

Centro Studi

**D**iritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

## **Interpretazione della legge: non ci si può spingere oltre la portata massima consentita dalla formulazione testuale e sistematica della norma**

In merito ai limiti che presiedono alla corretta interpretazione e applicazione delle leggi da parte del giudice, va affermato che questi non potrebbe spingersi (in senso propriamente "creativo") oltre la portata massima consentita dalla formulazione testuale e sistematica della norma. Ciò posto, circa la lacuna cd. "involontaria" del legislatore, colmabile in base ai principi generali dell'ordinamento, va affermato che è tale, cioè involontaria, soltanto la lacuna scaturente da un uso non accurato della tecnica legislativa (vuoi per problemi legati alla formulazione della norma medesima, vuoi per causa di raccordo rispetto ad altre disposizioni vigenti) e che postula necessariamente l'intervento suppletivo ad opera dell'interprete, la cui opera esegetica è - dunque - presupposto imprescindibile per assicurare la corretta applicazione della norma. Caso diverso dalla lacuna cd. "tecnica", ossia uno spazio libero, non normato, per scelta volontaria del legislatore.

NDR: la sentenza in oggetto conferma che l'interpretazione letterale prevale su altre tipologie di interpretazione (IL ≥ IR ≥ AL ≥ AI<sup>1</sup>).

Le regole sull'interpretazione sono fissate dall'art. 12 Preleggi che è un algoritmo (sequenza di operazioni predeterminate, con condizioni e meccanismi iterativi).

Per approfondimenti, VIOLA, [Interpretazione della legge con modelli matematici](#), DirittoAvanzato, Milano, 2018. Si veda anche VIOLA, [Il carattere universale dei criteri interpretativi](#), in *La Nuova procedura Civile*, 4, 2018.

## **Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 24.10.2018, n. 6060**

...omissis...

1. La controversia riguarda l'azione proposta dalla società A. s.r.l. per l'annullamento:

A) con il ricorso principale: a) del provvedimento prot. n. 13475 del 10 febbraio 2016 con il quale il GSE ha disposto la decadenza dell'impianto denominato "Cava", identificato con il numero IAFR 923 e ubicato in Champdepraz (AO), dagli incentivi di cui al d.m. 11 novembre 1999; b) del decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 31 gennaio 2014 in parte qua (Allegato 1, lett. i), laddove interpretato come titolarità dell'autorizzazione anziché efficacia dell'autorizzazione;

B) con i motivi aggiunti depositati il 30 maggio 2016: c) del provvedimento prot. n. 47523 del 29 aprile 2016, con cui il GSE ha quantificato le somme dovute a titolo di restituzione dei certificati verdi percepiti dal 2004 al 2015; d) del citato d.m. 31 gennaio 2014, con riferimento all'art. 11, commi 1 e 3, nella parte in cui dispone l'integrale recupero delle somme già erogate qualora vengano accertate le violazioni rilevanti di cui all'Allegato 1, lett. i, del medesimo decreto.

2. Questi, in sintesi, i fatti:

- nell'anno 2004 il GSE ha riconosciuto la qualifica di IAFR (Impianto Alimentato da Fonti Rinnovabili) all'impianto idroelettrico denominato "Cava", situato in Champdepraz (AO), così ammettendolo al regime incentivante dei cd. certificati verdi di cui agli artt. 4 e 5 dell'(allora vigente) d.m. 11 novembre 1999 (recante "Direttive per l'attuazione delle norme in materia di energia elettrica da fonti rinnovabili di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 11 del D.lgs. 16 marzo 1999, n. 79");

- nel marzo del 2015 il GSE, sollecitato da una nota della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Aosta, ha avviato un procedimento di controllo ai sensi dell'art. 42 del D.lgs. n. 28 del 2011, venendo a conoscenza del fatto che, con decreto del Presidente della Regione Valle d'Aosta del 9 gennaio 2002, quest'ultima (in quanto concessionaria dello Stato di tutte le acque pubbliche esistenti nella Regione ai sensi dell'art. 7 della legge costituzionale n. 4 del 1948, con facoltà di sub-concessione ai sensi dell'art. 20 della legge n. 308 del 1982) aveva sub-concesso al Consorzio di Miglioramento Fondiario Rù Grenze e Rù Fabbrica-Viering la possibilità di derivare acqua a scopo idroelettrico dal torrente Chalamy, sul quale è situato l'impianto per cui è causa;

---

<sup>1</sup> Questa disequazione vale solo ipotizzando IL >0, IR >0, AL >0, AI >0. Con IL si intende l'interpretazione letterale; con IR si intende l'interpretazione per *ratio* o teleologica; con AL si intende la c.d. analogia *legis*; con AI si intende la c.d. analogia *iuris*.

- poco prima, e precisamente nell'anno 2000, l'anzidetto Consorzio ha sottoscritto con la società A. s.r.l. (vincitrice di apposita gara) una convenzione avente ad oggetto la concessione per la costruzione e la gestione di un impianto di produzione di energia idroelettrica, impianto poi effettivamente realizzato dalla medesima e coincidente con quello per cui è causa;
- la Regione Valle d'Aosta ha informato il GSE anche del fatto che relativamente al periodo di produzione dal gennaio 2004 al dicembre 2013, l'impianto aveva superato il limite di potenza idraulica nominale media stabilito dai decreti di concessione e, quindi, il limite di portata media derivabile;
- il procedimento di controllo si è concluso con l'irrogazione della decadenza dell'impianto "Cava" dagli incentivi e contestuale richiesta di integrale recupero delle somme erogate dalla data di entrata in esercizio dell'impianto e fino al 2013, sul presupposto del riscontro della "violazione ai sensi della lettera i) Allegato 1 al D.M. 31 gennaio 2014 (inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto", giacché "la Regione Autonoma Valle d'Aosta ha confermato la titolarità dei titoli autorizzativi alla costruzione e all'esercizio dell'impianto, nonché della subconcessione a derivare acqua, in capo al Consorzio di miglioramento fondiario Rù Grenze e Rù Fabbrica-Viering e non a A. s.r.l.".
- nella motivazione del provvedimento impugnato si è altresì dato atto del "superamento, intervenuto nel periodo compreso tra la data di entrata in esercizio e il 2013, del limite di potenza nominale media e del limite di portata media derivabile previsti dal decreto di concessione", il quale "pur non avendo compromesso la validità ed efficacia dei titoli autorizzativi e concessori ha comunque comportato l'esercizio dell'impianto in difformità ai titoli autorizzativi e concessori", con conseguente configurazione di "una delle violazioni di cui all'art. 11, comma 3 del D.M. 31 gennaio 2014".

3. Il T.a.r. per il Lazio, Roma, Sezione III Ter, con la sentenza n. 6205 del 24 maggio 2017 ha:

a) ritenuto fondati il ricorso e i motivi aggiunti nelle (sole) parti in cui veniva contestata la legittimità del provvedimento impugnato sul presupposto del riscontro della violazione ai sensi della lettera i) Allegato 1 al D.M. 31 gennaio 2014 (inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto) e invocata l'intervenuta prescrizione decennale ai sensi dell'art. 2946 c.c..

In sostanza, veniva:

- affermata in capo alla società A. la titolarità del titolo edilizio per la costruzione dell'impianto e la mancanza, in capo alla stessa, del solo titolo di sub-concessione di derivazione d'acqua;
- esclusa, nel caso de quo, l'applicabilità del principio del parallelismo tra le attività che sono assentite per mezzo del provvedimento autorizzatorio (art. 12, comma 3, D.lgs. n. 387/2003) e quelle che sono rimesse alla responsabilità del "soggetto responsabile" a norma del D.lgs. n. 28/2011, giacché l'attività d'impresa è stata avviata prima dell'entrata in vigore del regime dell'autorizzazione unica di cui al D.lgs. n. 387/2003 e l'impianto è stato ammesso al regime incentivante previsto dal D.lgs. n. 79/1999 e relativo regolamento ministeriale attuativo (D.M. 11 novembre 1999);
- fissato il decorso del periodo prescrizione per la restituzione delle somme percepite a far data dal pagamento delle diverse rate di incentivo;

b) ritenuto infondati il ricorso e i motivi aggiunti con riguardo alle censure concernenti l'avvenuto superamento del limite di potenza derivabile consentito dal titolo di sub-concessione, ravvisando la sussistenza di "una delle violazioni di cui all'art. 11, comma 3 del D.M. 31 gennaio 2014", sulla base dell'accertamento compiuto dalla Regione Valle d'Aosta;

c) ritenuto in parte infondate e in parte inammissibili le ulteriori censure sollevate col ricorso introduttivo e coi motivi aggiunti;

d) escluso l'obbligo della società ricorrente di restituire al GSE le somme percepite prima del 10 febbraio 2006 (in quanto prescritte) e quelle percepite dal gennaio 2014 in poi (in quanto esaurita la condotta di illecita derivazione d'acqua);

e) compensato integralmente tra le parti le spese di lite.

4. La sentenza è stata oggetto di appello principale da parte del GSE e di appello incidentale da parte della società A..

5. Il GSE, appellante principale, ha dedotto i seguenti motivi:

5.1. Violazione del principio dell'allineamento tra titolarità dei titoli autorizzativi.

Si assume che la società A. non è mai stata titolare della concessione a derivare acqua e dei titoli autorizzativi alla costruzione e all'esercizio dell'impianto e che il Gestore ha la competenza primaria, ai sensi dell'art. 42, comma 4 del D.lgs. n. 28/2011, in ordine alla verifica della sussistenza dei presupposti necessari per l'erogazione degli incentivi.

Si sostiene inoltre che, se pure è vero che al momento dell'iniziale ammissione all'incentivo, all'epoca della vigenza del D.lgs. n. 79/1999 e del D.M.

11.11.1999, non era procedimentalizzata la comprova del possesso del requisito concernente la titolarità in capo al richiedente del titolo abilitativo o concessorio a svolgere l'attività imprenditoriale, comunque il principio dell'allineamento, ai fini dell'assunzione della responsabilità, tra colui che beneficia degli incentivi e colui che è titolare degli atti autorizzativi per la costruzione e gestione dell'impianto, deve considerarsi principio immanente al sistema stesso.

Si rappresenta, infine, che il richiamo operato dalla convenzione stipulata il 29 gennaio 2008 tra il GSE e la società A. all'art. 13, commi 3 e 4 del D.lgs. n. 387/2003, varrebbe a confermare (e non già ad escludere) sul piano esegetico l'astratta applicabilità dell'intero D.lgs. n. 387/2003 alla fattispecie de qua.

5.2. Erronea applicazione del regime concernente la prescrizione ex art. 2946 c.c..

Si critica il ragionamento secondo cui la prescrizione decorrerebbe dalla data di ciascuno dei pagamenti effettuati, anziché dalla data del provvedimento con cui il GSE ha dichiarato la decadenza dell'impianto e ha disposto l'integrale restituzione di quanto indebitamente percepito.

Si assume, in particolare, che:

a) l'art. 42 del D.lgs. n. 28/2011 rubricato "Controlli e sanzioni in materia di incentivi", al suo comma 3 non contiene limitazioni all'obbligo di recupero delle somme già erogate;

b) l'art. 11, comma 1 del D.M. 31 gennaio 2014 specifica ulteriormente che il recupero deve essere integrale;

c) fin quando il potere di previa determinazione amministrativa di decadenza non è esercitato, il diritto al recupero delle somme indebitamente erogate non

è esercitabile e, conseguentemente, la prescrizione decennale non può decorrere;

d) l'istituto della prescrizione è ontologicamente insuscettibile di trovare applicazione in tale materia, attesa la natura pubblica delle risorse impiegate;

e) l'ignoranza da parte del creditore circa l'(in)esistenza del diritto è addebitabile esclusivamente al debitore, il quale avrebbe colpevolmente ommesso (art. 2941, n. 8 c.c.) di rendere edotto il GSE del fatto che la configurazione dell'impianto ha determinato la produzione di energia elettrica per una potenza superiore rispetto a quella autorizzata;

f) il GSE, in ogni caso, non avrebbe potuto attivarsi per il recupero delle somme fintanto che la Regione Valle d'Aosta non avesse accertato (quale unica competente al riguardo) l'intervenuta violazione.

6. La società A., in sede di costituzione, ha:

a) chiesto il rigetto dell'avverso gravame, siccome infondato in fatto e in diritto;

b) riproposto espressamente i motivi di ricorso rimasti assorbiti (segnatamente, il terzo e il quinto del ricorso principale e il primo dei motivi aggiunti), subordinatamente all'ipotesi in cui l'appello del GSE venisse accolto.

7. La medesima ha, inoltre, proposto appello incidentale volto a riformare i capi b) e c) della sentenza per i seguenti motivi:

7.1. "Errores in iudicando - Violazione dell'art. 42, comma 3, del D.lgs. n. 28/2011 - Errata interpretazione e violazione di legge dell'art. 11, comma 3, del D.M. 31 gennaio 2014 - Illogicità ed incongruità nella motivazione".

Si assume che l'avvenuto superamento, nel periodo ricompreso tra l'entrata in esercizio dell'impianto e il 2013, del limite di potenza nominale media e del limite di portata media derivabile previsti dal titolo concessorio, siccome non ha compromesso la validità e l'efficacia dei titoli autorizzativi e concessori, è stato qualificato dallo stesso GSE come integrante la violazione (minore e residuale) di cui all'art. 11, comma 3 del D.M. 31 gennaio 2014, ai sensi del quale, al di fuori delle fattispecie di cui al comma 1 (ovvero, le violazioni rilevanti di cui all'Allegato 1 del D.M. stesso), il GSE, qualora riscontri violazioni o inadempimenti che rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi ovvero dei premi, dispone le prescrizioni più opportune ovvero ridetermina l'incentivo, recuperando le sole somme indebitamente erogate. Pertanto, al massimo, il GSE avrebbe potuto rideterminare l'importo effettivamente spettante e chiedere in restituzione quello in supero, ma non -come invece ha fatto- procedere per l'importo degli incentivi complessivamente corrisposti. Si sostiene, inoltre, l'applicazione, al caso di specie, della nuova previsione introdotta dall'art. 1, comma 960, lett. a) della legge n. 205/2017, che ha modificato il comma 3 dell'art. 42 del D.lgs. n. 28/2011 prevedendo, in deroga al regime sanzionatorio previsto, che al fine di salvaguardare la produzione di energia da fonti rinnovabili degli impianti, il GSE dispone la decurtazione dell'incentivo in misura ricompresa tra il 20 e l'80 per cento in ragione dell'entità della violazione.

Si ripropone, infine, per il caso di ritenuta inapplicabilità della suddetta disciplina al caso di specie, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 42, comma 3 del D.lgs. n. 28/2011, nella misura in cui la sua lettura ante riforma non consente di vagliare la necessità e la proporzionalità della sanzione (gravemente afflittiva) della decadenza rispetto al tipo di violazione commessa o esclude l'applicazione di sanzioni alternative, diverse o meno gravi.

8. Le parti hanno ulteriormente insistito nelle rispettive tesi difensive mediante il deposito di una memoria integrativa (il GSE) e di quella di replica (la società A.).

9. All'udienza camerale dell'8 febbraio 2018 fissata per l'esame dell'istanza cautelare, i difensori delle parti hanno chiesto congiuntamente il differimento ai fini della trattazione del merito della causa.

10. All'udienza pubblica del 12 luglio 2018 la causa è stata discussa e trattenuta dal Collegio in decisione.

11. L'appello principale è infondato, mentre è fondato quello incidentale.

12. Col primo, complesso motivo dell'appello principale, il GSE sostanzialmente muove tre critiche al ragionamento seguito dal giudice di prime cure:

a) non avere considerato che la società A. non è mai stata titolare della concessione a derivare l'acqua e del titolo autorizzativo alla realizzazione e all'esercizio dell'impianto;

b) avere ignorato la competenza primaria del GSE in ordine alla verifica della sussistenza dei presupposti necessari per l'erogazione degli incentivi;

c) non avere ritenuto l'applicabilità, anche al caso di specie, del principio dell'allineamento, sul piano soggettivo, tra colui che beneficia degli incentivi e colui che è titolare dei titoli (autorizzatori o concessori) per la realizzazione e la gestione dell'impianto.

12.1. Tutti e tre i profili non hanno pregio.

12.2. Con riguardo al profilo sub a), è documentale (cfr. documento n. 20, fascicolo di primo grado della parte ricorrente, depositato il 3 ottobre 2016) che il titolo edilizio per la realizzazione dell'impianto è stato rilasciato dal comune di Champdepraz (all'epoca non era previsto il rilascio dell'autorizzazione unica, di competenza regionale) direttamente in capo alla società A., in virtù del fatto che la medesima si era resa aggiudicataria della gara pubblica indetta dal Consorzio di miglioramento fondiario Rù Grenze e Rù Fabbrica-Viering per la concessione di costruzione e gestione dell'opera. Dunque, non corrisponde al vero che il titolo edilizio sia stato rilasciato in favore del Consorzio.

La stessa Regione Valle d'Aosta nella nota prot. 14708/DDS del 30 agosto 2016 (indirizzata alla società A. e per conoscenza al GSE) rassicura circa la legittimità e l'efficacia dei titoli edilizi per la costruzione e la gestione dell'impianto, mai messi in discussione da alcuna autorità.

Diverso discorso va fatto in relazione alla concessione alla derivazione d'acqua, titolo questo sì, effettivamente, rilasciato in favore del solo Consorzio di miglioramento, in regime di sub-concessione, da parte della Regione. Del medesimo, tuttavia, la società A. è stata autorizzata a servirsi, ai fini dell'esercizio dell'attività imprenditoriale, in virtù dell'aggiudicazione della gara pubblica indetta dallo stesso Consorzio per la costruzione e la gestione dell'opera.

12.3. Ciò premesso in punto di titolarità soggettiva, va ora affrontato il profilo sub b) concernente la natura, la portata e i limiti del potere di controllo e di verifica spettante al GSE ai sensi dell'art. 42, comma 4, del D.lgs. n. 28/2011. Il GSE assume di potere sindacare la legittimità del rilascio dei detti titoli, sul presupposto del riconoscimento della competenza primaria in ordine alla verifica della effettiva sussistenza (formale e sostanziale) dei requisiti necessari per l'erogazione degli incentivi.

L'argomento non può essere condiviso e, anzi, contrasta con quanto di recente statuito dalla Sezione con la sentenza n. 2859 del 14 maggio 2018, la quale riveste valore di precedente conforme ai sensi degli artt. 74, comma 1 e 88, comma 2, lett. d) del c.p.a. attesa l'identità della questione trattata. Queste, in sintesi, le argomentazioni su cui poggia il richiamato precedente, del tutto condiviso dal Collegio:

- l'art. 42 del D.lgs. n. 28/2011 contiene la disciplina relativa ai poteri di controllo e di sanzione del GSE. Il comma 1 definisce l'oggetto della verifica dei dati forniti dai soggetti responsabili. La natura del controllo sulla documentazione si spiega alla luce di quanto dispongono i successivi commi 2 e 4 dello stesso art. 42. Il primo fa salve le competenze in tema di controlli e verifiche spettanti alle amministrazioni statali, regionali, agli enti locali nonché ai gestori di rete. Il secondo, invece, stabilisce 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, le amministrazioni e gli enti pubblici, deputati ai controlli relativi al rispetto delle autorizzazioni rilasciate per la costruzione e l'esercizio degli impianti da fonti rinnovabili, fermo restando il potere sanzionatorio loro spettante, trasmettono tempestivamente al GSE l'esito degli accertamenti effettuati;

- da ciò si ricava che, in relazione agli atti prodromici che devono essere adottati da altre amministrazioni ovvero dagli enti locali o, in generale, in relazione a procedimenti che devono essere gestiti dai detti enti, il controllo operato dal GSE ha carattere meramente formale, ossia di verifica della sussistenza del titolo, non potendosi spingere sino alla verifica della legittimità dello stesso a pena di stravolgimento del riparto di competenze fissato dal legislatore;

- una opposta conclusione porterebbe a ritenere che il GSE operi quale amministrazione sovraordinata rispetto a quelle che concorrono a rilasciare i titoli necessari per l'ammissione alle tariffe incentivanti;

- la diversa esegesi prospettata dal Gestore, non sostenuta da una disposizione espressa di legge (che avrebbe chiaramente indole eccezionale), risulterebbe oltretutto in contrasto con i valori e i principi presidiati dagli artt. 5 e 118 Costituzione, secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza del giudice delle leggi e di questo Consiglio (cfr. ex plurimis e da ultimo Corte cost., 20 maggio 2016, n. 110; Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 4 dicembre 2017, n. 5711);

- non può dubitarsi che il cd. principio di equiparazione in termini di efficacia degli atti amministrativi illegittimi a quelli legittimi opera anche nei rapporti fra amministrazioni, a meno che il legislatore in via eccezionale non consenta ad un soggetto pubblico di sindacare e ritenere tamquam non esset, nel caso in cui ne valuti l'illegittimità, l'atto adottato da altra amministrazione;

- qualora il GSE dubiti della legittimità di un atto rilasciato da altra amministrazione, l'unica soluzione prospettabile è l'interlocuzione con quest'ultima, invitandola ad esercitare i propri poteri di controllo e a trasmettere tempestivamente l'esito degli accertamenti effettuati.

Nel caso di specie, come precisato al punto 12.2., è stata la stessa Regione Valle d'Aosta, nella nota sopra richiamata, a rassicurare (pure il GSE, che leggeva per conoscenza) circa la legittimità e l'efficacia dei titoli per la costruzione e la gestione dell'impianto, sicché non competeva al Gestore, né in astratto né in concreto, nutrire alcun dubbio al riguardo.

12.4. Assodate la titolarità soggettiva del predetto titolo e la sua non sindacabilità ad opera del Gestore, va ora affrontato il terzo e ultimo profilo, sopra rubricato sub c), concernente la possibilità di escludere il diritto all'incentivo sulla base dell'applicabilità, al caso di specie, del principio del parallelismo (o allineamento soggettivo) tra colui che beneficia degli incentivi e colui che ha la formale titolarità alla realizzazione e gestione degli impianti. Al riguardo, occorre osservare che il primo giudice ha svolto una puntuale disamina del quadro normativo afferente alla materia del mercato interno dell'energia, della sua progressiva liberalizzazione e dei sistemi di incentivazione, soffermandosi in modo minuzioso sulle normative susseguitesi nel tempo, e in particolare su quelle previste dal D.lgs. n. 79 del 16 marzo 1999 e dal D.M. 11.11.1999, poi dal D.lgs. n. 387/2003 e fino ad arrivare al D.lgs. n. 28/2011. Ha ricostruito con precisione le nozioni di "soggetto responsabile" e di "titolare dell'impianto", giungendo conclusione che, all'epoca dei fatti, poteva esistere divaricazione tra colui che produceva l'energia e colui che era proprietario dell'impianto o di altri concessioni (come quella di derivazione di acqua) necessarie per l'esercizio dell'impianto stesso. Il Collegio aderisce appieno ai detti rilievi, mentre non condivide le critiche mosse dalla parte appellante:

- è lo stesso Gestore ad ammettere la circostanza che, all'epoca dei fatti, non fosse procedimentalizzata (e, dunque, formalmente posta) la comprova, da parte del soggetto richiedente, del possesso del requisito concernente la titolarità del titolo abilitativo o concessorio a svolgere l'attività imprenditoriale;
- detto obbligo (che costituisce requisito di accesso al beneficio) non può essere introdotto o ricavato in via puramente esegetica dal generico richiamo ad un non meglio precisato principio di immanenza nel sistema dell'erogazione degli incentivi;
- a ciò osterebbero anche i limiti che presidono alla corretta interpretazione e applicazione delle leggi da parte del giudice, il quale non potrebbe spingersi (in senso propriamente "creativo") oltre la portata massima consentita dalla formulazione testuale e sistematica della norma.

Né la (mancata) previsione del detto "allineamento soggettivo" può essere considerata una lacuna cd. "involontaria" del legislatore, colmabile in base ai principi generali dell'ordinamento.

È infatti tale, cioè involontaria, soltanto la lacuna scaturente da un uso non accurato della tecnica legislativa (vuoi per problemi legati alla formulazione della norma medesima, vuoi per causa di raccordo rispetto ad altre disposizioni vigenti) e che postula necessariamente l'intervento suppletivo ad opera dell'interprete, la cui opera esegetica è -dunque- presupposto imprescindibile per assicurare la corretta applicazione della norma.

Nel caso di specie, invece, ci troviamo di fronte ad una lacuna cd. "tecnica", ossia uno spazio libero, non normato, per scelta volontaria del legislatore.

Le discipline susseguitesi nel tempo -come approfonditamente illustrato dal primo giudice- avallano tale impostazione, giacché il legislatore, posto dinanzi al nodo della responsabilità del soggetto beneficiario dell'incentivo nei confronti del Gestore, lo ha sciolto modificando radicalmente il sistema e procedimentalizzando il nuovo requisito.

Né a diverse conclusioni può giungersi sulla scorta dello (invero, debole) argomento esegetico prospettato dall'appellante in ordine all'applicabilità, al caso di specie, del D.lgs. n. 387/2003, soltanto perché richiamato (il solo



articolo 13, commi 3 e 4) nella convenzione stipulata il 29 gennaio 2008 tra il GSE e la società A..

In disparte la limitatezza del richiamo sul piano oggettivo (che, per incidens, non fa altro che avallare la tesi secondo cui le parti stesse non abbiano voluto che riferirsi a detto articolo e non all'intera disciplina), resta insuperato (e insuperabile) il fatto che la disciplina applicabile è quella al tempo del rilascio del titolo, e non già della stipulazione della convenzione col GSE.

13. Pure infondato si rivela il secondo motivo di appello, incentrato sull'individuazione dell'esatto momento temporale da cui far decorrere il periodo prescrizione per la richiesta di restituzione degli incentivi.

13.1. Malgrado le suggestive argomentazioni svolte dalla parte appellante, la soluzione esegetica cui è pervenuto il primo giudice si rivela oltremodo corretta. Alle sue considerazioni possono aggiungersi, altresì, le seguenti:

- per espressa previsione di legge, ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge (art. 2934, comma 1, c.c.);
- le uniche esenzioni previste concernono, ancora per espressa previsione legislativa, i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge (art. 2934, comma 2, c.c.);
- la natura pubblica della funzione riguardante la regolazione e la regolamentazione del mercato interno dell'energia e del suo sistema di incentivazione e dei relativi controlli non riveste alcuna rilevanza sotto l'anzidetto profilo (manca la specifica indicazione di legge) e non vale a mutare la natura del diritto (che resta pur sempre di credito e avente ad oggetto una prestazione patrimoniale);
- il principio dell'integralità della restituzione degli incentivi indebitamente erogati non è in contrasto con la disciplina legale sulla prescrizione, né alla stessa potrebbe derogare, in difetto di espressa previsione legislativa;
- le norme sulla prescrizione sono ex se inderogabili anche dalla volontà delle parti, fattispecie che, comunque, non ricorrerebbe nel caso de qua (art. 2936 c.c.);
- la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere (art. 2935 c.c.).

La portata univoca e inequivocabile degli approdi esegetici cui è pervenuta la giurisprudenza, da sempre fedele al dettato normativo, esime il Collegio dal soffermarsi sulla distinzione tra la possibilità legale di esercitare il diritto (la sola ad essere contemplata dalla norma) e la possibilità di mero fatto (tra cui rientra l'ignoranza del creditore, anche quando la stessa sia incolpevole). Con l'unica eccezione (che determina la sospensione del decorso prescrizione) del dolo del debitore (art. 2941, n. 8 del c.c.);

Nel caso di specie, come si evince agevolmente dagli atti di causa e dalle produzioni documentali allegate, non vi è dubbio che la società A. non ha tenuto alcuna condotta integrante gli estremi del mendacio, della falsa o non fedele ricostruzione o prospettazione dei fatti o anche della semplice reticenza. La stessa ha, infatti, operato sulla base dei titoli ad essa rilasciati (il titolo edilizio) o ad essa messi a disposizione (la concessione a derivare acqua, in virtù dell'aggiudicazione della gara). Lasciando in disparte, per il momento, il profilo concernente l'utilizzo del titolo in modo non conforme al contenuto della concessione (superamento del limite di portata d'acqua derivabile, che non incide sulla legittimità e sulla efficacia del titolo medesimo, ma solo sul piano

della rivisitazione dei canoni e dei sovracanonici da pagare), è solo in capo al GSE che va ravvisata la responsabilità per l'omesso (o ritardato) esercizio dei poteri di verifica ispettiva e di controllo, esperibili in via autonoma o, come detto sopra, anche previa interlocuzione con le altre amministrazioni pubbliche interessate.

A nulla giova al GSE, pertanto, addurre l'esistenza della competenza regionale in materia di controllo sulla portata d'acqua derivata.

I fatti (almeno per come sono stati rappresentati e non contestati in giudizio) hanno del resto dimostrato che il GSE ha iniziato a svolgere la propria funzione di controllo solo dopo essere stato notiziato di talune vicende da parte della Procura della Repubblica e della Regione Valle d'Aosta, ma mai -prima d'allora- su propria autonoma iniziativa, pur essendo per legge ciò consentito.

L'individuazione del termine del 10 febbraio 2006 operata dal primo giudice è, dunque, corretta.

13. L'utilità pratica dell'anzidetta soluzione è superata, tuttavia, dall'accoglimento dell'appello incidentale svolto dalla società A. avverso la sentenza, nella parte in cui ha ritenuto la salvezza della misura della decadenza dell'impianto dagli incentivi e del connesso diritto alla restituzione degli incentivi.

13.1. Prima di esaminare funditus la questione, va preliminarmente sgombrato il campo dal dubbio che l'accoglimento del mezzo dipenda dall'applicazione, alla fattispecie all'esame, dell'art. 1, comma 960, l. n. 205 del 2017, pure prospettata dall'appellante incidentale.

Sul punto la Sezione si è già pronunciata (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 maggio 2018, n. 2859, ma cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, n. 1130 del 2016; sez. V, n. 5868 del 2015) ritenendo, con ragionamento condiviso dal Collegio, che la norma in questione, stante il suo univoco tenore letterale, è applicabile *ratione temporis* solo in relazione a provvedimenti emanati dal Gestore successivamente alla sua entrata in vigore (1 gennaio 2018).

13.2. Quanto al resto dell'appello incidentale, invece, è documentale che il provvedimento impugnato ha, nella propria parte motiva, messo in risalto la violazione di due norme da parte della società A.:

a) la prima, concerneva la violazione rilevante di cui all'Allegato 1, lett. 1) del D.M. 31 gennaio 2014, legata alla "inefficacia del titolo autorizzativo per la costruzione ed esercizio dell'impianto"; b) la seconda, riguardava invece la violazione rilevante di cui all'art. 11, comma 3, del D.M. 31 gennaio 2014, legata al superamento "del limite di potenza nominale media e del limite di portata media derivabile previsti dal decreto di concessione".

13.3. Il chiaro disposto dell'art. 11 del detto decreto ministeriale non pone dubbi esegetici:

a) il primo comma (prima parte) riconosce al GSE il potere di disporre la decadenza dagli incentivi con l'integrale recupero delle somme già erogate qualora, in esito all'attività di controllo o di verifica documentale, accerta le violazioni rilevanti di cui all'allegato 1, al decreto medesimo;

b) il primo comma (seconda parte) riconosce al GSE, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'allegato 1, qualora vengano rilevate violazioni, elusioni o inadempimenti cui consegua l'indebito accesso agli incentivi, il potere di disporre comunque la decadenza dagli incentivi, nonché l'integrale recupero delle somme eventualmente già erogate;

c) il comma 3 riconosce invece al GSE, al di fuori delle fattispecie di cui al comma 1, qualora riscontri violazioni o inadempimenti che rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi ovvero dei premi, il potere di disporre le prescrizioni più opportune ovvero di rideterminare l'incentivo in base alle caratteristiche rilevate a seguito del controllo e alla normativa applicabile, recuperando le sole somme indebitamente erogate.

13.3. Da quanto detto finora, è certo che la violazione commessa dalla società A. non rientra (non potrebbe) nella previsione di cui al comma 1 dell'art. 11. La previsione contenuta nella prima parte del comma 1, infatti, postula la commissione di una o più delle condotte tipizzate nell'Allegato 1: ciò è escluso, avendo il Collegio confermato sul punto le statuizioni contenute nella sentenza di primo grado.

La previsione contenuta nella seconda parte del comma 1, invece, postula la commissione di una condotta che, sebbene non tipizzata, comunque di per sé realizza un indebito accesso agli incentivi. E nemmeno questo è il caso, essendo stata accertata la legittimità dei titoli ai fini dell'accesso al sistema incentivante.

Si versa, dunque, nell'ultima ipotesi, quella regolata dal comma 3: violazioni o inadempimenti che rilevano ai fini dell'esatta quantificazione degli incentivi. Il superamento della quantità d'acqua derivabile non preclude l'accesso al sistema incentivante, ma obbliga al ricalcolo degli incentivi dovuti o all'applicazione di una sanzione diversa e più mite.

La logica della previsione è infatti chiaramente ispirata - attesa la minore gravità della violazione - al contemperamento tra l'esigenza (pubblicistica) di sanzionare la violazione accertata e quella (privatistica) di fare ciò nei limiti in cui ciò sia necessario, utile e proporzionato rispetto all'obiettivo da perseguire. Al GSE, pertanto, vengono attribuiti poteri più elastici nell'individuazione della sanzione (disporre le prescrizioni più opportune) e di rideterminazione dell'incentivo.

Nessuna motivazione è stata spesa dal GSE, del resto, per spiegare le ragioni dell'applicazione della massima tra le sanzioni previste dalla legge (la decadenza con integrale restituzione, comma 1 dell'art. 11) alla fattispecie minima sanzionabile (comma 3 dell'art. 11), con evidente lesione della proporzionalità e dell'effetto utile, nonché quelle per le quali la violazione riscontrata avrebbe inciso in modo rilevante sul riconoscimento degli incentivi. Tale soluzione esegetica, pienamente rispondente ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, elide ogni dubbio di legittimità costituzionale della stessa.

14. In conclusione, l'appello principale va respinto mentre va accolto quello incidentale, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti adottabili dal GSE in ordine alla valutazione della proporzionalità e rilevanza della violazione rispetto alla sanzione comminabile e alla misura del recupero degli incentivi.

15. La complessità delle questioni trattate costituisce giusto motivo di integrale compensazione delle spese di lite del doppio grado.

16. Ai fini del pagamento del contributo unificato deve considerarsi soccombente il GSE.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto: rigetta l'appello principale; accoglie l'appello incidentale, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti del GSE nei limiti e per le ragioni spiegate in parte motiva; compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado; dichiara soccombente il G.S.E. ai fini del pagamento del contributo unificato. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Luca Lamberti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

Alessandro Verrico, Consigliere