

**PROPOSTA DI ATTUAZIONE DELL'ART. 42, COMMA 3, U.P., DEL D.LGS. N. 28/2011 COME INTRODOTTO DALLA
LEGGE N. 205/2017, ART. 1, COMMA 960**

Relazione illustrativa

L'art. 42 del D.Lgs. n. 28/2011, relativo ai controlli e alle sanzioni irrogabili in tema di incentivi erogati dal GSE nel settore elettrico e termico, nel testo da ultimo modificato dall'art. 1, comma 960, della L. 205/2017, stabilisce al comma 3 che *“Nel caso in cui le violazioni riscontrate nell'ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, il GSE dispone il rigetto dell'istanza ovvero la decadenza dagli incentivi, nonché il recupero delle somme già erogate, e trasmette 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. 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 fra 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”*.

L'intento perseguito dal legislatore con l'inserimento del secondo periodo del comma 3 sembra, dunque, essere quello di introdurre, con riferimento agli impianti di produzione di energia elettrica e termica da fonti rinnovabili ai quali sia contestata una violazione rilevante ai fini dell'erogazione degli incentivi, una deroga rispetto alla generale previsione della decadenza al fine di salvaguardare la produzione di energia installata o da installare sul territorio nazionale.

Se tale appare essere la finalità immediata della novella normativa, non può non rilevarsi l'esistenza di una finalità mediata, ovvero quella della diretta applicazione, anche nell'ambito della sfera di poteri attribuiti al GSE ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. n. 28/2011, del generale principio di proporzionalità. Principio più volte inteso dalla Corte Costituzionale non soltanto quale "proporzione tra gravità del fatto e sanzione penale", ma anche e soprattutto come "criterio generale di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità perseguite", il quale di certo assurge (i) a parametro di riferimento nell'applicazione delle sanzioni di natura amministrativa (cfr. sentenza 186/2011) e (ii) parametro che il giudice amministrativo più volte ha utilizzato per censurare l'operato del GSE (cfr. per tutte, Consiglio di Stato n. 2006/2016).

La disposizione in commento, nella sua formulazione letterale, sembrerebbe, peraltro, doversi applicare in via generale a tutte le ipotesi di violazioni rilevanti accertate in relazione ad impianti di produzione di energia elettrica e termica da fonti rinnovabili.

Tuttavia, al successivo comma 5 della medesima norma, il legislatore del 2017 ha altresì aggiunto la lettera *c-bis*), in forza della quale il GSE è chiamato a fornire al Ministero dello Sviluppo Economico indicazioni in ordine agli elementi per la individuazione delle *"violazioni che danno luogo a decurtazione dell'incentivo ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3"*.

Dal combinato disposto dei due commi, così innovati dalla L. 205/2017, discende che il GSE debba fornire al Ministero dello Sviluppo Economico gli elementi necessari per procedere ad una revisione del D.M. 31 gennaio 2014 ("**D.M. Controlli**") in senso coerente alla nuova disciplina, tesa a salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili.

In particolare, la norma di cui alla lett. *c-bis*) richiede al GSE di individuare le violazioni rilevanti che, in deroga al primo periodo del comma 3 dell'art. 42 del D.Lgs. 28/2011, dovrebbero comportare, in luogo della decadenza dagli incentivi, una decurtazione di questi ultimi in misura compresa tra il 20 e l'80%, con riduzione del terzo in caso di autodenuncia.

Tuttavia, in considerazione del fatto che la suddetta elencazione sembrerebbe doversi inserire all'interno della disciplina generale sui controlli oggi contenuta nel D.M. Controlli, apparirebbe maggiormente coerente con la *ratio* della nuova disciplina che, in sede di adozione del provvedimento identificativo delle violazioni ammesse a decurtazione, si addivenisse ad una complessiva revisione delle disposizioni che definiscono le “violazioni rilevanti” soggette a decadenza e di quelle che, sebbene non rilevanti ai fini dell'erogazione degli incentivi, potrebbero comunque dare luogo, ad avviso del GSE, ad una rideterminazione dell'incentivo e del relativo regime regolatorio.

Ciò anche in considerazione del fatto che le violazioni rilevanti attualmente individuate dall'Allegato 1 al D.M. Controlli risultano nella loro definizione, in alcuni casi, eccessivamente indeterminate e non sufficientemente tipizzate e, in altri casi, non coerenti con i principi di efficienza, efficacia e, soprattutto, di proporzionalità prescritti dallo stesso art. 42, comma 5, del D.Lgs. 28/2011.

Analogamente, il generale potere di rideterminazione dell'incentivo riconosciuto al GSE con riferimento alle violazioni non rilevanti, determina un quadro connotato da eccessiva incertezza in ordine all'effettiva entità degli incentivi percepibili per tutta la durata della vita dell'impianto dagli operatori, con inevitabili ripercussioni sul piano della gestione stessa degli impianti.

Il poco nitido quadro normativo finisce così per incidere sui vari *stakeholders* operanti sul mercato: non solo i produttori, ma altresì banche e intermediari che hanno finanziato gli impianti di produzione di energia che sono stati o potranno essere oggetto di rigetto/decadenza/decurtazione dell'incentivo. Il riconoscimento della tariffa incentivante rappresenta, infatti, l'elemento essenziale per la sostenibilità economico-finanziaria dei progetti e quindi per la corretta copertura del servizio del debito.

Ciò premesso, alla luce delle considerazioni che precedono, si propone di sostituire l'art. 11 e l'Allegato 1 al D.M. Controlli nella loro formulazione attuale con un nuovo testo riportato più avanti.

Più in dettaglio, come di seguito meglio illustrato, si propone di ridefinire le ipotesi di violazioni rilevanti, soggette alla decadenza o alla decurtazione, previste dall'Allegato 1, e, inoltre, di introdurre all'art. 11 una puntuale disciplina delle modalità di attuazione della decurtazione applicabile alle violazioni rilevanti, e un distinto regime per il trattamento delle violazioni non rilevanti, tra le quali dovrebbero farsi rientrare tutte le violazioni non elencate nell'Allegato 1, le quali, di contro, costituirebbero un *numerus clausus* non estensibile in via analogica.

Al fine di definire dettagliatamente le percentuali, le modalità, le condizioni e i presupposti di applicazione della decadenza o della decurtazione degli incentivi, si propone di introdurre, altresì, quale parte integrante del D.M. Controlli, un Allegato 2 al fine di individuare i casi in cui trova applicazione la decadenza, o alternativamente, la decurtazione degli incentivi, di cui al richiamato art. 42, comma 3.

E' bene, tuttavia, precisare che alla luce delle possibili percentuali applicabili in concreto dal GSE nei limiti del *range* percentuale individuato dall'art. 42, comma 3, la finalità perseguita dalla norma (ovvero la salvaguardia della produzione di energia da fonti rinnovabili) rischia in molti casi di non essere raggiunta, in quanto gran parte degli impianti per i quali sono state o verranno accertate le violazioni rilevanti ai sensi del nuovo art. 42, comma 3, finirebbero – a seguito dell'applicazione delle menzionate decurtazioni - per produrre una marginalità negativa, che potrà determinare l'abbandono dell'iniziativa da parte del soggetto responsabile, il mancato adempimento degli obblighi del contratto di finanziamento (con conseguente risoluzione dello stesso da parte della banca) e nei confronti dei soggetti pubblici coinvolti nell'iniziativa.

Al riguardo, Abi ed Assilea hanno condotto un'analisi d'impatto di una possibile decurtazione dell'incentivo sulla tenuta finanziaria di alcune tipologie di impianti, nella fattispecie impianti fotovoltaici, ritenute rappresentative del parco fotovoltaico costruito in Italia negli anni scorsi in vigenza dei vari Conti Energia e assistite da finanziamenti a medio-lungo termine o leasing. Dallo studio svolto

emergerebbe che su alcuni impianti fotovoltaici già con l'applicazione, assumendone l'efficacia retroattiva, della decurtazione minima del 20% della tariffa incentivante, di fatto tutti i progetti (a prescindere dalla loro localizzazione geografica) non sarebbero più sostenibili. Qualora l'effetto della decurtazione non fosse retroattivo, solo i progetti ubicati nel sud Italia e nelle isole possono, verosimilmente, evitare il default.”

La situazione del settore fotovoltaico (tecnologia di gran lunga più diffusa nelle fonti rinnovabili) deriva anche dal fatto che il meccanismo di incentivazione del settore fotovoltaico è stato già interessato da una serie di modifiche normative e regolamentari negli ultimi anni - da ultimo la disposizione nota come “Spalma Incentivi”, di cui all'art. 26 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91 - che hanno impattato in senso negativo sulla sostenibilità finanziaria dei progetti.

Nei casi nei quali il progetto, a seguito della contrazione dei flussi di cassa operativi conseguenti alla riduzione della tariffa incentivante, non presenti più i requisiti di sostenibilità finanziaria, fin dove possibile, gli intermediari finanziari e i produttori potranno individuare le modalità per riportare il piano finanziario dell'iniziativa in equilibrio, attraverso una adeguata ristrutturazione del debito.

Oltre certi limiti, gli intermediari saranno costretti a risolvere il contratto di finanziamento e avviare le procedure esecutive a tutela del proprio credito che di norma durano diversi anni. In questo periodo, l'impianto rischia di non essere adeguatamente mantenuto e gestito con una sostanziale riduzione della produzione di energia in contraddizione con lo spirito e la finalità della norma in discorso.

Non solo, in caso di abbandono da parte del produttore del relativo progetto (a) per il GSE sarebbe pressoché impossibile recuperare gli incentivi già versati e (b) i costi di smantellamento degli impianti inutilizzati rimarrebbero a carico integralmente degli enti locali competenti con grave danno per la finanza pubblica. Sulla base di una analisi effettuata su un campione di impianti, le garanzie di smantellamento si sono rivelate inescutibili e/o inadeguate.

In relazione a quanto sopra, appare di interesse comune a tutti gli *stakeholders* operanti sul mercato favorire il mantenimento dei contratti di finanziamento/*leasing* in essere, circoscrivendo a casi eccezionali la necessità per il soggetto finanziatore di ricorrere alle procedure esecutive.

In questa logica e al fine di rendere possibile una maggiore articolazione delle percentuali di decurtazione nei limiti stabiliti dalla legge, è auspicabile un'interpretazione e attuazione delle disposizioni in discorso in senso meno penalizzante per la sostenibilità finanziaria dei progetti interessati e maggiormente in linea con l'intenzione dichiarata del legislatore di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli stessi e con il principio, ribadito dalla Corte Costituzionale, di proporzionalità della sanzione.

Si procede di seguito ad illustrare il contenuto della proposta di testo normativo di cui sopra.

1. Ambito di applicazione della decurtazione: individuazione delle violazioni rilevanti e dei presupposti per l'applicazione della decurtazione.

1.1. Individuazione delle violazioni rilevanti

Innanzitutto, con riferimento alla individuazione delle violazioni rilevanti, si propone di sostituire l'elenco di violazioni rilevanti di cui all'attuale Allegato 1 al D.M. Controlli con un nuovo elenco recante le seguenti fattispecie:

- a. presentazione al GSE di dati non veritieri o di documenti falsi, mendaci o contraffatti, in relazione alla richiesta di incentivi, risultati decisivi per il riconoscimento della tariffa e/o degli incentivi;*
- b. mancata presentazione di documenti indispensabili ai fini della verifica della ammissibilità agli incentivi ove espressamente richiesti dalla normativa in forza della quale è stato riconosciuto il diritto alla percezione dell'incentivo;*
- c. violazione del termine per la presentazione dell'istanza di incentivazione ove rilevante ai fini dell'accesso agli incentivi;*

- d. *violazione del termine per l'entrata in esercizio dell'impianto nel caso in cui sia determinante ai fini dell'accesso agli incentivi;*
- e. *per gli impianti ammessi ai benefici del Salva Alcoa, mancata presentazione della comunicazione di fine lavori a tutti i soggetti indicati dall'art. 1 della L. 129/2010 entro il termine del 31 dicembre 2010;*
- f. *inosservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento del GSE relativo all'esito dell'attività di controllo ove il soggetto responsabile sia stato già diffidato ad adempiere;*
- g. *comportamento ostativo tenuto dal titolare dell'impianto nei confronti del preposto ai controlli o del gestore di rete, consistente nell'espesso diniego di accesso all'impianto stesso ovvero alla documentazione;*
- h. *manomissione degli strumenti di misura dell'energia incentivata;*
- i. *mancanza originaria o sopravvenuta (per intervenuta declaratoria di invalidità) del titolo autorizzativo;*
- l) *interventi di modifica sostanziale dell'impianto rispetto al progetto autorizzato effettuati in assenza del necessario titolo abilitativo, ove tale assenza sia stata accertata dall'amministrazione territoriale competente con provvedimento definitivo. Rientrano nella nozione di modifica sostanziale, ai fini della presente disciplina, le modifiche apportate all'impianto che comportino (i) un aumento superiore al [●]% della potenza dell'impianto così come risultante dal titolo autorizzativo a condizione in ogni caso che la potenza complessiva risultante dall'intervento di modifica sostanziale non comporti la necessità di accedere agli incentivi attraverso un meccanismo differente (registro o procedura d'asta) ovvero ii) l'occupazione di particelle catastali diverse rispetto a quelle previste nel titolo autorizzativo che non rientrino nella disponibilità del soggetto responsabile. Resta salva in ogni caso l'applicazione di*

disposizioni anche locali più favorevoli in tema di modifica di impianti purché vigenti alla data di entrata in vigore del presente articolo;

- m) mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti, diversi dal possesso del titolo autorizzativo, prescritti per l'accesso agli incentivi dalla specifica normativa di riferimento in forza della quale è stato riconosciuto l'incentivo per la qualificazione dell'impianto;*
- n) mancato rilascio del provvedimento di voltura del titolo autorizzativo e abilitativo per la costruzione e l'esercizio dell'impianto in favore del soggetto responsabile subentrante per insussistenza in capo a quest'ultimo dei necessari requisiti soggettivi;*
- o) utilizzo di componenti contraffatti ovvero rubati”;*
- p) per gli impianti ammessi agli incentivi di cui all'articolo 1, comma 71, della Legge 239/2004 in combinato disposto con gli articoli 6 e 14 del D.Lgs. 20/2007, estensione della rete in termini di aumento della capacità di trasporto, successivamente al 31.12.2009 in misura superiore [●]% rispetto a tale data.*

Con riferimento alle violazioni previste dall'Allegato 1 nel testo attuale, pertanto, si propongono alcune modifiche al fine di meglio precisarne il contenuto e l'ambito di applicazione.

In particolare, con riferimento alla violazione attinente la carenza del titolo autorizzativo sub lett. i), si è inteso restringere l'ipotesi sanzionabile a quella della mancanza originaria o sopravvenuta (per intervenuta declaratoria di invalidità) del titolo autorizzativo.

Alle ipotesi di mancanza del titolo autorizzativo sarebbero riconducibili anche i casi di frazionamento della potenza che comporti l'inidoneità del titolo autorizzativo acquisito (DIA o PAS) in relazione all'impianto, ovvero i casi di modifiche sostanziali degli impianti sfornti di titolo autorizzativo, e quelli di sopravvenuto annullamento del titolo autorizzativo per vizi del medesimo o di atti allo stesso presupposti.

Di contro, sembra che debbano farsi rientrare tra le violazioni non rilevanti e non soggette né a decadenza né a decurtazione, i casi in cui il titolo autorizzativo acquisito risulti viziato (per vizi propri o degli atti allo stesso presupposti), ma non sia stato annullato o revocato dall'Amministrazione competente nei termini di legge e si sia conseguentemente consolidato. Ciò garantirebbe una maggiore determinatezza delle fattispecie di violazione e una maggiore certezza del diritto in coerenza con i principi sottesi al diritto amministrativo che riconoscono il consolidamento degli effetti dell'atto amministrativo, sia pure viziato, in tutti i casi in cui quest'ultimo non sia stato caducato nei termini di legge.

Con riferimento, poi, alla violazione sub lett. m) attinente la carenza dei requisiti si è inteso limitarla ai casi di assenza dei requisiti per l'accesso agli incentivi diversi dalla mancanza del titolo autorizzativo.

Inoltre, si è espressamente ricondotta nell'ambito delle violazioni rilevanti sub lett. n), l'ipotesi dell'assenza della voltura del titolo autorizzativo rilasciato per la realizzazione e l'esercizio dell'impianto, che oggi di fatto viene sanzionata dal GSE con la sola decadenza. Tuttavia, a tal uopo, si ritiene che debba distinguersi in modo espresso l'ipotesi di mancanza della voltura dovuta all'accertata insussistenza dei requisiti soggettivi che ne consentano il perfezionamento (ad esempio per cause ostative derivanti dalla normativa antimafia), da quella in cui, pur sussistendo tali requisiti, il titolo non sia stato volturato in favore del soggetto subentrante alla data dell'accertamento condotto dal GSE.

Nel primo caso, infatti, si rientrerebbe a pieno titolo nell'ipotesi di violazione rilevante che comporta la decadenza dagli incentivi. Analogamente, rientrerebbe in tale ipotesi quella dell'omessa presentazione dell'istanza di voltura pur a seguito di accertamento e diffida a provvedervi da parte del GSE entro un termine dallo stesso imposto.

Nel secondo caso occorre ulteriormente distinguere le seguenti ipotesi da disciplinare espressamente nei termini di seguito esplicitati:

- a. Pur essendo stata tempestivamente presentata formale istanza di voltura corredata dalla necessaria documentazione, il relativo procedimento non sia stata ancora definito, al momento dell'accertamento compiuto dal GSE, con il rilascio del relativo provvedimento.
- b. L'istanza sia presentata tardivamente.

1) Nel caso in cui l'istanza di voltura del titolo autorizzativo rilasciato per la realizzazione e l'esercizio dell'impianto, corredata dalla prescritta documentazione sia stata presentata presso l'Amministrazione competente entro il termine di trenta giorni dal trasferimento dell'impianto, nelle more della definizione del procedimento di voltura il GSE si limita a sospendere l'erogazione degli incentivi, fermo restando il diritto per il soggetto subentrante alla percezione di tutti gli incentivi maturati - nelle more della definizione della procedura di voltura - in esito al positivo perfezionamento della stessa.

2) Nel caso in cui il soggetto subentrante non abbia proceduto, nel termine anzidetto, a presentare l'istanza di voltura all'Amministrazione competente, ma la presenti successivamente, il GSE applica la decurtazione limitatamente al periodo intercorrente tra il trentunesimo giorno successivo al trasferimento dell'impianto e la data di presentazione dell'istanza di voltura.

In ogni caso, nelle more della definizione del procedimento e fino al rilascio della voltura, il GSE sospende l'erogazione degli incentivi, fermo restando il diritto per il soggetto subentrante alla percezione di tutti gli incentivi maturati - nelle more della definizione della procedura di voltura - in esito al positivo perfezionamento della stessa.

3) Nelle ipotesi previste sub 1) e 2), tuttavia, qualora il soggetto subentrante sia un soggetto sottoposto a situazioni di controllo/collegamento da parte del soggetto titolare del titolo autorizzativo, ovvero il trasferimento dell'impianto derivi da operazioni straordinarie infragrupo quali fusioni e/o scissioni, nelle more della definizione del procedimento di voltura non trova applicazione la sospensione degli incentivi, ferma restando anche in questo caso l'applicazione della decurtazione nel periodo intercorrente tra il trentunesimo giorno successivo al trasferimento dell'impianto e la data di presentazione dell'istanza di voltura.

4) Nei casi in cui risulti impossibile conseguire la voltura del titolo autorizzativo per l'insussistenza dei relativi requisiti soggettivi, accertata dall'Amministrazione procedente, ovvero nel caso in cui, pur sussistendone i presupposti, il soggetto subentrante non abbia presentato la relativa istanza all'Amministrazione competente e non vi provveda entro il termine a tal uopo assegnato dal GSE a seguito dell'accertamento della violazione, trova applicazione la decadenza dagli incentivi.

Ed invero, **l'ipotesi sub 1)** costituendo di fatto una mera irregolarità formale (consistente nell'omesso perfezionamento del procedimento di voltura) che sottende comunque la sussistenza dei presupposti sostanziali per la voltura del titolo e l'avvenuta attivazione del relativo procedimento con coinvolgimento dell'Amministrazione competente, giustificerebbe una mera sospensione dell'erogazione degli incentivi da parte del GSE in attesa della definizione del procedimento amministrativo, fermo restando il diritto per il soggetto subentrante alla percezione di tutti gli incentivi maturati - nelle more della definizione della procedura di voltura - in esito al perfezionamento della stessa.

Tale correttivo appare quanto mai necessario attesa la sostanziale inerzia, protratta in alcuni casi anche per anni, delle amministrazioni coinvolte nel procedimento di voltura ai fini della formale adozione del provvedimento di voltura del pertinente titolo autorizzativo, e ciò comporterebbe, in mancanza di un poco chiaro contesto regolamentare, una grave limitazione alla circolazione dei titoli amministrativi che abilitano allo svolgimento di attività economiche.

Dovrebbe peraltro considerarsi come talvolta il contestato “disallineamento” tra soggetto responsabile dell’impianto e soggetto titolare del titolo autorizzativo coinvolga soggetti giuridici che sono riconducibili ad un *unicum* per la sussistenza di situazioni di controllo/collegamento societario, per rapporti di consorzio/consorzati oppure in quanto costituiti in forza di operazioni straordinarie quali fusioni e/o scissioni.

In tali casi, invero, è evidente, stante la sostanziale continuità/identità dei soggetti che subentrano nella titolarità dell’impianto e dei loro amministratori, che sussistano i requisiti per addivenire alla voltura del titolo.

In tal senso, con riferimento a queste particolari ipotesi (piuttosto frequenti nel panorama oggetto del presente intervento), la cautela della sospensione degli incentivi nelle more della definizione del procedimento di voltura si renderebbe non necessaria.

Pertanto, per i casi in cui il soggetto subentrante sia un soggetto sottoposto a situazioni di controllo/collegamento da parte del soggetto titolare del titolo autorizzativo, ovvero il trasferimento dell’impianto derivi da operazioni straordinarie quali fusioni e/o scissioni, e sia stata già presentata, al momento dell’accertamento condotto dal GSE, l’istanza di voltura, si ritiene non debba trovare applicazione neppure la sospensione degli incentivi nelle more della definizione del procedimento di voltura, salva ovviamente la decadenza con obbligo di restituzione degli incentivi percepiti ove il procedimento non possa concludersi favorevolmente per mancanza dei presupposti per la voltura del titolo autorizzativo accertate da parte dell’Amministrazione precedente.

Nell’**ipotesi sub 2)**, invece, il ritardo nell’attivazione del procedimento finalizzato alla voltura del titolo determinerebbe la sussistenza dei presupposti per la decurtazione nella misura minima limitatamente al periodo di ritardo nella presentazione dell’istanza, trattandosi comunque di una violazione non grave e in ogni caso rimediabile attraverso la presentazione dell’istanza; mentre nelle more della definizione di quest’ultima troverebbe applicazione la sospensione nei termini sopra descritti.

Infine, nel caso **sub 4)** all'accertata insussistenza dei requisiti soggettivi per ottenere la voltura, ovvero la persistente inerzia nel richiederla da parte del soggetto subentrante nonostante la diffida in tal senso da parte del GSE, consegue l'applicazione della decadenza, non potendosi di fatto regolarizzare la situazione di carenza del titolo autorizzativo in capo al soggetto esercente l'impianto. Con riferimento alla violazione sub lett. p), infine, si è inteso riferirsi a fattispecie in cui oggi il GSE preclude l'accesso agli incentivi (CV_TLR) agli impianti di cogenerazione abbinati al teleriscaldamento, relativamente alle utenze allacciate dopo il 2009, sostanzialmente cristallizzando l'assetto dell'impianto al momento della data di entrata in esercizio (non oltre il 31.12.2009). Ciò comporta una valorizzazione poco coerente con la nozione di teleriscaldamento come "sistema aperto", idoneo cioè a consentire "nei limiti di capacità del sistema" così come originariamente progettato, l'allacciamento alla rete di ogni potenziale cliente, secondo principi di non discriminazione (art. 2, comma 3, lettera a), ii, d.m. 24 ottobre 2005), e che non tiene in debito conto della rilevanza degli investimenti effettuati sulla parte di impianto di rete rispetto alla parte di impianto di generazione. Inoltre, tale approccio non è coerente nemmeno con la recente L. 172/2017 che, allo scopo di valorizzare la realizzazione di nuovi allacciamenti, ammette (per il futuro) che gli "interventi su unità di cogenerazione che non rientr[i]no nella definizione di rifacimento, ma che comport[i]no un incremento della producibilità termica finalizzato al mantenimento o al raggiungimento di un assetto di sistema di teleriscaldamento efficiente [...], e che si abbin[i]no ad un'estensione della rete in termini di aumento della capacità di trasporto" possano accedere al "regime di sostegno di cui all'articolo 6, commi 1 e 2, del decreto legislativo 8 febbraio 2007, n. 20".

1.2. Eliminazione della norma di chiusura recata al comma 1 dell'art. 11 del D.M. Controlli.

Inoltre, sempre al fine di evitare un'eccessiva indeterminatezza nella definizione e individuazione delle violazioni che possono dare luogo a decadenza, si propone di eliminare la previsione secondo cui *"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", prevedendo di contro che le ipotesi di violazioni rilevanti che danno luogo a decadenza o decurtazione siano tassative e non suscettibili di ampliamento e/o estensione analogica a fattispecie non espressamente contemplate dall'Allegato 1 al D.M. Controlli.

L'attuale disposizione, contenuta nel secondo periodo dell'art. 11, comma 1, infatti, rischia di comportare l'applicazione della decadenza a fattispecie, non soltanto non previamente e tassativamente individuabili, in contrasto con la *ratio* che sembrerebbe ispirare la previa individuazione delle fattispecie che possono dare luogo a decadenza di cui all'Allegato 1 al suddetto decreto, ma anche non proporzionate, nella loro gravità, rispetto alla sanzione comminata.

2. Modalità di applicazione della decurtazione

2.1. Modalità applicativa della decurtazione nell'ipotesi di regolarizzazione postuma dell'impianto o del titolo.

Con riferimento alle modalità di applicazione della decurtazione, in omaggio al principio di proporzionalità e conservazione e al fine di incentivare la regolarizzazione degli impianti, si propone che, qualora per la tipologia di violazione contestata sia possibile rimuovere gli elementi che hanno dato luogo alla violazione così regolarizzando l'impianto, trovi applicazione una decurtazione della tariffa soltanto in relazione agli incentivi maturati nel periodo in cui sussisteva la violazione, riconoscendosi invece la tariffa nella sua integralità per il periodo successivo alla regolarizzazione dell'impianto.

Entro tale fattispecie, in particolare, potrebbero farsi rientrare i casi in cui si sia acquisita una autorizzazione postuma o in variante con effetti *ex nunc* ovvero, il caso in cui si sia eliminata una difformità dell'impianto rispetto al titolo autorizzativo rimasto comunque valido ed efficace o, ancora, si sia regolarizzato un titolo viziato ponendo rimedio alla sua accertata invalidità.

2.2. Perimetro temporale di applicazione della decurtazione.

In relazione alle modalità di applicazione della decurtazione, si propone che quest'ultima trovi applicazione soltanto per l'avvenire, e dunque, in relazione ai soli incentivi ancora da percepire da parte del soggetto responsabile e non anche per il passato, tenuto conto che la restituzione degli incentivi percepiti costituisce una rilevante criticità per la sopravvivenza economica degli impianti, avendo ad oggetto somme già reimpiegate dagli operatori a copertura dei costi dell'impianto in relazione ad esercizi finanziari ormai chiusi.

Ove, al contrario, la decurtazione sulla tariffa/incentivo, analogamente alla decadenza, dovesse incidere su tutti gli incentivi già percepiti dal soggetto responsabile, per mitigare l'effetto penalizzante che deriverebbe a carico di quest'ultimo, si propone di circoscrivere l'applicazione della decurtazione per il passato soltanto agli incentivi percepiti nei tre anni antecedenti l'accertamento della violazione (come avviene in relazione ad altre tipologie di violazioni amministrative e tributarie), stabilendo altresì, a maggior salvaguardia della sopravvivenza degli impianti, che la decurtazione trovi applicazione (i) con riferimento agli incentivi già percepiti, in ogni caso soltanto nella misura del 20%; e (ii) nella misura determinata dall'emanando decreto ministeriale, esclusivamente per il prosieguo della vita dell'impianto e sempre salva la possibilità di regolarizzazione postuma sopra illustrata.

2.3. Regime da applicare nel caso di cumulo di più violazioni

Le modalità di applicazione della decurtazione risentono del regime normativo cui la stessa risulta riconducibile in relazione alla sua natura giuridica.

In particolare, ove dovesse concludersi nel senso che alla decurtazione debba riconoscersi natura sanzionatoria, la stessa potrebbe risultare assoggettata alla disciplina prevista dalla L. 689/1981 in materia di sanzioni amministrative.

Sul punto, tuttavia, deve rilevarsi come la decurtazione della tariffa costituisca una misura alternativa rispetto all'applicazione della decadenza e alla conseguente perdita integrale degli incentivi.

Ora, in relazione alla decadenza, la giurisprudenza riconosce pressoché unanimemente che la stessa, come sostenuto anche dal GSE, non rivesta natura sanzionatoria, ma meramente accertativa della violazione e delle sue conseguenze in termini di restituzione e perdita degli incentivi.

D'altra parte, deve osservarsi come anche la *ratio* sottesa alla disposizione normativa introdotta dalla L. 205/2017, che prevede la decurtazione in luogo della decadenza, non sia sanzionatoria, bensì al contrario conservativa, essendo diretta a salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti che al momento dell'accertamento della violazione percepiscono gli incentivi. In tal senso, dovendo considerare che la decurtazione, in quanto misura alternativa alla decadenza, partecipi della medesima natura, potrebbe escludersi sia il carattere sanzionatorio della misura *de qua* sia, pertanto, l'applicazione della disciplina di cui alla L. 689/1981. Conseguentemente, con riferimento alle ipotesi in cui, in relazione al medesimo impianto, si riscontrassero diverse violazioni rilevanti suscettibili di decurtazione, dovrebbe escludersi l'applicazione del regime normativo previsto dall'art. 8 della L. 689/1981 per regolare il cumulo di più violazioni che comportano l'applicazione di sanzioni amministrative (applicazione della sanzione prevista per la violazione più grave aumentata sino al triplo).

Di contro, aderendo alla tesi che attribuisce natura sanzionatoria della decurtazione si ritiene che, in ogni caso, non debba trovare applicazione la disciplina prevista per il cumulo di sanzioni amministrative dalla L. 689/1981, ma piuttosto possa trovare applicazione una diversa modalità di regolazione del cumulo di violazioni.

In particolare, si propone di risolvere il cumulo tra più violazioni rilevanti ammesse a decurtazione stabilendo che in relazione a tutte le violazioni riscontrate, trova applicazione:

- a. la percentuale di riduzione più elevata tra quelle applicabili, che si ritiene assorbente le altre, ove detta riduzione percentuale sia pari o superiore al ____%;
- b. la percentuale di riduzione più elevata tra quelle applicabili, incrementando il relativo importo di riduzione per una sola volta del 20%, ove detta riduzione percentuale sia inferiore al ____%,

con la precisazione che alla determinazione della soglia di riduzione percentuale rilevante ai sensi delle precedenti lettere a) e b) non concorrono né la riduzione di un terzo prevista, per il caso di autodenuncia, dal terzo periodo dell'art. 42, comma 3 D.Lgs. 28/2011, né le specifiche percentuali di riduzione e/o onere di cui all'art. 26, comma 3, del D.L. 91/2014 convertito in L. 116/2014, nonché di cui all'art.1, comma 3, del D.L. 145/2013, convertito in L. 9/2014 di cui al comma 8. Delle suddette riduzioni si terrà conto al fine dell'applicazione della decurtazione complessiva risultante dal meccanismo di calcolo di cui alle precedenti lettere a) e b).

In ogni caso, ove le violazioni rilevanti riscontrate siano suscettibili di rimozione, e ove risultino essere già state rimosse al momento dell'accertamento della violazione o dell'autodenuncia, ovvero vengano rimosse successivamente a tale data, la decurtazione non dovrebbe trovare applicazione dalla data di efficacia della rimozione.

2.3 Coordinamento con lo Spalmaincentivi

Sempre in relazione alle modalità di applicazione della decurtazione, al fine di evitare che la decurtazione incida in modo non sostenibile per la sopravvivenza degli impianti incentivati e già soggetti alla riduzione dell'incentivo originario o all'onere di cui al D.L. 91/2014 e al D.L. 145/2013, si propone di prevedere che alla determinazione della percentuale di decurtazione dell'incentivo nei limiti della misura prevista in esecuzione delle previsioni del presente decreto, concorra, ove applicata a seconda della tipologia di fonte, la specifica

percentuale di riduzione e/o onere di cui (i) all'art. 26, comma 3, del D.L. 91/2014 convertito in L. 116/2014 (Spalma Incentivi), e (ii) all'art. 1, comma 3 del D.L. 145/2013 per tutti gli impianti diversi dagli impianti alimentati dalla fonte solare fotovoltaica.

3. Disciplina transitoria

La formulazione del nuovo comma 3 dell'art. 42 D.Lgs. 28/2011 sembra doversi interpretare nel senso che la deroga al regime della decadenza trovi applicazione a far data dall'entrata in vigore della novella legislativa per tutti gli impianti che al momento dell'accertamento della violazione, anche antecedente all'entrata in vigore della novella del 2018, percepissero incentivi, purché in relazione a tali impianti non sia intervenuto un provvedimento di decadenza non impugnato o i cui effetti risultano confermati da una sentenza passata in giudicato.

In tal senso sembra porsi anche il Consiglio di Stato che con una serie di recenti ordinanze adottate all'indomani dell'entrata in vigore della novella legislativa, ha sospeso i provvedimenti di decadenza adottati dal GSE [nella parte in cui dispone il recupero degli incentivi già erogati] pur in data antecedente l'entrata in vigore della novella legislativa.

Al riguardo, invero, non sfugge come si ponga un problema di regolazione dei poteri esercitabili dal GSE nelle more dell'adozione della disciplina applicativa anzidetta.

Infatti, in attesa della definizione delle violazioni ammesse a decurtazione e delle modalità di applicazione di quest'ultima, il GSE non potrebbe di fatto né dichiarare la decadenza degli incentivi, né d'altra parte riconoscere la decurtazione in alternativa alla decadenza, mancandone i presupposti applicativi ai sensi del comma 5 dell'art. 42 del D.Lgs. 28/2011.

In tal senso, si propone innanzitutto di chiarire in seno al decreto ministeriale di attuazione della disposizione in commento che la deroga al regime della decadenza introdotta con l'art. 1 comma 960 della L. n.205/2017 trova applicazione per tutti gli impianti per i

quali alla data di entrata in vigore della citata norma, non sia stato adottato un provvedimento di decadenza ovvero, ove questo sia stato adottato, lo stesso risulti non ancora definitivo in quanto ancora impugnabile o, se già impugnato, in quanto non sia ancora intervenuta una sentenza definitiva che ne abbia accertato la legittimità.

Inoltre, si ritiene opportuno proporre al GSE di sospendere in via di autotutela l'efficacia dei provvedimenti di decadenza adottati dal medesimo GSE all'esito di procedimenti di verifica ispettiva e/o di controllo documentale, ai sensi dell'art. 21-*quater*, comma 2, L. n. 241/1990, in attesa dell'adozione del decreto che definirà le ipotesi di violazioni ammesse a decurtazione e le relative modalità applicative, in senso conforme all'orientamento espresso nelle recenti pronunce del Consiglio di Stato sopra richiamate.

4. Violazioni non rilevanti

Con riferimento alle violazioni non rilevanti, si propone di prevedere all'interno dell'art. 11 del D.M. Controlli che tutte le violazioni non rientranti tra quelle individuate all'Allegato 1 al D.M. Controlli sono da considerarsi non rilevanti, facendo rientrare tra le violazioni non rilevanti, altresì, tutte le violazioni che si sostanzino in meri errori materiali ovvero che si risolvano in violazioni meramente formali anche con riferimento ai procedimenti autorizzativi prescelti dagli operatori.

In tale ultima fattispecie rientrano, in particolare, i casi di impianti autorizzati mediante l'acquisizione, in forma separata anziché mediante il procedimento unico di cui all'art. 12 D.Lgs. 387/2003, di tutti i pareri, nulla osta, atti di assenso e autorizzazioni prescritte dalla legge, i quali risultano, dunque, sul piano sostanziale, autorizzati, sia pure mediante un procedimento formalmente non corretto.

Inoltre, si propone di includere tra le violazioni non rilevanti per le quali troverebbe applicazione il meccanismo della penale una *tantum*, le violazioni rientranti tra quelle di cui all'Allegato 1 che vengano accertate, in esito ad un procedimento di verifica e controllo

o di un'autodenuncia del soggetto responsabile, in relazione ad impianti acquisiti direttamente o indirettamente da "terzi acquirenti di buona fede".

Al riguardo, si propone di esplicitare nel nuovo testo dell'art. 11 che per terzi di buona fede, al fine dell'applicazione del D.M. Controlli, si intendono sia i soggetti che, successivamente alla data in cui è stata commessa la violazione, abbiano acquisito la titolarità dell'impianto subentrando al precedente titolare nella qualifica di "soggetto responsabile", sia i soggetti che, sempre successivamente alla data in cui è stata commessa la violazione, abbiano acquisito una partecipazione di controllo nel capitale della società che si qualifica come il soggetto responsabile dell'impianto, a condizione, in entrambi i casi, che i suddetti soggetti "terzi" diano evidenza di aver effettuato prima dell'acquisto una accurata verifica tecnico-legale dell'impianto, condotta da legali e tecnici esperti del settore, da cui non siano emerse violazioni rilevanti contestate.

E infatti, da una parte, l'estraneità del soggetto acquirente rispetto alla violazione contestata e la sua buona fede nell'acquisto, presumibile *ope iuris* in ragione delle verifiche tecnico-legali condotte da esperti a tal uopo dagli stessi incaricati, giustificano un trattamento meno gravoso a carico del terzo e, dall'altra, un simile diversificato trattamento risulta coerente con la *ratio* sottesa all'art. 42, comma 3, D.Lgs. 28/2011 come modificato dalla L. 205/2017, diretta a salvaguardare la sopravvivenza degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, molti dei quali hanno formato e formano oggetto di trasferimento nei confronti di terzi, investitori nazionali e stranieri, inconsapevoli, nonostante le cautele adottate, delle violazioni commesse dai loro predecessori.

Pertanto, tale differenziato trattamento sembra trovare conferma anche nella disposizione di cui al comma 4-*bis* dello stesso art. 42 D.Lgs. 28/2011, che con riferimento all'utilizzo di moduli non certificati o con certificazioni non conformi alla normativa di riferimento, riserva un trattamento di favore ai soggetti beneficiari degli incentivi che non siano responsabili della violazione.

Con riferimento, poi, alla disciplina applicabile a tutte le violazioni non rilevanti, si propone di prevedere che le violazioni non rilevanti non siano soggette né a decadenza né a decurtazione e restino assoggettate ad una penale da applicare *una tantum*, con l'ulteriore precisazione che la penale venga applicata in forma ridotta nel caso in cui le violazioni siano spontaneamente denunciate dal soggetto responsabile ovvero vengano accertate in esito ad un procedimento di verifica e controllo avviato dal GSE su istanza del soggetto responsabile. Si propone che l'importo della penale sia pari a diecimila € per ogni MW incentivato, salva la riduzione in caso di autodenuncia. Al fine di evitare duplicazioni nell'applicazione della penale, peraltro, si propone, nel caso in cui, in esito ad un procedimento di verifica ispettiva e/o di controllo documentale il GSE rilevi violazioni non rilevanti per le quali trovi applicazione la penale anzidetta, che la stessa non trovi applicazione in relazione alle medesime o ad eventuali ulteriori violazioni successivamente accertate, che il GSE avrebbe potuto rilevare nel corso del procedimento conclusosi con l'applicazione della penale.

La presente proposta fa salva, infine, la facoltà del soggetto responsabile di richiedere al GSE di svolgere un'ispezione sull'impianto al fine di accertare o di escludere la sussistenza di violazioni rilevanti o non rilevanti, dietro riconoscimento al medesimo GSE della tariffa a copertura dei costi sostenuti dal GSE per la conseguente attività di verifica ispettiva e/o controllo documentale, come indicato nel D.M. 24 dicembre 2014.

Le penali e le tariffe di cui sopra, peraltro, garantirebbero un gettito straordinario a favore del GSE ed indirettamente a favore dell'azionista del GSE, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, utilizzabile per interventi sempre nel settore delle energie rinnovabili o altrimenti.