

- Norme comunitarie e nazionali
- Norme regionali

Roma, 13 ottobre 2015

## I poteri sanzionatori del Gse: profili di incostituzionalità e ipotesi di riforma

(Francesco Scalia)

🔑 Parole chiave: **Energia** | **Energie rinnovabili** | **Sanzioni** | **Sanzioni** | **Energie rinnovabili** | **Incentivi / agevolazioni / sussidi** | **Incentivi / agevolazioni / sussidi**

### Provvedimenti relativi a questo commento/sintesi

Dlgs 3 marzo 2011, n. 28  
Dm Sviluppo economico 31 gennaio 2014

#### 1 Inquadramento normativo dei poteri sanzionatori del Gse

Il potere sanzionatorio conferito al Gse in materia di incentivi alle fonti di energia rinnovabile trova fondamento, innanzitutto, nel **decreto legislativo n. 28 del 3 marzo 2011** (c.d. "Decreto Romani") con cui è stata data attuazione alla direttiva 2009/28/Ce sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/Ce e 2003/30/Ce, e ciò sulla base della delega e dei principi contenuti nella legge n. 96 del 4 giugno 2010 ("Legge comunitaria del 2009").

In particolare, a norma dell'articolo 3 della legge comunitaria 2009, il Governo è stato delegato ad adottare disposizioni recanti sanzioni, penali o amministrative, per le violazioni di obblighi contenuti in direttive comunitarie, per il tramite di successivi decreti legislativi da emanarsi nel rispetto dei principi e dei criteri fissati dall'articolo 2, comma 1 lettera c) della stessa legge delega.

L'articolo 2, comma 1, lettera c) della legge comunitaria 2009 statuisce 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'articolo 42 del "Decreto Romani" ha introdotto una specifica disciplina dei controlli e delle sanzioni che il Gse è chiamato ad attuare/comminare nell'esercizio delle funzioni allo stesso attribuite in via esclusiva in materia di erogazione degli incentivi nel settore termico ed elettrico. In particolare, ai sensi dell'articolo 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, in via alternativa:

- il rigetto della relativa istanza di erogazione degli incentivi; ovvero
- la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate.

Il quinto comma dell'articolo in commento 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.

In attuazione del quinto comma dell'articolo 42 citato, il Ministero dello sviluppo economico ha 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 Dm 31 gennaio 2014 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 altresì previste delle eccezioni per gli impianti fino a 20 kW, per i quali, se le violazioni non comportano variazioni superiori al 10% 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'articolo 11 prevede, altresì, che "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". Consegue da tale norma il carattere non tassativo dell'elencazione di cui all'allegato 1 del citato Decreto.

L'articolo 23, comma 3 del Dlgs 28/2011, inoltre, ha previsto un'ulteriore tipologia di sanzione che va ad aggiungersi a quelle precedentemente indicate (i.e. rigetto istanza o decadenza dagli incentivi con recupero di quelli già erogati).

In particolare, ai sensi della norma in commento, non hanno diritto a percepire gli incentivi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, da qualsiasi fonte normativa previsti, i soggetti per i quali le autorità e gli enti competenti abbiano accertato che, in relazione alla richiesta di qualifica degli impianti o di erogazione degli incentivi, hanno fornito dati o documenti non veritieri, ovvero hanno reso dichiarazioni false o mendaci.

Fermo restando il recupero delle somme indebitamente percepite, la condizione ostativa alla percezione degli incentivi ha durata di dieci anni dalla data dell'accertamento e si applica alla persona fisica o giuridica che ha presentato la richiesta, nonché ai seguenti soggetti:

- a) il legale rappresentante che ha sottoscritto la richiesta;
- b) il soggetto responsabile dell'impianto;
- c) il direttore tecnico;
- d) i soci, se si tratta di società in nome collettivo;
- e) i soci accomandatari, se si tratta di società in accomandita semplice;
- f) gli amministratori con potere di rappresentanza, se si tratta di altro tipo di società o consorzio.

In conclusione, sulla base dell'attuale quadro normativo le **sanzioni** che il Gse ha il potere di (o, per meglio dire, è tenuto ad) adottare, in presenza di violazioni rilevanti, sono:

- 1) il rigetto dell'istanza per l'erogazione degli incentivi;
- 2) la decadenza dagli incentivi ed il recupero delle somme già erogate;
- 3) l'interdizione alla percezione degli incentivi per un periodo di dieci anni;
- 4) la verifica e trasmissione all'Autorità l'esito degli accertamenti effettuati per l'applicazione delle sanzioni di cui all'articolo 2, comma 20, lettera c) della legge 14 novembre 1995, n. 481.

#### 2. I profili di incostituzionalità

Come ricordato nel precedente paragrafo, in sede di attuazione della delega contenuta nella legge comunitaria 2009, il Legislatore avrebbe dovuto rispettare i principi previsti dall'articolo 2, introducendo delle sanzioni che fossero determinate nella loro entità e soprattutto che tenessero conto:

- della diversa potenzialità lesiva dell'interesse protetto;
- delle specifiche qualità personali del colpevole;

— del vantaggio patrimoniale che l'infrazione può recare al colpevole ovvero alla persona o all'ente nel cui interesse egli agisce.

Al contrario, l'attuale sistema sanzionatorio appare piuttosto rigido ed in taluni casi eccessivamente penalizzante per l'operatore il quale, a fronte di una qualsiasi irregolarità eventualmente riscontrata in sede di verifica da parte del Gse (sia essa a livello documentale e/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), rischia di vedersi revocati gli incentivi da parte del Gse con conseguente perdita integrale dell'investimento realizzato oltre ad essere chiamato a rimborsare anche gli incentivi già percepiti, con una potenziale sproporzione tra la violazione commessa e la sanzione comminata.

Ancor più palese tale sproporzione ove si versi in uno dei casi di cui all'articolo 23 del Dlgs 28/2011, e cioè qualora l'irregolarità attenga ai documenti forniti o alle dichiarazioni rese, in quanto, come ricordato, all'operatore (ed a tutti i soggetti indicati in detta norma) potrebbe essere interdetta per dieci anni la percezione degli incentivi alle fonti rinnovabili, da qualsiasi normativa previsti.

Né tale criticità sembra essere stata superata a seguito della introduzione della disciplina di cui al decreto ministeriale 31 gennaio 2014, posto che, a fronte di una corretta preventiva individuazione di specifiche fattispecie di violazioni rilevanti cui consegue il rigetto dell'istanza o la decadenza dagli incentivi, la mancata tassatività di tale elencazione rende indeterminato ed indeterminabile l'ambito di applicazione delle suddette sanzioni da parte del Gse.

L'attuale sistema sanzionatorio introdotto dal Dlgs 28/2011 non appare, quindi, rispondere correttamente ai principi contenuti nell'articolo 2 della legge comunitaria 2009.

I rilievi sopra formulati sono peraltro in parte stati confermati nell'**ordinanza n. 4352 del 27 agosto 2014**, resa sul giudizio recante R.G. n. 9398/2013, con cui la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha sollevato **questione di legittimità costituzionale dell'articolo 23** del Dlgs 28/2011 in riferimento agli articoli 3, 76 e 117 primo comma della Costituzione.

Il giudizio è stato quindi sospeso e ordinata la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale la quale, ad oggi, non si è ancora pronunciata sul punto.

Oltre alla rilevanza intrinseca di detta rimessione (alla quale potrebbe conseguire anche la "cancellazione" dall'ordinamento della norma citata, ad opera di una pronuncia di incostituzionalità della Consulta), l'ordinanza del Consiglio di Stato offre interessanti spunti di riflessione.

Difatti, nell'ambito della stessa viene dato rilievo alla distinzione (elaborata in dottrina) tra **sanzioni in senso lato e sanzioni in senso stretto**, di cui le prime hanno finalità ripristinatoria (in forma specifica o per equivalente) dell'interesse pubblico leso dal comportamento antigiusdittico, mentre le seconde hanno una finalità afflittiva, essendo indirizzate a punire il responsabile dell'illecito, allo scopo di assicurare obiettivi di prevenzione generale e speciale. Le principali sanzioni in senso stretto, prosegue il Supremo Consesso, sono pecuniarie quando consistono nel pagamento di una somma di danaro, ovvero interdittive quando impediscono l'esercizio di diritti o facoltà da parte del soggetto inadempiente.

La disciplina generale delle sanzioni pecuniarie, modellata alla luce dei principi di matrice penalistica, è contenuta nella legge 24 novembre 1981, n. 689 ("*Modifiche al sistema penale*"). La disciplina delle altre sanzioni è contenuta nelle singole discipline di settore, cui si applicano, ove compatibili, i principi generali sanciti dalla predetta legge.

Con riferimento alla fattispecie di cui all'articolo 23 del Dlgs 28/2011, il Supremo Consesso, nella pronuncia citata, ha qualificato la sanzione di cui al citato articolo 23 del "Decreto Romani" quale "*sanzione afflittiva non pecuniaria di tipo interdittivo*".

Difatti, mentre l'effetto di ripristinazione dell'interesse pubblico è già assicurato dal divieto di concessione di incentivi in relazione allo specifico impianto, l'estensione del divieto – contemplata dalla norma di cui si discute – anche in relazione ad incentivi previsti da fonti regolatrici diverse per una durata di dieci anni, "*non può che perseguire uno scopo di punizione del soggetto che ha violato il precetto*".

Il rimedio, peraltro, prosegue il Consiglio di Stato, vietando la concessione di benefici economici per un periodo di dieci anni si risolve in un sostanziale impedimento allo svolgimento dell'attività di impresa.

In estrema sintesi, la previsione di cui all'articolo 23 del Dlgs 28/2011:

(i) si porrebbe in contrasto con l'articolo 76 della Costituzione, in quanto così come formulata, ha mancato di graduare l'applicazione di detta sanzione, in violazione delle modalità predeterminate dalla legge delega ed in contrasto con i principi ed i criteri dalla stessa stabiliti (come riepilogati al § 1 del presente Documento);

(ii) violerebbe, altresì, l'articolo 3 della Costituzione, nella declinazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che impongono che la sanzione debba essere modulata nella sua entità alla luce della tipologia e gravità della violazione, nonché dell'intensità dell'elemento soggettivo, elemento che assume particolare rilevanza qualora – come nel caso di specie – venga colpita una pluralità di soggetti. Non è ragionevole, poi, una misura sanzionatoria che si traduca in un'applicazione generalizzata non aderente alla specificità delle singole condotte e che determina, in sostanza, un'ingiustificata discriminazione tra operatori economici;

(iii) la violazione del principio di proporzionalità comporterebbe anche il contrasto con l'articolo 117 della Costituzione, posto che la Corte di Giustizia dell'Ue ha elaborato detto principio imponendone il rispetto alle autorità preposte all'irrogazione delle sanzioni in materia di rilevanza europea (quale è quella di incentivazione delle energie rinnovabili). Risulterebbe, infine, violato anche l'articolo 7 della Cedu (e quindi nuovamente l'articolo 117 della Costituzione) che tutela il principio "*nulla poena sine lege*".

In sostanza, quindi, alla luce anche delle considerazioni formulate dal Consiglio di Stato, l'attuale sistema sanzionatorio introdotto dal "Decreto Romani" non appare conforme alla Costituzione ed ai principi nazionali ed europei richiamati.

Si richiama, infine, quanto già osservato con riferimento alla elencazione delle violazioni rilevanti di cui all'allegato 1 del Dm 31 gennaio 2014 e alla "clausola di salvaguardia" di cui all'articolo 11 dello stesso decreto.

Tale previsione 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 Dm 31 gennaio 2014. L'articolo 42 del Dlgs 28/2011, 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*".

Infine, non risulterebbero circoscritte le violazioni rilevanti al fine dell'applicazione delle sanzioni descritte, in violazione del divieto di analogia, pure applicabile alle sanzioni amministrative ai sensi degli articoli 1 e 2 della legge n. 689/1981.

### 3 Conclusioni

Il Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell'ambiente, ha dato di recente una interpretazione diversa dell'articolo 23, comma 3, Dlgs n. 28/2011, rispetto a quella operata dal Consiglio di Stato.

Infatti, nel documento proposto alla consultazione pubblica il 30 luglio 2015 per il potenziamento e la qualifica del meccanismo dei certificati bianchi, nel proporre la revisione del sistema sanzionatorio, disciplinato per questi titoli dall'articolo 14, comma 3, del Dm 28 dicembre 2012, il Ministero ha affermato che "*la condizione ostativa alla percezione degli incentivi per la durata di dieci anni per i soggetti individuati nello stesso articolo (l'articolo 23 cit.) non è da collegarsi alle mere irregolarità riscontrate, bensì alle dichiarazioni false e mendaci rese in sede di presentazione del progetto*".

In realtà, l'uso della congiunzione disgiuntiva "*ovvero*" tra le fattispecie individuate dall'articolo 23, comma 3, cit. — fornire dati o documenti non veritieri e rendere dichiarazioni false e mendaci — rende evidente che le pesanti sanzioni interdittive previste dalla norma possano applicarsi anche in presenza di mere irregolarità documentali.

Si impone, quindi, anche per prevenire il giudizio di incostituzionalità, la modifica dell'articolo 23, comma 3, Dlgs n. 28/2011 e più in generale la revisione del sistema sanzionatorio in capo al Gse al fine di renderlo coerente con i principi e i criteri stabiliti dall'articolo 2, comma 1, lettera c) della legge comunitaria 2009 (quali la determinazione dell'entità della sanzione, la gradazione della stessa sulla base della potenzialità lesiva dell'infrazione all'interesse protetto, le specifiche qualità personali del colpevole, il vantaggio patrimoniale ottenibile), fissando inoltre un'elencazione tassativa e non estendibile in via analogica delle violazioni rilevanti.

Parrebbe, inoltre, auspicabile intervenire sulla rimodulazione delle sanzioni ("in senso lato" ed "in senso stretto") irrogabili dal Gse, introducendo delle sanzioni intermedie quali ad es. il pagamento di una multa per le irregolarità più lievi, passando per la sospensione di tutto o parte dell'incentivo per un determinato periodo di tempo in caso di violazioni più importanti, fino ad arrivare alla decadenza dall'incentivo ed al recupero di quanto indebitamente percepito in presenza di una violazione rilevante. Detta operazione – avente natura sistematica – dovrebbe tener conto dei principi dell'ordinamento ribaditi nella citata ordinanza del Consiglio di Stato.

© Copyright riservato - riproduzione vietata - Edizioni Ambiente Srl, Milano - La pirateria editoriale è reato ai sensi della legge 18 agosto 2000 n. 248