altre soggettive non confessabili ragioni) il termine per annullare, senza cioè effettuare la comparazione tra l'interesse pubblico alla

---

<sup>44</sup> Si veda, sul punto, R. GIOVAGNOLI, *Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in *Urb. App.*, 2005, pp. 395 ss..

<sup>45</sup> A carico, quindi, direttamente degli utenti.

<sup>46</sup> Si vedano, per tale orientamento, G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito dalla L. 165/2014: il privato è davvero tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Giustamm.it*, n. 5/2014 e P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/2014. (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, p. 34.

<sup>47</sup> C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 1193. L'Autore afferma che, dovendosi attribuire alla norma un significato compatibile con il carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio, «[l]a responsabilità ribadita dalla disposizione dev'essere, allora, configurata non nel caso in cui l'annullamento d'ufficio era doveroso e non è stato disposto, e, quindi, a carico del funzionario che non ha adottato l'atto di autotutela, ma nella diversa situazione in cui il provvedimento illegittimo (la cui adozione resta la fonte esclusiva della responsabilità) non è stato (correttamente) annullato, in esito alla valutazione discrezionale operata in occasione del suo riesame».

rimozione dell'atto e l'affidamento ingenerato nel privato beneficiario. Si pensi, per esempio, al caso di un permesso di costruire, la cui illegittimità sia stata segnalata all'amministrazione – prima che si sia compiuto il termine dei diciotto mesi – dal controinteressato con istanza di autotutela. È da ritenere che in tal caso l'amministrazione abbia il dovere – non di procedere all'annullamento – ma di verificare se ricorrano le condizioni poste dall'art. 21-*nonies* per ritirare o confermare l'atto (ancorché, illegittimo). È la violazione di tale dovere che configura la responsabilità del dirigente competente.

Più in generale, sembra potersi affermare che la doverosità e la “atemporalità” dell'annullamento quale esito di un controllo rappresentino il residuo di una concezione dei rapporti tra amministrazione e cittadino ispirata al principio autoritario, concezione ormai definitivamente superata con l'avvento della riforma c.d. Madia. È stato infatti proprio il Consiglio di Stato, nel rendere i pareri sugli schemi di decreto attuativi della riforma, ad evidenziare che la stessa poggia sull'assunto che *«il sistema del diritto amministrativo non debba o possa esaurirsi nel c.d. “diritto autoritativo” a disciplina di poteri e funzioni delle amministrazioni pubbliche, poiché esso si articola in schemi e ambiti di c.d. “diritto convenzionale”»*<sup>48</sup>. Come è stato acutamente evidenziato in dottrina *«[è] dunque la riforma nel suo complesso – ancor prima dell'intervento sul singolo istituto – che sembra optare per una visione nuova dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici, che sembra valorizzare maggiormente quella che viene definita la “seconda anima” del diritto amministrativo, quella legata alla garanzia nei confronti del potere, rispetto alla “prima anima”, legata all'imperium»*<sup>49</sup>.

Con particolare riferimento alle modifiche introdotte all'art. 21-*nonies*, con la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro il quale è possibile, sussistendone le condizioni poste, annullare d'ufficio un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, il Consiglio di Stato, in altro parere reso sullo schema di decreto legislativo in materia di SCIA<sup>50</sup>, ha affermato che tale confine temporale introduce *«un ‘nuovo paradigma’ nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione»*<sup>51</sup>. Tale innovazione ha introdotto *«una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento»*<sup>52</sup>. È da sottolineare, quindi, che di “regola generale” nei rapporti tra amministrazione e

<sup>48</sup> Cons. St., comm. spec., parere 24 febbraio 2016 n. 515, sul c.d. “decreto trasparenza”.

<sup>49</sup> L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 3 giugno 2017, p. 6.

<sup>50</sup> Cons. St., comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo recante “Attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (c.d. ‘SCIA 1’)”.

<sup>51</sup> Cons. St., parere n. 839/2016, cit., 8.1.1: «nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati».

<sup>52</sup> Cons. St., parere n. 839/2016, cit., 8.1.1.

privato parla il Consiglio di Stato, tanto da ritenere che la stessa si applichi a tutti i provvedimenti di secondo grado diretti a rimuovere provvedimenti illegittimi, a prescindere dal *nomen iuris* ad essi attribuito dalle normative speciali di riferimento: «“revoca”, “risoluzione”, “decadenza” (dai benefici) o simili»<sup>53</sup>. Quindi, come è stato evidenziato<sup>54</sup>, il Consiglio di Stato ha: «rassicurato e incoraggiato ad un uso “effettivo” della riforma, affermato la portata espansiva del principio, suggerito correttivi, ammonito sui rischi delle prassi elusive».

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha definito l'autotutela «un istituto di portata generale [...] che si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto tra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra»<sup>55</sup>.

Pertanto, la previsione di un termine massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio rappresenta la chiave di volta della relazione tra pubblica amministrazione e privato, costruita non più sul privilegio, quanto sulla leale collaborazione e sulla tutela dell'affidamento<sup>56</sup>.

Non sembra potersi dire – come pure è stato affermato<sup>57</sup> – che tale previsione normativa segni la fine della immanenza ed inesauribilità del potere amministrativo. Tale rimane il tratto imprescindibile di un

---

<sup>53</sup> Cons. St., parere n. 839/2016, cit., 8.3. e 8.4. lett. d): la regola generale dell'art. 21-*nonies* si applica «anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti “di annullamento”: alcune disposizioni utilizzano infatti, impropriamente, i termini “revoca”, “risoluzione”, “decadenza” (dai benefici) o simili per indicare, oltre all'abusivo utilizzo del titolo, la reazione dell'ordinamento all'illegittimo conseguimento del titolo, utilizzando forme che sono state definite di “annullamento travestito”. Per contro, il TAR Lazio valorizza proprio la qualificazione del provvedimento del GSE per escluderne la riconducibilità all'art. 21-*nonies* (cfr. TAR Lazio, 28 giugno 2018, n. 7220: «provvedimento significativamente dalla norma denominato di “decadenza”, come tale non riconducibile alla generale potestà di autotutela ex art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990».

<sup>54</sup> L. CARBONE, *Il contributo del Consiglio di Stato alla riforma Madia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), p. 3.

<sup>55</sup> Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49, in [federalismi.it](http://federalismi.it), con nota di M.A. SANDULLI ed in *Riv.giur.ed.* 2016, pp. 8 ss., con nota di G. STRAZZA, *Il potere di intervento “tardivo” sulla s.c.i.a. tra disciplina statale, regionale ed esigenze di certezza*. Sembra così superato il precedente indirizzo, espresso con la sentenza 22 marzo 2000, n. 75 in *Giur. Cost.*, 2, 2000, p. 824, (con nota di G. FRANCO, *Una ipotesi di autotutela amministrativa impropria*), che aveva affermato che «al momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale».

<sup>56</sup> Cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., p. 104, «[i]l fattore temporale è nevralgico nella dialettica tra le ragioni di interesse pubblico sottostanti al potere d'annullamento d'ufficio e le esigenze di certezza nei rapporti tra amministrazioni e privati». Si veda anche C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, p. 1180: «[c]on la fissazione dell'anzidetto termine si è, in particolare, voluto raggiungere un difficile equilibrio tra gli interessi contrapposti, ma entrambi meritevoli di adeguata protezione, attinenti alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche costituite da provvedimenti ampliativi della sfera giuridica ed economica dei privati e a quelle pubbliche di rispetto del (e di conformazione, anche successiva al) principio di legalità».

<sup>57</sup> F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, relazione al convegno dell'AIPDA intitolato «Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme», Roma 7/8 ottobre 2016, in *Annuario 2016*, Napoli, pp. 85 ss.. L'Autore afferma che «[l]a nuova disciplina dell'autotutela decisoria delinea pertanto oggi un quadro in cui il potere di autotutela non è più spiegabile come un potere generale, immanente ed inesauribile. Al contrario, disegna un potere spendibile unicamente nelle forme, nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente. Che ciò metta in crisi la ricostruzione teorica tradizionale, nell'affermazione dell'immanenza ed inesauribilità del potere trovava il proprio fondamento giustificativo, è un dato di fatto». Si veda anche C. DEODATO, *Annullamento d'ufficio*, cit., p. 1180: «la fissazione di una scadenza temporale al valido esercizio della

potere che si connota per l'essere funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico concreto ed attuale: funzionale cioè all'interesse generale nel suo concreto divenire attraverso il dialogo e confronto con gli altri interessi emergenti nella comunità di riferimento<sup>58</sup>. Ed infatti, il potere amministrativo di riesame rimane inesauribile per i provvedimenti che non siano attributivi di vantaggi giuridici ed economici in capo a privati<sup>59</sup>. Vi è che tale tratto cede di fronte alla tutela dell'affidamento "legittimo" del privato: vi è un tempo, cioè, oltre il quale l'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici – e la sua declinazione sul versante del privato quale tutela del suo affidamento<sup>60</sup> – prevale su ogni altro interesse con esso confliggente. Ciò è confermato *a contrario* dalla deroga al termine massimo, prevista dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, per i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato. In tali casi, non essendovi affidamento "legittimo" da tutelare, il potere amministrativo rimane "immanente" ed "inesauribile"<sup>61</sup>. Se l'art. 21-*nonies* pone un "regola generale" nei rapporti tra amministrazione e privato destinatario di un provvedimento ampliativo della sua sfera giuridica, non può non applicarsi anche alla decadenza dagli incentivi disposta dal GSE per un vizio originario del provvedimento che ne ha disposto il

---

potestà di annullamento d'ufficio impedisce di continuare a classificare il relativo potere come immanente (nella funzione di amministrazione attiva cui accede), ultrattivo ed inesauribile e fonda la diversa ricostruzione dell'istituto come afferente a una categoria di potere del tutto autonoma a quella su cui è destinata a incidere e soggetta, come tale, a distinte regole di azione». Così anche L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, cit., p. 8, e M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, spec. pp. 73-74.

<sup>58</sup> A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, p. 415.

<sup>59</sup> M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., p. 106, assegna all'espressione "provvedimenti attributivi di vantaggi economici" un significato tale da ricomprendere ogni atto ampliativo comunque denominato. Così anche C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 1182, che ricomprende nel perimetro attuativo della norma «tutti gli atti attributivi di vantaggi giuridici od economici, a prescindere dal *nomen juris* di "autorizzazione" usato nel testo della norma». Cfr., nello stesso senso, M. MACCHIA, *La riforma della pubblica Amministrazione. Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 621 ss..

<sup>60</sup> F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, p. 47, afferma che la tutela dell'affidamento sia un corollario della certezza del diritto e sua applicazione concreta. La certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) è divenuta norma di chiusura dell'ordinamento europeo su impulso della giurisprudenza amministrativa e costituzionale della Repubblica Federale Tedesca (l'Autore definisce "circolarità germanica" l'affermazione di principi in quell'ordinamento, il loro consolidarsi – e a volte contaminarsi – a livello europeo, per discendere poi sui singoli Stati membri, tra i quali la stessa Germania). Cfr. Id., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, pp. 14 ss.. Ritiene invece occorra tener distinto l'interesse del privato alla conservazione dello stato delle cose esistente dall'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, pp. 843 ss..

<sup>61</sup> La potestà di autotutela resta, anche in questo caso, discrezionale, come si evince dall'uso lessicale del verbo servile potere («possono essere annullati»), anziché dell'espressione "sono annullati", con la conseguenza che non è sufficiente l'accertamento penale irrevocabile del falso per giustificare l'annullamento d'ufficio, dovendo concorrere anche le ulteriori condizioni stabilite in via generale dall'art. 21-*nonies*. Così C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 1185.

riconoscimento. Anche in questo caso saremmo di fronte ad un “annullamento travestito”, soggetto agli oneri valutativi e motivazionali imposti dall’art. 21-*nonies* oltre che ai limiti temporali ivi previsti.

Lo stesso dovrebbe dirsi per le fattispecie delineate dai commi 3-*quater* e da 4-*bis* a 4-*quinquies* dell’art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011<sup>62</sup>.

La prima delle norme citate, dichiaratamente al fine di salvaguardare «*la buona fede di coloro che hanno realizzato l’investimento*», applica una decurtazione del 30 per cento della tariffa incentivante sin dalla data di decorrenza della convenzione, agli impianti di potenza compresa tra 1 e 3 kw nei quali, a seguito di verifica, risultino installati moduli non certificati o con certificazioni non rispondenti alla normativa di riferimento. Il comma 4-*bis* si riferisce invece agli impianti di potenza superiore a 3 kw che risultino, sempre all’esito di verifiche o controlli, trovarsi nelle anzidette condizioni. In questo caso la decurtazione è del 20 per cento della tariffa incentivante base per l’energia prodotta dalla data di decorrenza della convenzione con il GSE e si applica su istanza del beneficiario e a condizione che lo stesso abbia intrapreso le azioni consentite dalla legge nei confronti dei soggetti responsabili della non conformità dei moduli. Per entrambe le fattispecie viene meno comunque la maggiorazione del 10 per cento prevista per gli impianti il cui costo di investimento, relativo ai componenti diversi dal lavoro, sia per non meno del 60 per cento riconducibile ad una produzione realizzata all’interno dell’Unione europea<sup>63</sup>.

Il comma 4-*ter*, con riferimento agli impianti con potenza superiore ai 3 kw, prevede il dimezzamento della decurtazione qualora la mancanza di certificazione o la mancata rispondenza della certificazione sia dichiarata dal soggetto beneficiario, al di fuori di un procedimento di verifica e controllo.

Sempre per gli impianti con potenza superiore ai 3 kw il GSE deve in ogni caso accertare la sostanziale ed effettiva rispondenza dei moduli installati ai requisiti tecnici e la loro perfetta funzionalità e sicurezza. L’assenza di colpa in capo al beneficiario, assunta come elemento integrante le fattispecie stesse, esclude con ogni evidenza la natura sanzionatoria delle decurtazioni degli incentivi ivi previste. Anche le norme citate sembrerebbero declinare l’esercizio da parte del GSE del proprio potere di autotutela. Si tratterebbe, più in particolare, di ipotesi di annullamento d’ufficio parziale o riforma. Il presupposto, infatti della decurtazione, in misura fissa, dell’incentivo già concesso e dell’annullamento della maggiorazione per gli impianti realizzati con componenti in prevalenza europee, è la difformità – in assenza di colpa del beneficiario – dei moduli degli impianti fotovoltaici dalla certificazione prodotta o, comunque, prevista. Si tratta, quindi, di un vizio che inficia *ab origine* il provvedimento di qualificazione dell’impianto e di concessione dell’incentivo. Sennonché, la buona fede del beneficiario e l’interesse

---

<sup>62</sup> Aggiunti all’art. 42 d.lgs. n. 28 del 2011, rispettivamente, dall’art. 1, comma 89, l. 4 agosto 2017, n. 124 e dall’art. 57-*quater* del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla legge 21 giugno 2017, n. 96.

<sup>63</sup> Art. 14, comma 1, lett. d), d.m. 5 maggio 2011, n. 52804.

pubblico rappresentato dalla salvaguardia della produzione dell'energia elettrica da impianti fotovoltaici giustificerebbe, in luogo dell'annullamento d'ufficio del provvedimento di concessione degli incentivi, la riforma dello stesso con decurtazione degli incentivi.

Quindi, il tenore letterale delle norme che prevedono la decadenza totale o la decurtazione degli incentivi, che sembrerebbe configurarli come provvedimenti vincolati (il GSE *dispone* la decadenza o la decurtazione), va interpretato alla luce del “nuovo paradigma” dei rapporti tra amministrazione e cittadino. D'altronde, lo stesso Consiglio di Stato, per un'ipotesi – all'epoca – di sicuro annullamento doveroso<sup>64</sup> invitava a ricondurre la fattispecie «*al paradigma generale dell'art. 21-nonies della l. 241 del 1990 se si vuole preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso*»<sup>65</sup>.

Conforta tale conclusione la circostanza che il decreto ministeriale di disciplina dei controlli di competenza del GSE richiami la legge n. 241 del 1990 e ne imponga il rispetto. Tale rinvio non sembra potersi limitare alle sole garanzie procedurali poste dalla legge (la partecipazione al procedimento e la conclusione dello stesso entro un tempo ragionevole) quanto anche ai principi fondamentali che la stessa esprime – tra i quali la tutela dell'affidamento e l'attualità dell'interesse pubblico concreto perseguito – ed a norme, come l'art. 21-*nonies*, che sulla base di quei principi disciplina l'annullamento d'ufficio.

## **6. Le misure applicabili dal GSE quali espressione del potere sanzionatorio.**

Si è già anticipato che, per la gran parte delle violazioni rilevanti indicate dall'allegato 1 al d.m. 31 gennaio 2014, il provvedimento comminabile dal GSE ha un'evidente natura sanzionatoria, in quanto la decadenza dall'incentivo prescinde dalla valutazione dell'esistenza o meno dei requisiti oggettivi condizionanti l'ammissione allo stesso, ma ha per presupposto esclusivo un comportamento tenuto dal beneficiario che si assume in violazione di un precetto. La decadenza, pertanto, rappresenta in questi casi una misura afflittiva nei confronti del beneficiario dell'incentivo in reazione ad una sua condotta illecita<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Si trattava dell'annullamento che avrebbe dovuto disporre la stazione appaltante in ottemperanza ad una raccomandazione vincolante dell'ANAC, ai sensi dell'art. 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici, poi opportunamente modificato dal correttivo.

<sup>65</sup> Cons. St., comm. spec., parere 28 dicembre 2016, n. 2777, reso in ordine allo «schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 10 aprile 2016, n. 50», punto 5.3.3., in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>66</sup> D'altronde, che l'art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011 disciplini sanzioni amministrative si evince, oltre che dal tenore letterale dello stesso, dai criteri direttivi della legge delega in base al quale è stato adottato. Tant'è che la Corte costituzionale con la sentenza n. 51/2017 ha censurato la misura interdittiva prevista originariamente dall'art. 23, comma 3, dello stesso decreto, in quanto eccentrica rispetto al perimetro dell'intervento disegnato dalla legge di delega, «che, in tema di infrazioni, ha previsto unicamente l'esercizio del potere di irrogare sanzioni penali o amministrative, limitando queste ultime solo a quelle di tipo pecuniario». Lo stesso Consiglio di Stato, con l'ordinanza di rimessione alla Corte, ha evidenziato che «L'art. 43 del d.lgs. n. 28 del 2011, contemplando un sistema sanzionatorio rigido applicabile indistintamente a tutte le fattispecie senza che l'autorità amministrativa competente possa modulare l'irrogazione della sanzione a seconda della valenza degli elementi oggettivi e soggettivi della

Più precisamente, seguendo la classificazione delle ipotesi di decadenza operata da autorevole dottrina<sup>67</sup>, ricorrerebbe nel caso la figura della c.d. decadenza inadempimento, configurabile quando il privato disattenda un obbligo previsto dalla norma o dallo stesso provvedimento amministrativo che ha ammesso il soggetto al beneficio cui si riferisce la decadenza, ovvero derivante da ordini impartiti dall’Autorità che ha compiti di controllo e vigilanza sul rapporto che ha portato al beneficio.

Il discorso a questo punto coinvolge l’ampio dibattito dottrinario sulla natura della decadenza e, più in generale, delle misure interdittive, tra le quali può ricomprendersi la prima, stando alla definizione che delle stesse si è data quali misure che si concretano «nella privazione di un diritto o di una capacità nei confronti di chi abbia trasgredito un precetto»<sup>68</sup>.

La dottrina in genere afferma il carattere sanzionatorio della decadenza<sup>69</sup>. Alcuni Autori, però, precisano che la decadenza, come tutte le misure dirette a ripristinare interessi sostanziali lesi dall’infrazione, rientra

---

fattispecie stessa, si pone, pertanto, in contrasto con l’indicato parametro costituzionale» (la regola della ragionevolezza). Ed ancora: «La Corte di giustizia dell’Unione europea ritiene che le autorità preposte all’irrogazione delle sanzioni, in materie di rilevanza europea, quale quella in esame, debbano rispettare il principio di proporzionalità (si veda Corte di giustizia UE, sez. I, 9 febbraio 2012, n. 210, in causa C-210/10; cfr. anche Corte cost. n. 313 del 1990). L’art. 43 del d.lgs. n. 23 del 2011, non assicurando il rispetto del principio di proporzionalità, si pone, pertanto, in contrasto anche con il parametro costituzionale sopra indicato». (Cons. St., ord. 9 luglio 3024, n. 3496).

<sup>67</sup> M.A. SANDULLI, *Decadenza e sanzione amministrativa*, in *Dir. soc.*, 1980, p. 3, distingue: la c.d. decadenza in senso stretto, che consiste nella preclusione dovuta al mancato esercizio o alla mancata attivazione di una posizione giuridica soggettiva attiva derivante da un provvedimento amministrativo, entro un termine di natura perentoria; la c.d. decadenza inadempimento, quale conseguenza di violazione del privato di obblighi, modi o ordini connessi ad un rapporto di tipo continuativo con la pubblica amministrazione e (terza categoria) la decadenza che deriva dal venire meno dei presupposti o requisiti necessari affinché il provvedimento venga adottato o il rapporto con l’amministrazione instaurato.

<sup>68</sup> A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica Amministrazione*, Padova, 1983, p. 134. L’Autore ritiene però che non si possano qualificare tutte le misure amministrative interdittive in modo indiscriminato come sanzioni amministrative (138). Rilevante, ai fini della qualificazione in termini sanzionatori delle misure interdittive è l’art. 20 l. n. 689 del 1981, a mente del quale «L’autorità amministrativa con l’ordinanza-ingiunzione [...] può applicare, come sanzioni amministrative, quelle previste dalle leggi vigenti, per le singole violazioni, come sanzioni penali accessorie, quando esse consistano nella privazione o sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell’amministrazione». L’art. 11 della stessa legge, pur riferendosi alle sole sanzioni accessorie facoltative, ha espresso un principio che lo stesso autore citato ha ritenuto di portata generale in ordine alla commisurazione della sanzione, per la quale deve aversi riguardo alla gravità della violazione, all’opera svolta dall’agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche (cfr. C.E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzione amministrativa*, in *Enc. del diritto*, 1989, p. 361). Sulla distinzione tra misure e sanzioni interdittive si veda A. PORPORATO, *Le sanzioni interdittive*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, F.F. TUCCARI (a cura di), *La sanzione amministrativa*, Milano, 2016, p. 510.

<sup>69</sup> Secondo G. SANTANIELLO, *Decadenza e Diritto amministrativo*, in *Enc. del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, pp. 801-802, la decadenza «ha sostanzialmente natura di sanzione, che l’amministrazione adotta a carico del privato inadempiente agli obblighi assunti in dipendenza di un atto amministrativo». Si evidenzia che l’illustra Autore pone tra i motivi della decadenza – intesa come sanzione – anche il «venir meno dei requisiti di idoneità», requisiti che possono essere anche «oggettivi, se attinenti al bene costituente oggetto del provvedimento». V. TEDESCHI, *Decadenza. a) Diritto e procedura civile*, in *Enc. del diritto*, cit., p. 771, parla di «fenomeno estintivo sanzionatorio». M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, p. 1028, riferendosi agli atti di ritiro di autorizzazioni

nella nozione di «*sanzione amministrativa in senso ampio*», nell'ambito della quale può ricondursi «*qualsiasi forma di reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto*»<sup>70</sup>. Secondo questa dottrina, fedele alla concezione risalente a Zanobini della sanzione amministrativa quale «*pena in senso tecnico*»<sup>71</sup>, che avrebbe trovato conferma nella legge n. 689 del 1981, la sanzione amministrativa in senso stretto<sup>72</sup> avrebbe, invece, esclusivamente carattere afflittivo con finalità di prevenzione generale e speciale e sarebbe estranea a finalità ripristinatorie o risarcitorie. Ciò porterebbe ad escludere da tale ambito i «*provvedimenti di decadenza, che anche quando sono riconducibili ad una "colpa" del destinatario svolgono una funzione non di ordine sanzionatorio, ma di tutela diretta del rapporto con l'amministrazione. La decadenza incide su un rapporto in termini corrispondenti alla risoluzione per inadempimento nel diritto privato: ogni finalità punitiva è estranea alla figura*»<sup>73</sup>.

Sennonché, in disparte per un momento l'evoluzione che la nozione di sanzione amministrativa ha conosciuto recentemente per l'impulso della giurisprudenza della Corte EDU, l'aver il Legislatore integrato l'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011 introducendo una graduazione tra un minimo ed un massimo della misura applicabile, in ragione dell'entità della violazione, consente di affermare il carattere sanzionatorio delle misure stesse anche sulla base dei parametri individuati dalla dottrina citata. Questa, infatti, ha ritenuto rilevante, ai fini della qualificazione in termini sanzionatori delle misure interdittive, l'art. 20 l. n. 689 del 1981, a mente del quale «*[l]'autorità amministrativa con l'ordinanza-ingiunzione [...] può applicare, come sanzioni amministrative, quelle previste dalle leggi vigenti, per le singole violazioni, come sanzioni penali accessorie, quando esse consistano nella privazione o sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione*». L'art. 11 della stessa legge, pur riferendosi alle sole sanzioni accessorie facoltative, ha espresso un principio che gli stessi Autori citati hanno ritenuto di portata generale in ordine alla commisurazione della sanzione, per la quale deve aversi riguardo alla gravità della violazione, all'opera

---

per violazioni di norme e di prescrizioni tecniche, afferma che questi atti «non sono revoche, ma atti sanzionatori». P. SALVATORE, *Revoca degli atti. III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, afferma che la decadenza, a differenza della revoca, costituisce estrinsecazione di un potere sanzionatorio orientato sul comportamento del destinatario dell'atto.

<sup>70</sup> C.E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. del diritto*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 351. Si veda anche M.A. Sandulli, *Sanzione IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 2, che distingue le sanzioni in senso stretto da «tutte quelle misure le quali, pur consistendo, come le prime, nell'inflizione di un male in risposta alla contravvenzione ad un precetto giuridico, diverso dalla mera attuazione di quel precetto stesso, se ne differenziano poi profondamente sotto il profilo teleologico, in quanto assolvono ad una funzione (non già afflittiva, sebbene) direttamente e immediatamente *riparatoria* dell'interesse violato (secondo l'esempio classico della c.d. sanzione civile di risarcimento del danno) o ripristinatoria dello stato di fatto o di diritto preesistente all'illecito (c. la *reductio in pristinum*)».

<sup>71</sup> G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, pp. 2 ss..

<sup>72</sup> La nozione di sanzione amministrativa in senso stretto era già stata elaborata da M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (studi preliminari)*, Napoli, 1981, e poi ripresa nella voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani *Sanzione IV) Sanzioni amministrative*, cit..

<sup>73</sup> C.E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, p. 363. Così anche M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, cit., pp. 35 ss..

svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche<sup>74</sup>.

Inoltre, un argomento di carattere sistematico milita per una accezione della sanzione amministrativa più ampia di quella come “pena in senso tecnico”. L'art. 21-*bis* della legge n. 241 del 1990, nell'affermare la natura necessariamente ed inderogabilmente recettizia dei provvedimenti «*aventi carattere sanzionatorio*», si riferisce non solo alle c.d. sanzioni in senso stretto, per le quali la regola era già stata posta dall'art. 21 della legge n. 689 del 1981, ma ad una categoria più vasta di provvedimenti amministrativi, incidenti su situazioni di interesse legittimo, il cui carattere sanzionatorio deve rinvenirsi nell'avere per presupposto la violazione di un precetto e nella natura afflittiva.

Come anticipato, la nozione di sanzione amministrativa va oggi rivista alla luce delle pronunce della Corte EDU<sup>75</sup>, che, sin dalla sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel v. Olanda*, in tema di sanzioni detentive disciplinari militari, ha individuato due criteri sostanziali per la qualificazione di una sanzione come penale: la natura dell'illecito – da determinare, a propria volta, sulla base di due sottocriteri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione, ossia, il carattere punitivo-deterrente di questa – ovvero il grado di severità della misura irrogata<sup>76</sup>. Tali criteri a giudizio della Corte sono alternativi: è sufficiente, quindi, il ricorrere di uno dei due elementi perché si abbia sanzione penale. La Corte EDU si è però riservata la possibilità di adottare un approccio cumulativo qualora l'analisi separata di ciascun criterio non le consenta di pervenire ad una conclusione chiara quanto

---

<sup>74</sup> C.E. Paliero – A. Travi, *Sanzioni amministrative*, cit., p. 361. Gli autori citano, tra i criteri normalmente utilizzati per qualificare le sanzioni interdittive, il seguente: «va riconosciuto carattere di sanzione alle misure interdittive che siano fra loro graduate in funzione della gravità dell'infrazione: una tale graduazione è infatti tipica delle misure sanzionatorie» (p. 361, nota n. 60). Si veda, nello stesso senso, S. LICCIARDELLO, *Le sanzioni interdittive*, in A. CAGNAZZO, S. TOSCHEI, *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, p. 346.

<sup>75</sup> Sul tema si veda M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali – europee*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 3/2018, pp. 374 ss.; Id., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *federalismi.it*, 22 febbraio 2017; Id., *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), dicembre 2014 e Id., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 47 ss.; S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Napoli, 2017, spec. pp. 165-206; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015 e Id., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunitario*, fasc. 2, 2014, pp. 337 ss.; E. BANI E G. MONTEDORO, *Le autorità amministrative indipendenti*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Corso di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2016, pp. 268 ss.. Si veda, infine, M. ALLENA - S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Approfondimenti de Il diritto dell'economia*, vol. 26, n. 82, 2013.

<sup>76</sup> Avendo riguardo alla pena massima prevista dalla legge applicabile e non a quella concretamente applicata (Corte EDU, 11 giugno 2009, *Dubus S.A.v. v. France*). Quanto, particolarmente, alle sanzioni pecuniarie, la severità è legata alla significatività del sacrificio economico, valutato però avendo riguardo alle condizioni soggettive del destinatario: così, anche una sanzione di pochi euro è stata considerata di natura penale sull'assunto che il suo ammontare fosse comunque significativo rispetto al reddito del destinatario (cfr. Corte EDU, 1 febbraio 2005, *Zilimberg v. Moldova*).

all'esistenza di una accusa in materia penale<sup>77</sup>. La qualificazione formale che la sanzione riceve nell'ordinamento nazionale vale come ulteriore criterio, ma vincolante esclusivamente in senso estensivo, solo, cioè, ai fini dell'applicazione della Convenzione ove anche non siano integrati i requisiti sostanziali affermati dalla Corte EDU. Tali requisiti, definiti, per il *leading case*, “*Engel criteria*”, sono stati costantemente ribaditi dalla Corte di Strasburgo<sup>78</sup> e fatti propri anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Così, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, cit., p. 10. Cfr. anche, nel medesimo senso, Cons. St., sez. VI, nn. 1595 e 1596 del 2015 cit..

<sup>78</sup> Solo per citare due casi che hanno avuto larga eco in Italia, si veda Corte EDU, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri v. Italia*, che ha affermato il *ne bis in idem* ed il diritto ad un equo processo in materia di sanzioni della Consob, e 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*, in materia di sanzioni antitrust. La prima delle due sentenze è stata oggetto di numerosi commenti: tra questi si vedano G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal ne bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC* n. 3/2015; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giorn. dir. amm.* 2014, pp. 1053 ss. e M. VENTORUZZO, *Abusi di mercato, sanzioni Consob e diritti umani: il caso Grande Stevens e altri c. Italia*, in *Riv. delle società*, 2014, pp. 693 ss.. Questa sentenza ha innescato un processo che si è sviluppato anche dinanzi al giudice interno, conclusosi con le sentenze gemelle del Consiglio di Stato, sez. VI, nn. 1595 e 1596 del 26 marzo 2015, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ed all'esito del quale la Consob ha dovuto adeguare il proprio regolamento in materia di procedimento sanzionatorio, non – come ha rilevato il Consiglio di Stato – per contrasto con l'art. 6 della CEDU, quanto per violazione degli artt. 187-*septies* e 195 T.U.F. e dell'art. 24 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 che impongono per i procedimenti sanzionatori della Consob il rispetto dei principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti e della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie. Per un commento delle ordinanze cautelari 2 ottobre 2014, nn. 4491 e 4492 pronunciate dal Consiglio di Stato si veda M. ALLENA, *Interessi procedurali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: verso un'autonomia di tutela*, in *Giorn. dir. amm.* n. 1/2015, pp. 67 ss.; mentre per un commento alle due sentenze gemelle del Consiglio di Stato si veda B. RAGANELLI, *Sanzioni Consob e tutela del contraddittorio procedimentale*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2015, pp. 511 ss..

<sup>79</sup> Cfr. Corte di giustizia UE, 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, punto 35, che, per la qualificazione di una sovrattassa come sanzione penale, richiama i tre criteri della «qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale [...] della natura dell'illecito [...] e [...] della natura nonché del grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere [...]» (citazione tratta da M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit., nota 14).

La Corte Costituzionale<sup>80</sup> ha ricavato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, il principio secondo il quale «*tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*»<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Le disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo (art. 32 della Convenzione), in quanto norme interposte, operano, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., come parametro per il giudizio di legittimità costituzionale delle norme interne, nella misura in cui siano compatibili con i principi costituzionali. Le prime sentenze che hanno fatto applicazione di tale parametro costituzionale sono Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 3475, con note di Pinelli e di Moscarini, e Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. Cost.*, 2007, con note di Cartabia, Guazzarotti e Sciarabba. Numerosi i commenti a tali fondamentali sentenze. Tra questi: M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, pp. 201 ss.; B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una «finestra» a Strasburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, pp. 25 ss.; C. ZANGHI, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); G. GAJA, *Il limite del rispetto degli "obblighi internazionali": un parametro definito solo parzialmente*, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, pp. 136 ss.; S.M. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 565 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quaderni cost.*, 2007, pp. 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, in *Quaderni cost.*, 2007, pp. 140 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); Id., *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2008; T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e «controlimiti allargati»: che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 22/2007; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 22/2007; A. FILIPPINI, *Il caso Dorig, la Cedu e la Corte costituzionale: l'effettività della tutela dei diritti dopo le sentenze 348 e 349 del 2007*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, *Foro it.*, 2008, I, pp. 50 ss.; F. ANGELINI, *L'incidenza della Cedu nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Dir. dell'unione eur.*, 2008, pp. 487 ss. L'art. 46 della l. 4 agosto 1955, n. 848, di ratifica della Convenzione, dispone che «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alla sentenza definitiva della Corte per le controversie di cui sono parti». La Corte costituzionale, con sentenza 14 gennaio 2015, n. 49 ha però precisato che è «solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». Con successive sentenze la Corte è tornata a riaffermare il *dictum* espresso nelle sentenze n. 348-349 del 2007, così esprimendosi: «è parimenti da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, "[l']applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri" (sentenza n. 49 del 2015 e n. 349 del 2007). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze n. 276 e n. 36 del 2016)» (Corte cost. 7 aprile 2017, n. 68 e 11 maggio 2017, n. 109). Su tali temi si veda anche V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio costituzionale dell'AIC*, maggio 2015 e A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e costituzione*, Milano, 2017, spec. pp. 129 ss.. La CEDU, poi, sarebbe destinata ad acquisire il rango di norma comunitaria, grazie all'adesione alla convenzione dell'Unione Europea, in conformità a quanto prescritto dall'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione Europea e previsto dall'art. 59 CEDU, come modificato dal Protocollo 14 del 17 marzo 2010. Tale – travagliato – processo, però, non si è ancora compiuto. Sul tema si vedano, oltre ad A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e costituzione*, cit., pp. 347 ss.; A.F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione Europea alla CEDU. Profili penali*, Parte prima in

Attenta dottrina ha rilevato che per essere in linea con la CEDU, «*al fine di qualificare un provvedimento come sanzione in senso stretto, dovrebbero, a ben vedere, bastare due elementi positivi: la reazione rispetto all'infrazione di un precetto e la significatività delle conseguenze negative per il destinatario (pur indipendentemente da ogni ulteriore considerazione sulle finalità dell'atto). A differenza che nella tradizione dottrinale e giurisprudenziale italiana, si tratterebbe in altri termini di rinunciare ad un elemento negativo, ossia quello della necessaria estraneità del provvedimento alla cura concreta dell'interesse pubblico sotto il profilo preventivo o ripristinatorio*»<sup>82</sup>. D'altronde, già Feliciano Benvenuti

---

*dir. pen. com.* n. 7-8/2017, pp. 79 ss. e Parte seconda, in *dir. pen. com.*, n. 2/2018, pp. 45 ss. e I. ANDRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione del sistema di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2015. E comunque, come evidenzia M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, cit., p. 383, la Carta di Nizza ha recepito, anche dichiaratamente, le categorie sviluppate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in quanto, ai sensi dell'art. 52, comma 3, della CDFUE, in caso di corrispondenza tra i diritti riconosciuti da tale Carta e quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata dei primi «sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione» e, a norma del successivo art. 53, le tutele offerte dalla CDFUE non possono essere inferiori a quelle riconosciute dalla CEDU. Ciò implica «che l'ordinamento dell'UE attinga direttamente, almeno in linea di principio, alle categorie sostanzialistiche sviluppate dalla giurisprudenza di Strasburgo».

<sup>81</sup> Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104 e Corte cost., 4 giugno 2010, n. 186 in *Giur. Cost.*, 2010, pp. 2323 ss., con commento critico di A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*. La Giurisprudenza più recente della Corte ha precisato e ridimensionato tale principio affermando che «L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna» (Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 43). Si vedano, anche, in questo senso, Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative "punitive"*, e 11 maggio 2017, n. 109, in *Dir. pen. cont.*, 2017, con note di F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative* e I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*. Si veda anche, su tale giurisprudenza, M. BRANCA, *Un "giro di vite" sulle sanzioni amministrative "penali" nelle sentenze n. 43, n. 68 e n. 109 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.* 2017, pp. 1407 ss.. Osserva M. ALLENA, *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, cit., p. 383, che il profilo evidenziato dalle sentenze citate non va sovrastimato «perché la CEDU, in quanto *living instrument*, tende a inglobare mano a mano le garanzie riconosciute negli ordinamenti degli Stati membri: sicché, ove anche queste ultime non siano espressamente ricomprese nel suo dettato, esse finiscono però, nel tempo per essere egualmente (se non più convintamente) riconosciute dalla giurisprudenza di Strasburgo».

<sup>82</sup> F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 337 ss.. L'Autore trae da diverse sentenze della Corte di Strasburgo «l'idea che il concetto di sanzione penale rilevante ai fini CEDU ben tolleri al suo interno la compresenza di finalità afflittive-dissuasive e, rispettivamente, di cura concreta dell'interesse pubblico, anche – si noti – nel senso di diretto ripristino della lesione subita dall'interesse pubblico oltre che di sua cura preventiva». Si vedano, a tal proposito, Corte EDU, 9.2.2005, causa n. 307-A/1995, *Welch v. Regno Unito*; 9 ottobre 2003, casi nn. 39665/98 e 40086/98, *Ezeh v. Regno Unito*; 14 novembre 2013, caso n. 47152/06, *Blokhin v. Russia*; 27 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*; Corte EDU, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens e altri v. Italia*. Condivide tale opinione V. PAMPANIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Dir. amm.* 2018, 141 ss., spec. nota 10. Si veda, invece, per una valutazione critica

sosteneva che anche la sanzione amministrativa avrebbe dovuto essere ricondotta alla funzione amministrativa, per ragione non di ordine puramente formale, ma per il suo ruolo di presidio degli interessi devoluti all'amministrazione, tanto da collocare l'istituto nell'ambito dell'autotutela<sup>83</sup>.

In questa prospettiva, troverebbero applicazione alle misure interdittive – e tra queste, per quel che qui interessa, alla decadenza – comunque qualificate dal diritto interno, gli artt. 6 (diritto al giusto processo)<sup>84</sup> e 7 (*nullum crimen, nulla pena sine lege certa, stricta e previa*)<sup>85</sup> CEDU.

dell'estensione della nozione di sanzione amministrativa nel diritto interno in ragione delle pronunce della Corte Edu: A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, cit. e Id., *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 627, spec. nota 27, ove si afferma che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non possa essere invocata per rifondare l'assetto delle sanzioni amministrative anche nel nostro ordinamento. Si veda anche P. CERBO, *Le ragioni di una questione definitoria: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. Cost.*, 2014, 3605B ss., il quale, muovendo sempre dalle sentenze della Corte di Strasburgo, ritiene «che non debba essere scontato nella ricerca della nozione di sanzione amministrativa il completo distacco dal suo profilo funzionale e, dunque, dallo scopo precipuo di prevenzione generale e speciale di illeciti».

<sup>83</sup> F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, IV ed., Padova, 1959, p. 155.

<sup>84</sup> Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, cit., pp. 9-10: «anche una serie di provvedimenti di carattere interdittivo o ripristinatorio comunemente ritenuti, nel nostro ordinamento, espressione di un generico potere ablatorio preordinato alla cura in concreto dell'interesse pubblico possono, a certe, condizioni, ricadere nella nozione di "accusa penale" di cui all'art. 6 CEDU».

<sup>85</sup> Cfr. V. PAMPANIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, cit., 141 ss.. La Corte EDU, con la sentenza della Grande Camera 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italia* (n. 2), innovando rispetto al proprio orientamento ha affermato che «l'art. 7 par. 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa». La Corte Costituzionale, con sentenza 20 luglio 2016, n. 193, ha escluso che il principio della retroattività della *lex mitior* si applichi al complessivo sistema sanzionatorio amministrativo, ma solo alle sanzioni (qualificate amministrative dal diritto interno) penali alla luce dei cosiddetti criteri Engel. Su tali presupposti, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, l. n. 689 del 1981, nella parte in cui prevede il principio di irretroattività della sola sanzione amministrativa più sfavorevole, in quanto «non si rinviene nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative». La pronuncia desta perplessità, ove si consideri che la norma sospettata di incostituzionalità (l'art. 1, l. n. 689/1981) riguarda sanzioni amministrative in senso stretto (le sanzioni pecuniarie e non pecuniarie, queste ultime nei limiti di cui all'art. 20 stessa legge), sicuramente afflittive e, quindi, «sostanzialmente penali» alla luce dei criteri Engel. Ciò a meno che la pronuncia non vada letta come una (implicita) adesione alla tesi dell'applicazione del capo I della legge n. 689/1981 a tutte le sanzioni amministrative, anche *lato sensu* e diverse da quelle disciplinate dalla legge stessa. E comunque, con la sentenza citata, la Corte ha finalmente ammesso, per le sanzioni amministrative «sostanzialmente penali» alla stregua dei principi della Corte EDU, il principio di retroattività *in bonam partem*, superando, così il proprio precedente avviso (si vedano: Corte cost., ord. 28 novembre 2002, n. 501; 24 aprile 2002, n. 140 e 15 luglio 2003, n. 245, tutte in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)). Per alcuni commenti della sentenza citata si vedano M. BRANCA, *Nuove prospettive per la retroattività della lex mitior in tema di sanzioni amministrative*, in *Giur. Cost.*, 2016, 1397D ss.; M. SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il "caso" delle sanzioni amministrative*, in *Giur. Cost.*, 2016, 1401 ss.; A. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte cost., 20 luglio 2016, n. 1993*, in *Osservatorio cost. dell'AIC*, n. 3/2016. Rilevi critici nei confronti della sentenza citata in M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e*

Volendo però rimanere alla distinzione tra sanzioni amministrative in senso stretto e *lato sensu*<sup>86</sup>, ed ascrivendo la decadenza alla seconda categoria, è possibile ricavare sia dalla Convenzione dei diritti dell'uomo che – direttamente – dall'ordinamento interno, uno statuto minimo di garanzie a presidio anche delle seconde.

La classificazione in parola rileva innanzitutto ai fini del riparto di giurisdizione. Le sanzioni in senso ampio, in quanto espressione della potestà amministrativa autoritativa, incidono su posizioni di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie. Le sanzioni in senso stretto, invece, attingono posizioni di diritto soggettivo e sono sottoposte al giudizio di opposizione innanzi al giudice ordinario disciplinato dalla l. n. 689 del 1981. Questo aspetto è di scarso interesse per l'economia del presente lavoro, per essere le misure del GSE attratte nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in forza dell'art. 133, comma 1, lett. o) del c.p.a.. Di assoluto rilievo, invece, è la distinzione tra le due categorie di atti ai fini dell'applicabilità della l. n. 689 del 1981. Solo le sanzioni in senso stretto sarebbero presidiate dalle garanzie poste da tale legge: il principio di legalità e quindi di tassatività ed irretroattività *in pejus* della legge sanzionatrice (art. 1); il principio di personalità e colpevolezza della responsabilità amministrativa (art. 3); la previsione di cause di esclusione della responsabilità (art. 4)<sup>87</sup>. Solo alle sanzioni in senso stretto<sup>88</sup> si applicherebbe il procedimento di irrogazione disciplinato dagli artt. 13 e seguenti della legge citata, con le relative garanzie.

Alle misure interdittive trovano, però, sicura applicazione principi fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Infatti, l'art. 6, par. 1, che garantisce il giusto processo, riguarda anche i provvedimenti amministrativi determinativi dei diritti civili<sup>89</sup>, quali atti autoritativi dell'amministrazione capaci di creare, estinguere o comunque significativamente incidere su una posizione di vantaggio di rilievo patrimoniale del cittadino<sup>90</sup>. Inoltre, le garanzie poste dalla norma convenzionale, nella

---

*principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit., pp. 5-6. Prima ancora delle pronunce della Corte EDU, riteneva trovasse applicazione alle sanzioni amministrative il principio di retroattività *in mitius*, M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., p. 82. P. PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, pp. 877 ss., fa discendere dalla giurisprudenza Corte EDU a partire dal caso Scoppola l'applicazione del principio in parola.

<sup>86</sup> Ribadita da Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5421, che pur mostra di fare applicazione dei criteri definiti dalla Giurisprudenza della Corte di Strasburgo al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

<sup>87</sup> Si veda però M.A. SANDULLI, *Sanzione IV) Sanzioni amministrative*, cit., p. 6, che riconosce nel Capo I della l. n. 689/1981 «un contenuto generalmente informatore dell'intero settore delle “pene” amministrative».

<sup>88</sup> Sanzioni pecuniarie ed anche interdittive, nei limiti previsti dall'art. 20, l. n. 689/1991.

<sup>89</sup> Si rinvia sul tema all'ampia trattazione di M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 171 ss. e, più recentemente, Id., *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, cit..

<sup>90</sup> Così F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 337 ss.. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, cit., p. 11, rileva che «l'espressione “diritti di carattere civile”, sempre contenuta nell'art. 6 CEDU, è considerata idonea

giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non riguardano solo la fase giudiziale, ma presidiano anche la fase procedimentale di irrogazione delle misure<sup>91</sup>. Infine, a tali provvedimenti è da ritenere applicabile l'art. 1 del primo protocollo addizionale della CEDU<sup>92</sup> e del principio di legalità dallo stesso sancito<sup>93</sup>, cui a volte la Corte di Strasburgo ha attribuito portata analoga, quanto a divieto di retroattività e applicazione estensiva *in malam partem*, a quello enunciato dall'art. 7 della Convenzione per la sanzione penale<sup>94</sup>.

a ricomprendere qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento di uno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, indipendentemente dalla qualificazione che essa riceva in tale sede». L'Autrice, a tal proposito cita Corte EDU, 5 ottobre 2000, caso 33804/96, *Mennitto v. Italia*, relativa alla pretesa di un disabile di ricevere un contributo economico da parte de competenti servizi sanitari locali.

<sup>91</sup> Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, cit., p. 14: «In definitiva, l'interpretazione "autonoma", da un lato, della nozione di "tribunale", dall'altro di "accusa penale" e di "diritti di carattere civile", ha consentito alla Corte di Strasburgo di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU ben oltre la materia civile e penale e ben oltre il piano processuale, fino a ricomprendere una molteplicità di procedimenti amministrativi (in genere disciplinati, nel nostro ordinamento, dalla legge n. 241 del 1990): sicché, in definitiva, è proprio nella fase procedimentale di irrogazione di una sanzione o di adozione di un altro provvedimento che un'autorità amministrativa è tenuta, in linea di principio a rispettare le garanzie del diritto di difesa e dell'"equo processo"». In altro scritto (*Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.* 2012, pp. 1602 ss., spec. nota 11), l'Autrice indica tra i precursori della lettura innanzitutto procedimentale dell'art. 6 CEDU: S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, I, pp. 173 ss., 239; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, p. 27; F. GOISIS, *Garanzie procedimentali e Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.* 2009, pp. 1338 ss.; P. GRAIG, *The Human Right Act, article 6 and Procedural Rights*, in *Public law*, 2003, pp. 753 ss.. Si veda anche sul punto Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596: «secondo la Corte EDU le garanzie del diritto di difesa del giusto processo possono essere realizzate anche all'interno del procedimento amministrativo, non essendo di ostacolo la natura formalmente non giurisdizionale dell'autorità che decide sulla fondatezza dell'accusa penale, purché questa sia indipendente dall'esecutivo e terza rispetto alle parti (ovvero tra il soggetto che chiede l'applicazione della sanzione e il potenziale destinatario della stessa)».

<sup>92</sup> «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

<sup>93</sup> Così sempre F. GOISIS, *op. ult. cit.*, il quale sottolinea, citando la sentenza della Corte EDU 7 giugno 2012, caso 38433/09, *Centro Europa 7 srl v. Italia*, che tale articolo «pur letteralmente rubricato con riferimento alla sola proprietà ("Protezione della proprietà)", finisce in realtà, nell'interpretazione autonoma della Corte EDU, per tutelare un vasto numero di pretese economiche del cittadino, anche se nei confronti della Amministrazione nella sua veste autoritativa». Sull'accezione assai lata coltivata dalla Corte di Strasburgo dell'art. 1 del protocollo addizionale si veda da ultimo Corte EDU, Grande Camera, 13 dicembre 2016, *Bélané Nagy v. Ungheria*: «73. The concept of "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 has an autonomous meaning which is not limited to ownership of material goods and is independent from the formal classification in domestic law: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as "property rights", and thus as "possessions" for the purposes of this provision (see *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, par. 54, ECHR 1999-II; *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, par. 100, ECHR 2000-1; and *Parrillo v. Italy* [GC], no. 46470/11, par. 211, ECHR 2015). 74. Although Article 1 of Protocol N. 1 applies only to a person's existing possessions and does not create a right to acquire property (see *Stummer v. Austria* [GC], no. 37452/02, par. 82, ECHR 2011), in certain circumstances a "legitimate expectation" of obtaining an asset may also enjoy the protection of Article 1 of Protocol No. 1 (see, among many authorities, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* [GC], no. 73049/01, par. 65, ECHR 2007-I). 75. A legitimate expectation must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision. [...]».

<sup>94</sup> Così ancora F. GOISIS, *op. ult. cit.*, che cita la sentenza della Corte EDU, 8 marzo 2012, caso n. 14902/04, *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos v. Russia*, che, in materia di sanzione amministrativa, così a disposto: «The Court

La Corte di Strasburgo, con approccio pragmatico<sup>95</sup>, ha riconosciuto che non tutte le garanzie poste dall'art. 6, par. 1, CEDU devono essere necessariamente assicurate nella fase procedimentale amministrativa, potendo esse, almeno nel caso delle sanzioni non rientranti nel nocciolo duro della funzione penale (“*hard core of criminal law*”), collocarsi nella successiva ed eventuale fase giurisdizionale<sup>96</sup>. Ha, pertanto, ritenuto compatibile con la norma convenzionale citata che sanzioni amministrative (penali, nell’accezione della Corte EDU) siano imposte in prima istanza da un organo amministrativo anche a conclusione di una procedura che non offra garanzie procedurali piene di effettività del contraddittorio, purché sia assicurata la possibilità di ricorso dinnanzi al giudice munito di poteri di “piena giurisdizione” (“*full jurisdiction*”<sup>97</sup>), cosicché le garanzie previste dalla disposizione in questione possano attuarsi compiutamente quanto meno in sede giurisdizionale. Infatti, come evidenziato dal Consiglio di Stato, «[i]l sindacato di full jurisdiction implica, secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, il potere del giudice di sindacare la fondatezza, l’esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un continuum tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale»<sup>98</sup>.

Quanto ai principi desumibili dall’ordinamento interno, proprio l’illustre studioso<sup>99</sup> contrario ad una revisione della nozione di sanzione amministrativa sulla base delle pronunce della Corte di Strasburgo ha

---

*reiterates the principle, contained primarily in Article 7 of the Convention but also implicitly in the notion of the rule of law and the requirement of lawfulness of Article 1 of Protocol No. 1, that only law can define a crime and prescribe a penalty. While it prohibits, in particular, extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused’s detriment, for instance by analogy».* Vero è, come si vedrà *infra*, che la Corte EDU, a fronte di leggi retroattive, tende a sanzionare l’abuso del processo ad opera dello Stato, quindi la violazione dell’art. 6 della Convenzione, piuttosto che la violazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale, ritenendo che il diritto di proprietà – nell’accezione lata accolta dalla Corte – possa cedere di fronte ad interventi legislativi anche retroattivi ma ragionevoli e funzionali al perseguimento di prevalenti interessi pubblici.

<sup>95</sup> Così lo definisce Cons. St., sez. VI, nn. 1595 e 1596 del 26 marzo 2015 cit..

<sup>96</sup> Cfr. Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri v. Italia*, cit. e Corte EDU, 23 novembre 2006, caso n. 75053/01, *Iussila c. Finlandia*. Critica sulle conclusioni della Corte EDU sul caso *Grande Stevens*, M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., p. 1061, che rileva come la Corte di Strasburgo, in numerose sentenze (a partire da quella fondamentale sul caso *Öztürk* del 1984) abbia «individuato come chiaro limite alla compensazione *ex post* delle garanzie dell’“equo processo” la minorità della sanzione e, francamente, definire “minori” sanzioni che ammontano, come nel caso in questione, a diversi milioni di euro appare perlomeno problematico».

<sup>97</sup> Cfr. M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., pp. 1061-1062, che, citando Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini diagnostic s.r.l. c. Italia*, cit., afferma: «“*full jurisdiction*” significa riesame pieno, punto su punto, delle scelte amministrative nel contesto di un sindacato avente un carattere appellatorio in cui l’autorità giurisdizionale possa verificare se, in rapporto alle circostanze del caso concreto, l’autorità amministrativa abbia fatto “un uso appropriato dei suoi poteri”, esaminando “il fondamento e la proporzionalità delle scelte” compiute dall’autorità amministrativa, “anche sindacando le (relative) valutazioni tecniche complesse”». Sul tema si veda anche F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, II ed., Torino, 2015, pp. 109 ss. e, dello stesso Autore, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Dir. amm.* 2018, 1 ss..

<sup>98</sup> Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1595 e 1596 cit..

<sup>99</sup> A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, cit., *passim*.

ricompreso le misure interdittive tra i «*provvedimenti amministrativi con un “carattere sanzionatorio”*» affermando che anche «*se non sia identificabile una sanzione amministrativa nei termini definiti con rigore dalla legge n. 689/1981, il “carattere sanzionatorio” di tali provvedimenti, quando sia presente, assume un rilievo prevalente*». Tale “prevalenza” giustifica, secondo l’Autore citato, l’applicazione di alcuni principi fondamentali come quello della «*certezza delle regole*» e, conseguentemente, della irretroattività e tassatività delle stesse, oltre, come già visto, quello della necessaria graduazione delle sanzioni in ragione della gravità della violazione<sup>100</sup>.

Altra autorevole dottrina ha, sin dall’avvento della l. n. 689 del 1981, esteso a tutte le sanzioni amministrative<sup>101</sup> le garanzie previste dal Capo I della stessa legge, in quanto «*puntualizzazioni di principi fondamentali già presenti nel sistema*»<sup>102</sup>.

La giurisprudenza interna, nel qualificare la decadenza da una concessione come «*provvedimento lato sensu sanzionatorio*», ha ritenuto che l’amministrazione nell’applicarla deve osservare il «*principio di gradualità e proporzionalità*»<sup>103</sup>.

Nei casi, quindi, in cui il provvedimento comminabile dal GSE ha natura di sanzione amministrativa, lo stesso è presidiato dal canone della irretroattività, tassatività e determinatezza, desumibile, oltre che dall’art. 7 CEDU, dall’art. 25, comma 2, Cost.<sup>104</sup>, con conseguente divieto di interpretazione analogica o

---

<sup>100</sup> C.E. PALIERO – A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, cit., 361. Si veda anche M.A. SANDULLI, *La S.C.I.A. e le nuove regole sulle tariffe incentivanti per gli impianti di energia rinnovabile: due esempi di “non sincerità” legislativa. Spunti per un forum, in federalismi.it*, 23 marzo 2011: «Il principio di sincerità (al quale indubitabilmente si legano quelli della certezza giuridica e dell’affidamento) esclude infatti che si possa essere esposti a misure di tipo repressivo o interdittivo che al momento in cui veniva tenuto il comportamento contestato non erano previste».

<sup>101</sup> Con l’esclusione di quelle disciplinari.

<sup>102</sup> M.A. SANDULLI, *Sanzione IV) Sanzioni amministrative*, cit., p. 6. Si veda, però, Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5421, che afferma l’irrelevanza dell’elemento soggettivo per le sanzioni in senso lato, aventi finalità ripristinatoria; quindi, a queste non sarebbe applicabile l’art. 3 l. n. 689/1981.

<sup>103</sup> Si veda Cons. St., sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 232, che qualifica la decadenza da una concessione come «*provvedimento lato sensu sanzionatorio*», nell’applicare il quale l’Amministrazione deve osservare il «*principio di gradualità e proporzionalità*».

<sup>104</sup> Cfr. Corte cost. 4 giugno 2010, n. 196, che afferma che l’art. 25, comma 2, Cost. «data l’ampiezza della sua formulazione (“Nessuno può essere punito...”) – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato». La Corte di cassazione, però, anche dopo la pronuncia citata della Corte costituzionale, ha continuato a ritenere che in materia di sanzioni amministrative il principio di tassatività non abbia copertura nell’art. 25, comma 2, Cost.. Cfr. Cass. 4 settembre 2014, n. 18683, in *De Jure* e Cass. 7 agosto 2012, n. 14210, in *De Jure*. In dottrina, per una lettura “integrata” delle garanzie poste dall’art. 7 CEDU (che non pone una riserva assoluta di legge formale) e dall’art. 25, comma 2, Cost., si veda F. GOISIS, *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall’art. 7 CEDU*, in *Foro amm. – TAR*, 2013, pp. 1228 ss., il quale, sul presupposto che le garanzie convenzionali e interne si integrano e potenziano a vicenda, afferma che «ciò non potrà che implicare comunque il rifiuto della fonte sublegislativa quale base della potestà sanzionatoria».

anche solo estensiva *in malam partem*. Inoltre, dovendosi – come rilevato in dottrina<sup>105</sup> – nella prospettiva CEDU intendere la tassatività-determinatezza come prevedibilità sostanziale della reazione sanzionatoria dell'ordinamento, è da ritenere che precipitato necessario di tale principio sia la rilevanza dell'elemento soggettivo ai fini dell'applicazione della sanzione<sup>106</sup>. In definitiva, solo la norma chiara e determinata rende prevedibile la reazione alla sua violazione<sup>107</sup>; diventa pertanto dirimente in sede di applicazione della misura sanzionatoria la valutazione se il responsabile della violazione del precetto, usando la diligenza richiesta per l'attività svolta, avrebbe potuto e dovuto essere a conoscenza dello stesso. Tale regola di civiltà, in quanto diretta derivazione dell'art. 7 CEDU, deve valere anche per le sanzioni c.d. in senso lato<sup>108</sup>. Per questo, non pare possa condividersi la decisione del Consiglio di Stato che, sul presupposto della obiettiva non conoscibilità del precetto violato, ha ritenuto non applicabile la sanzione per la sola parte in cui la stessa aveva carattere affittivo (per poche decine di migliaia di euro) mentre ha confermato la condanna plurimilionaria per la parte a contenuto ripristinatorio della medesima sanzione<sup>109</sup>.

Anche il procedimento di applicazione della misura e, più in generale, il sistema dei controlli, deve essere informato ai principi desumibili dalla CEDU. Come correttamente evidenziato in dottrina «è proprio nella

---

<sup>105</sup> Si veda sul punto M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit., pp. 18 ss.. L'Autrice sottolinea che «il principio di legalità sancito nell'art. 7 CEDU non significa semplicemente predeterminazione (normativa o giurisprudenziale) dei profili costitutivi la pretesa sanzionatoria, ma implica una effettiva prevedibilità e conoscibilità della regola da seguire». L'Autrice, inoltre, rileva che «la richiamata necessità che i consociati siano posti in grado di prevedere con certezza le reazioni dell'ordinamento induce la Corte di Strasburgo a ricavare dall'art. 7 CEDU non solo un divieto di ogni forma di retroattività *in malam partem* (pure ove attuata attraverso una interpretazione analogica), ma anche un più generale divieto di interpretazione estensiva delle previsioni sfavorevoli al destinatario e, correlativamente, un obbligo di applicazione retroattiva delle disposizioni più favorevoli».

<sup>106</sup> Non pare, pertanto, quanto a quest'ultimo profilo, condivisibile la giurisprudenza amministrativa, anche recentissima, che pone una sorta di automatismo tra la violazione rilevante e la decadenza disposta dal GSE, la quale conseguirebbe sempre come atto vincolato e prescinderebbe dalla valutazione circa l'elemento soggettivo della violazione stessa. Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III Ter, 5 febbraio 2018, n. 1392; Id., 3 gennaio 2018, n. 27; Id., 28 febbraio 2017, n. 2954, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Si veda in particolare TAR Lazio, Roma, sez. III Ter, n. 1392 del 2018, che ha fatto discendere dall'inidoneità del titolo edilizio allegato all'istanza di riconoscimento dell'impianto come IAFR, inidoneità poi sanata con il conseguimento del pertinente titolo edilizio rilasciato in sanatoria, la decadenza dagli incentivi e la restituzione di quelli già erogati, senza alcuna indagine circa l'effettivo ricorrere nel caso di un illecito amministrativo sanzionabile. Si veda però, in linea con tale giurisprudenza,

<sup>107</sup> Cfr. A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, cit.: «La certezza esige conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi, altrimenti l'ignoranza diventa 'inevitabile' e l'ordinamento non può non riconoscerla. L'incertezza determina pertanto anche una soluzione di continuità rispetto alla riprovazione della violazione».

<sup>108</sup> Cfr. ancora A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, cit., il quale sottolinea l'«esigenza di non arroccarsi su nozioni circoscritte, anche se rigorose, di 'sanzione amministrativa', quando sia in gioco l'applicazione di alcuni principi fondamentali concernenti una responsabilità per la violazione di regole».

<sup>109</sup> Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 2015, n. 5421, che, muovendo dalla distinzione tra sanzioni in senso lato (con finalità ripristinatoria) e sanzioni in senso stretto (con finalità affittiva) ha ritenuto solo per quest'ultime rilevante l'elemento soggettivo dell'assenza di colpa.

*fase procedimentale di irrogazione di una sanzione o di adozione di un altro provvedimento che un'autorità amministrativa è tenuta, in linea di principio a rispettare le garanzie del diritto di difesa e dell'“equo processo”»<sup>110</sup>.*

Lo stesso termine di conclusione del procedimento previsto dall'art. 10 del d.m. assume, in tale contesto, una valenza propria, non rilevando la mancata espressa previsione della sua perentorietà. Invero, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha statuito che l'art. 152 c.p.c., a mente del quale i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori, «*vale esclusivamente per i termini processuali, mentre con riguardo ai termini esistenti all'interno del procedimento amministrativo il carattere perentorio o meno va ricavato dalla loro ratio*»<sup>111</sup>. E la giurisprudenza prevalente afferma la perentorietà del termine fissato per l'adozione della sanzione amministrativa, «*a prescindere da una espressa qualificazione in tali termini nella legge o nel regolamento che lo preveda*»<sup>112</sup>, attesa la stretta correlazione sussistente tra il rispetto del termine e l'effettività del diritto di difesa.

Più in generale, analizzando la disciplina dei controlli e delle sanzioni in materia di incentivi nel settore elettrico di competenza del GSE, portata dal d.m. 12 febbraio 2014, si può affermare l'illegittimità dell'art. 11, comma 1, secondo periodo<sup>113</sup>, nei limiti in cui venga invocato per l'applicazione della decadenza come provvedimento a contenuto sanzionatorio, per violazione del principio di tassatività e determinatezza delle condotte sanzionabili. Inoltre, non coerenti con i principi posti dalla giurisprudenza della Corte EDU sono l'esposizione del beneficiario degli incentivi a tempo non determinato a procedimenti di controllo funzionali all'applicazione di sanzioni amministrative e la mancata separazione ed autonomia tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie<sup>114</sup> (tra “accusa” e “tribunale” nella terminologia CEDU), oltre alla mancanza della “pubblica udienza”. Difficile, invero, ritenere che questo secondo profilo sia

---

<sup>110</sup> M. ALLENA, *Art. 6 CEDU: nuovi orizzonti per il diritto amministrativo nazionale*, cit., p. 14. Cfr. anche Cons. St., sez. VI, nn. 1495 e 1496 cit.: «secondo la Corte EDU le garanzie del diritto di difesa e del giusto processo possono essere realizzate anche all'interno del procedimento amministrativo, non essendo di ostacolo la natura formalmente non giurisdizionale dell'autorità che decide sulla fondatezza dell'accusa penale».

<sup>111</sup> Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 10.

<sup>112</sup> Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 2013, n. 542, che aggiunge: «è proprio la natura del provvedimento sanzionatorio a suggerire la soluzione nel senso della necessaria perentorietà del termine per provvedere». In termini, tra le tante, TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 settembre 2016, n. 9776 e Sez. un., 27 aprile 2006, n. 9591. In dottrina, sulla natura perentoria del termine di conclusione del procedimento sanzionatorio, si veda G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 261 e, se si vuole, F. SCALIA, *Termine e procedimento amministrativo sanzionatorio*, in *Giustamm.it*, n. 1/2007.

<sup>113</sup> «Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora il GSE rilevi violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, dispone comunque il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate».

<sup>114</sup> Diversamente da quanto avviene negli Stati Uniti, ove l'*Administrative Procedure Act* separa la funzione istruttoria da quella decisionale, attribuita agli *Administrative Law Judges*, ed in Francia, dove, in seguito alla sentenza *Dubus* (Corte EDU, 11 giugno 2009, caso 5242/04 *Dubus S.Ar. v. Francia*), è stata creata, in luogo della *Commission bancaire (COB)*, una nuova autorità di controllo sul sistema bancario (*Autorité de contrôle prudentiel*) composta da due organi con funzioni chiaramente distinte e non più da una commissione unica (cfr. l'art. L 612-4 dell'*Ordonnance* n. 2010-76 del 21 gennaio 2010).

compensato dalla possibilità di impugnare la misura interdittiva sanzionatoria dinanzi al giudice amministrativo. In disparte la considerazione che raramente la decadenza dagli incentivi, con restituzione di quelli già erogati, può configurarsi come una “sanzione minore”, nell’accezione della giurisprudenza della Corte EDU<sup>115</sup>, il giudice amministrativo, quale giudice solo di legittimità, privo di poteri di riesame nel merito della condotta e della misura applicata<sup>116</sup>, non pare possa garantire la “*full jurisdiction*” richiesta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Vero è che autorevole dottrina induce a riconsiderare le tradizionali concezioni sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica ed amministrativa proprio alla luce dei principi della CEDU e della necessità di garantire l’effettività della giustizia<sup>117</sup>, ma la giurisprudenza amministrativa è tuttora lontana da questo auspicabile approdo<sup>118</sup>, nonostante riconosca

---

<sup>115</sup> Si veda sul punto M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, cit., p. 1061 e la giurisprudenza CEDU ivi citata.

<sup>116</sup> Ai sensi dell’art. 134, comma 1, lett. c), del c.p.a., il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle sole controversie aventi per oggetto sanzioni pecuniarie.

<sup>117</sup> E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 685 ss.; M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 1602 ss.. L’Autrice evidenzia che la Corte europea dei diritti dell’uomo, muovendo dall’art. 6 CEDU, ha applicato anche al processo amministrativo il canone di effettività della tutela giurisdizionale compendiabile nell’esigenza di attuare una «*full jurisdiction*», ossia un sindacato pieno e sostitutivo, punto su punto, su tutti gli elementi della fattispecie controversa, idoneo a realizzare una notevole estensione dei poteri cognitori del giudice amministrativo. Pertanto, «alla luce degli obblighi internazionali discendenti dalla CEDU, la tradizionale definizione del nostro processo amministrativo come rimedio cassatorio (perché ispirato, almeno in origine, la limitato sindacato di legittimità della cassazione), potrebbe essere riformulata riconoscendo che la cognizione oggi richiesta al giudice di legittimità è, in realtà, sempre più, quella di un giudice d’appello; il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell’amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato». Si veda anche F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, pp. 113 ss., che afferma «[s]e le conseguenze dell’applicazione del giusto processo ad un processo amministrativo contrastano con un principio elaborato dalla dottrina, è il diritto amministrativo che deve essere cambiato». Si vedano, infine, S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea sui diritti dell’uomo. L’altro diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007 e S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studi sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

<sup>118</sup> Si veda sul sindacato sulla discrezionalità tecnica, da ultimo, TAR Sardegna, sez. I, 8 maggio 2018, n. 409, il quale richiamata la sentenza del Consiglio di Stato 9 aprile 1999, n. 601 sulla distinzione tra opinabilità ed opportunità (solo quest’ultima, ossia la valutazione dell’interesse pubblico, rientra nel merito dell’atto amministrativo, insindacabile in sede di giudizio di legittimità), afferma: «Scontata l’opinabilità della valutazione, il Giudice non potrà sostituirsi all’Amministrazione essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa. Se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l’amministrazione è uno di quelli resi possibili dall’opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l’organo giudicante avrebbe privilegiato. [...] In conclusione, il sindacato del giudice è pieno, penetrante effettivo, ma non sostitutivo, Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall’amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell’iter logico seguito dall’Autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato». Si veda ancora Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, con nota di B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a corte di cassazione, sezioni unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.* 2014, pp. 1057 ss..

che la piena giurisdizione, secondo la Corte di Strasburgo «*implica il potere del giudice di condurre un'analisi "point by point" su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini dell'applicazione della sanzione, senza ritenersi vincolato all'accertamento compiuto dagli organi amministrativi e anzi dovendo sostituire la sua valutazione a quella, contestata, dell'amministrazione*»<sup>119</sup> e nonostante il codice del processo amministrativo si apra affermando che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi del diritto europeo. Poi, per il principio del *ne bis in idem*, qualora le violazioni accertate rilevino ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 2, comma 20, lettera c), della legge n. 481 del 1995, tali da dover essere comunicate dal GSE all'ARERA ai sensi dell'art. 12 del d.m. in parola, non possono rappresentare il presupposto anche per l'applicazione di ulteriori sanzioni da parte dello stesso GSE<sup>120</sup>.

Resta infine l'incostituzionalità – quanto meno – per eccesso di delega dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011<sup>121</sup>, nei limiti in cui prevede la decadenza come misura sanzionatoria, in quanto tra i criteri direttivi della legge delega vi era la previsione di sanzioni amministrative pecuniarie, non anche interdittive.

Un cenno a parte merita la violazione rilevante integrata da false dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà. In tal caso opererebbe l'art. 75 del d.p.r. n. 445 del 2000, con conseguente decadenza dai benefici ottenuti in forza delle dichiarazioni stesse, prescindendosi, per giurisprudenza costante, da ogni valutazione circa l'elemento soggettivo<sup>122</sup>. Ma la giurisprudenza in questione si è formata soprattutto in materia di procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti o concessioni, ambito nel quale la falsità della dichiarazione lede di per sé il principio di buon andamento dell'amministrazione, inficiando

---

<sup>119</sup> Cons. St., sez. VI, nn. 1595 e 1506 del 2015 cit..

<sup>120</sup> Le considerazioni svolte valgono anche per i controlli e sanzioni in materia di titoli di efficienza energetica (c.d. certificati bianchi) disciplinati in maniera analoga dagli art. 13 e 14 del d.m. Sviluppo economico 11 gennaio 2017.

<sup>121</sup> Per le ragioni già espresse dalla Corte costituzionale con sentenza n. 51/2017 cit..

<sup>122</sup> Cfr. tra le tante, Cons. St., sez. V, 15 marzo 2017, n. 1172 (che richiama sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404), in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a mente del quale, in base all'art. 75 del d.p.r. 445 del 2000 «la non veridicità della dichiarazione sostitutiva presentata comporta la decadenza dai benefici eventualmente conseguiti, senza che tale disposizione (per la cui applicazione si prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante, rispetto alla quale sono irrilevanti il complesso delle giustificazioni addotte) lasci alcun margine di discrezionalità alle Amministrazioni; pertanto la norma in parola non richiede alcuna valutazione circa il dolo o la grave colpa del dichiarante, facendo invece leva sul principio di auto responsabilità». È da ritenere che tale norma non sia stata implicitamente abrogata dalla l. n. 124 del 2015, che ha introdotto il comma 2-*bis* nell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, a mente del quale «i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445». Tale comma, infatti, a differenza dell'art. 75 citato richiede il passaggio in giudicato della sentenza che accerti la falsità della rappresentazione dei fatti o delle dichiarazioni e, a parere di chi scrive, si innesta comunque nel paradigma della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio («possono essere annullati»), consentendo solo il superamento del termine di 18 mesi. Sennonché la norma stessa fa salve le sanzioni previste dal capo VI del d.p.r. n. 445 del 2000, tra le quali la decadenza dei benefici ottenuti prevista dall'art. 75 dello stesso decreto.

*ex ante* la possibilità di una non solo celere ma soprattutto affidabile decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara<sup>123</sup>. Però poi, l'art. 80, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016, nel disporre che la stazione appaltante dia segnalazione all'ANAC delle false dichiarazioni, prevede che quest'ultima «*se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione del casellario informatico ai fini dell'esclusione delle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni*». Quindi, quando la falsa dichiarazione viene valutata come condotta rilevante ai fini dell'applicazione della misura sanzionatoria interdittiva, torna a rilevare l'elemento soggettivo del dolo e della colpa grave e l'elemento oggettivo della gravità dei fatti falsamente dichiarati<sup>124</sup>.

Sembra a chi scrive, pertanto, che, in caso di false dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà, nella materia che ci occupa, debba innanzitutto valutarsi la rilevanza delle stesse ai fini del riconoscimento del diritto all'incentivazione ed alla relativa entità<sup>125</sup>. D'altronde, l'art. 75 citato dispone che il «*dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*». È la norma stessa, cioè, che pone un nesso di consequenzialità – e quindi di rilevanza – tra la circostanza dichiarata ed il beneficio ottenuto. Qualora tale consequenzialità-rilevanza non sussista e la dichiarazione mendace venga assunta come violazione rilevante ai sensi dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 28 del 2011<sup>126</sup>, è da ritenere ritorni in gioco il necessario apprezzamento degli elementi soggettivo ed oggettivo ai fini dell'applicazione della sanzione. Per tali ragioni non pare condivisibile la giurisprudenza che, in materia di incentivi alle fonti rinnovabili, si limita ad applicare al tema i principi elaborati nel diverso ambito delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Cfr. *ex multis*, Cons. St., sez. V, 7 giugno 2017, n. 2725; sez. V, 27 luglio 2016, n. 3402; sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4896. Sull'inapplicabilità del soccorso istruttorio alle dichiarazioni mendaci si veda da ultima Corte cost. 13 aprile 2018, n. 76.

<sup>124</sup> Sul procedimento sanzionatorio dell'ANAC, conseguente alla segnalazione di falsa dichiarazione, si veda B.P. AMICARELLI, *Il procedimento di annotazione dell'ANAC e la tutela dei privati*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 238 ss.

<sup>125</sup> Così sembra aver ragionato il Consiglio di Stato nella citata n. 2006 del 2016, che ha annullato la sanzione della decadenza dall'incentivo, con restituzione di quanto già percepito, comminata dal GSE al titolare di un impianto fotovoltaico realizzato con pannelli cinesi, avendo correttamente ritenuto tale circostanza non rilevante ai fini dell'erogazione dell'incentivo, ma solo ai fini della maggiorazione prevista dall'art. 14, comma 1, lett. d) del d.m. 5 maggio 2011 per gli impianti il cui costo di investimento, relativo ai componenti diversi dal lavoro, sia per non meno del 60 per cento riconducibile ad una produzione realizzata all'interno dell'Unione europea.

<sup>126</sup> Lettera a) dell'elenco delle violazioni rilevanti di cui all'allegato 1 al d.m. 12 febbraio 2014.

<sup>127</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III, 2 marzo 2018, n. 2348 in un caso in cui la falsa dichiarazione era ininfluenza ai fini della collocazione del dichiarante nella graduatoria del registro informatico per gli incentivi alle fonti rinnovabili diverse dal fotovoltaico. In particolare il TAR, richiamando la sentenza del Consiglio di Stato 7 luglio 2016, n. 3014, afferma che «secondo il Giudice d'appello, il c.d. falso innocuo è un istituto che non può essere invocato nelle procedure di evidenza pubblica, laddove “la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché, consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico della selezione; pertanto, una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa o incompleta, deve

## 7. Postilla: una legislazione troppo pervasiva (o un'amministrazione troppo timida, che sollecita la copertura del Legislatore)

Sulla base delle considerazioni svolte, si può ritenere che le fattispecie così puntualmente descritte dai commi 3-*quater* e 4-*bis* dell'art. 42 citato avrebbero potuto essere tranquillamente affrontate dal GSE applicando le leggi vigenti e, in particolare, l'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990. Le norme introdotte rischiano di rilevarsi non solo inutili, quanto dannose se interpretate alla lettera.

Nell'art. 42 sono rinvenibili altri esempi di ansia del Legislatore di disciplinare puntualmente singole fattispecie tanto da sostituirsi all'amministrazione, relegata al ruolo di mera esecutrice<sup>128</sup>.

Si veda il comma 4-*sexies*: «*Al fine di salvaguardare la produzione di energia elettrica derivante da impianti eolici, tutti gli impianti eolici già iscritti in posizione utile nel registro EOLN-RG2012, ai quali è stato negato l'accesso agli incentivi di cui al decreto del Ministro dello sviluppo economico 6 luglio 2012, pubblicato nel supplemento ordinario n. 143 della Gazzetta Ufficiale n. 159 del 10 luglio 2012, a causa della errata indicazione della data del titolo autorizzativo in sede di registrazione dell'impianto al registro EOLN-RG2012, sono riammessi agli incentivi previsti dalla normativa per tale registro. La riammissione avviene a condizione che l'errata indicazione della data del titolo autorizzativo non abbia effettivamente portato all'impianto un vantaggio in relazione alla sua posizione in graduatoria*». Era proprio necessaria una norma di legge? L'amministrazione non avrebbe potuto conseguire il medesimo risultato esercitando la propria potestà di autotutela e, magari, prima ancora, il soccorso istruttorio disciplinato dall'art. 6 l. n. 241 del 1990?

Se possibile, ancora più sintomatici dell'invasione del Legislatore (o della timidezza dell'amministrazione, vera fonte di norme di tal fatta<sup>129</sup>) altri due commi dell'art. 42: il 3-*bis* ed il 3-*ter*<sup>130</sup>, introdotti con l'art. 1, comma 89, della legge 4 agosto 2017, n. 124, relativi ai titoli di efficienza energetica.

---

ritenersi già di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare».

<sup>128</sup> Sull'abuso di funzione legislativa si veda B. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure complicate*, Bologna, 2011 e, dello stesso Autore, *Burocrazie e riforme*, Bologna, 2017, pp. 11 ss.

<sup>129</sup> Cfr. B. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, cit., p. 13: «Una seconda, fondamentale ragione dell'abuso di funzione legislativa è la tendenza delle amministrazioni stese a far adottare formalmente dal legislatore le loro decisioni, per evitare di esserne responsabili».

<sup>130</sup> «Nei casi in cui, nell'ambito delle istruttorie di valutazione delle richieste di verifica e certificazione dei risparmi aventi ad oggetto il rilascio di titoli di efficienza energetica di cui all'articolo 29 o nell'ambito di attività di verifica, il GSE riscontri la non rispondenza del progetto proposto e approvato alla normativa vigente alla data di presentazione del progetto e tali difformità non derivino da discordanze tra quanto trasmesso dal proponente e la situazione reale dell'intervento ovvero da documenti non veritieri ovvero da dichiarazioni false o mendaci rese dal proponente, è disposto il rigetto dell'istanza di rendicontazione o l'annullamento del provvedimento di riconoscimento dei titoli, secondo le modalità di cui al comma 3-*ter*». Il quale comma a sua volta dispone che: «Nei casi di cui al comma 3-*bis*, gli effetti del rigetto dell'istanza di rendicontazione, disposto a seguito dell'istruttoria, decorrono dall'inizio del periodo di rendicontazione oggetto della richiesta di verifica e certificazione dei risparmi. Gli effetti dell'annullamento del provvedimento, disposto a seguito di verifica, decorrono dall'adozione del provvedimento di esito dell'attività di verifica. Per entrambe le fattispecie indicate sono fatte salve le

L'operazione finalizzata al riconoscimento dei c.d. certificati bianchi (o titoli di efficienza energetica - TEE)<sup>131</sup> si articola in due fasi: una prima fase consiste nella valutazione e certificazione da parte del GSE, con il supporto di ENEA e di RSE, dei risparmi di energia primaria conseguibili attraverso la realizzazione del progetto di efficienza energetica<sup>132</sup>; una seconda fase, che si apre con la richiesta di verifica e certificazione dei risparmi ed è funzionale al rilascio dei certificati emessi dal GSE, consiste nella verifica ad opera del GSE della coerenza dei dati e delle informazioni inviati in sede di presentazione del progetto con quelli trasmessi con la richiesta di verifica. Il GSE poi, durante l'intero periodo della vita utile dell'intervento, può svolgere il controllo sugli interventi di efficienza energetica mediante verifiche documentali ovvero ispezioni e sopralluoghi *in situ*, al fine di accertare la corretta esecuzione tecnica ed amministrativa dei progetti per i quali è stato richiesto o concesso il rilascio dei TEE<sup>133</sup>.

È successo che, nell'ambito della sua attività di controllo, il GSE abbia rilevato che progetti approvati dall'autorità all'epoca competente e realizzati conformemente al progetto approvato non rispondessero alla normativa vigente al tempo dell'approvazione. In tali situazioni, i provvedimenti di riconoscimento dei titoli di efficienza energetica sarebbero stati illegittimi *ab origine* ed avrebbero dovuto essere annullati, con restituzione di quanto percepito negli anni dall'operatore. È evidente, però, che tale soluzione sarebbe stata ingiustamente lesiva dell'affidamento che il privato ha riposto sulla correttezza dell'operato dell'amministrazione. Infatti, prima di realizzare il progetto e sostenere il relativo investimento, l'operatore ha in questi casi ottenuto il via libera dell'autorità competente (oggi lo stesso G.S.E, in passato l'AEGSII). Da qui la genesi delle norme in commento che dispongono, in questi casi, il rigetto dell'istanza di rendicontazione e l'annullamento con efficacia *ex nunc* del provvedimento di riconoscimento dei titoli, con salvezza dei titoli già conseguiti. Infatti, il comma 3-ter dispone che gli effetti del rigetto dell'istanza

---

rendicontazioni già approvate relative ai progetti medesimi. Le modalità di cui al primo periodo si applicano anche alle verifiche e alle istruttorie relative alle richieste di verifica e certificazione dei risparmi già concluse».

<sup>131</sup> Per i progetti di efficienza energetica presentati dal 4 aprile 2017 trova applicazione il d.m. dello Sviluppo Economico dell'11 gennaio 2017, per i progetti presentati precedentemente si applicano il d.m. dello Sviluppo Economico del 28 dicembre 2012, n. 65631 e le linee guida approvate con Deliberazione dell'AEGSII 27 ottobre 2011, EEN 9/11. Mentre per i progetti non conclusi, avviati precedentemente all'entrata in vigore del decreto del 2012, si applicano ancora i decreti ministeriali del 20 luglio 2004 (singole norme dei quali sono richiamate anche dal nuovo d.m.).

<sup>132</sup> L'art. 6 d.m. dello Sviluppo Economico del 28 dicembre 2012, n. 65631, fissava per questa fase il termine di 60 giorni, con possibile sospensione per integrazioni e modifiche, prevedendo il formarsi del silenzio assenso sulla «proposta di progetto e di programma di misura». Il d.m. dell'11 gennaio 2017, che detta le nuove linee guida sui certificati bianchi, e che distingue i metodi di valutazione dei risparmi conseguibili in metodo a consuntivo ed in metodo standardizzato (art. 9), ha esteso il termine della fase di valutazione a 90 giorni, con ulteriori 60 giorni in caso di richiesta di informazioni aggiuntive, e non prevede più il silenzio assenso (art. 7).

<sup>133</sup> L'attività di verifica e controllo è oggi disciplinata dall'art. 12 del d.m. dell'11 gennaio 2017, il quale dispone che la stessa avviene nel rispetto della legge 241 del 1990, mentre nessun rinvio viene fatto alla disciplina in materia di sanzioni amministrative portata, come ricordato, dalla l. n. 689 del 1991.

di rendicontazione, disposto a seguito dell'istruttoria, decorrono dall'inizio del periodo di rendicontazione oggetto della richiesta di verifica e certificazione dei risparmi, mentre gli effetti dell'annullamento del provvedimento, disposto a seguito di verifica, decorrono dall'adozione del provvedimento di esito dell'attività di verifica. Per entrambe le fattispecie indicate sono fatte salve le rendicontazioni già approvate relative ai progetti medesimi.

Ora, in disparte ogni considerazione in ordine alla ragionevolezza della previsione, con tali norme, di un annullamento necessitato privo di efficacia retroattiva e dipendente dalla generica «*non rispondenza del progetto proposto e approvato alla normativa vigente alla data di presentazione del progetto*», senza alcuna valutazione in ordine alla rilevanza di tale discordanza, non avrebbero potuto i singoli casi essere affrontati e risolti facendo buon governo delle norme e principi che disciplinano il procedimento amministrativo, peraltro espressamente richiamate dall'art. 12 del d.m. 11 gennaio 2017, di disciplina dell'attività di verifica e controllo?

Il GSE avrebbe potuto e dovuto apprezzare l'entità e la gravità della non rispondenza del progetto approvato alla disciplina vigente all'epoca dell'approvazione, l'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale diverso dal mero ripristino della legalità violata prevalente sulla tutela dell'affidamento del privato. E qualora, il GSE avesse effettivamente valutato come di interesse pubblico che quel particolare progetto non continuasse a godere degli incentivi riconosciuti, avrebbe ben potuto adottare la soluzione oggi imposta dal Legislatore, rigettando l'istanza di rendicontazione ed annullando con efficacia *ex nunc* il provvedimento di riconoscimento dei titoli<sup>134</sup>. Ha chiarito da tempo, infatti, il Consiglio di Stato che l'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 non dispone «*l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa*»<sup>135</sup>.

Questa considerazione dovrebbe indurre a ritenere che, in presenza dei medesimi presupposti, il GSE debba giungere alla stessa conclusione anche per gli incentivi alle fonti rinnovabili e non soltanto

---

<sup>134</sup> Si veda, in questo senso (ancorché prima dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 89, della legge 4 agosto 2017, n. 124) A. TRAVI, *I poteri di revisione del G.S.E.*, cit., pp. 129-130: «Se però l'impianto risulta conforme al progetto, la circostanza che in occasione della verifica il G.S.E. riscontri profili ai quali non aveva dato rilievo in occasione dell'approvazione della PPPM identifica un vizio dell'atto di approvazione: si tratta, dunque, in questo caso, di una causa di annullamento. Pertanto, a mio parere, può condurre all'annullamento della PPPM solo se ricorrono le condizioni previste dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990. In questo secondo caso, può ammettersi comunque che l'esito negativo della verifica, anche se siano decorsi i termini per l'annullamento d'ufficio, giustifichi il rigetto della domanda della RVC».

<sup>135</sup> Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755. Per la possibilità della graduazione degli effetti dell'annullamento di – in particolare – provvedimenti favorevoli al privato in buona fede, si veda in dottrina F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 144. Afferma che la retroattività è requisito non essenziale dell'annullamento d'ufficio A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 132-133. Si vedano anche, per conclusioni analoghe, R. CHIEPPA, voce *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Milano, 2008, pp. 917 ss. e G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 1 ss..



nell'ipotesi espressamente disciplinata dei titoli di efficienza energetica. Eppure – ad ulteriore dimostrazione di come l'ansia del Legislatore di disciplinare il dettaglio rischi di fuorviare l'amministrazione ed a volte lo stesso giudice dal buon governo dei principi generali – il TAR Lazio, sia pure in sede cautelare ed in forma dubitativa, si è già pronunciato contro questa soluzione<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> Il TAR Lazio, con ord. 12 marzo 2018, n. 1441, ha respinto l'istanza cautelare proposta avverso un provvedimento del GSE relativo ad incentivi a fonti rinnovabili, avendo riguardo – quanto al *fumus boni iuris* – «ai profili di dubbio sull'applicabilità dell'art. 42, co. 3-ter, d.lgs. n. 28/2011 alla fattispecie in esame (non afferente al regime di sostegno dei titoli di efficienza energetica)».