

22 SETTEMBRE 2021

Fonti rinnovabili e compensazioni
ambientali, ultimo atto: la Consulta
«salva» la sanatoria del 2018. Spunti per
una ricostruzione (critica) del sistema

di **Alessandro Paire**

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Torino

Fonti rinnovabili e compensazioni ambientali, ultimo atto: la Consulta «salva» la sanatoria del 2018. Spunti per una ricostruzione (critica) del sistema*

di Alessandro Paire

Dottore di ricerca in Diritto pubblico
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: Lo scritto ritorna sul tema delle compensazioni ambientali meramente patrimoniali nel settore delle energie rinnovabili prendendo spunto dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 46, del 23 marzo 2021, chiamata a rendere il giudizio di legittimità costituzionale sulla c.d. sanatoria per le royalties energetiche a favore di enti pubblici eventualmente corrisposte dagli operatori economici in forza di accordi stipulati prima dell'entrata in vigore delle Linee Guida FEER del 2010, introdotta improvvisamente dal legislatore con la legge di bilancio per l'anno 2019 (l. 30 dicembre 2018, n. 145). La riflessione si sofferma sui diversi passaggi argomentativi puntualmente declinati nella decisione evidenziando in un'ottica sistematica la marginale attenzione riservata dal Giudice delle leggi alla questione della nullità (assoluta) per assenza di causa dei predetti accordi, questione a dire poco cruciale nella pregressa giurisprudenza e tutt'altro che secondaria anche in chiave eurounitaria. Ne emerge un quadro d'insieme certamente articolato e complesso oggi lentamente in via di definizione, anche grazie alle recenti precisazioni della Consulta.

Abstract [En]: Taking a cue from the recent Constitutional Court ruling, 23 March 2021, n. 46, called to face amnesty for energetic royalties in favor of Public Authorities, payed by economic operators under agreements which were signed before RES Guidelines adopted in 2010, the article looks again at the issue of the financial environmental compensation in the renewable energy sector. The analysis focuses on the various argumentative passages punctually declined in the decision, highlighting in a systematic perspective the marginal attention paid by the Constitutional Court to the issue of the (absolute) invalidity for lack of cause of the aforesaid agreements, an issue that is crucial in the case law. What emerges is an overall picture that is certainly articulated and complex, and which is now slowly being defined, also thanks to the recent clarifications of the «Consulta».

Parole chiave: energie rinnovabili; Linee guida FEER; compensazioni ambientali; accordi; sanatoria

Keywords: renewable energies; RES Guidelines; environmental compensations; agreements; amnesty

Sommario: 1. Premessa. 2. La decisione resa della Corte. Il «diritto alla stipulazione» degli accordi dei Comuni in un «sistema a doppio binario». 3. I nodi (apparentemente) irrisolti. In particolare: la questione della nullità (assoluta) per assenza di causa. 4. Le possibili (ed auspicabili) linee evolutive della giurisprudenza. Considerazione conclusive.

1. Premessa

Con la sentenza n. 46, del 23 marzo 2021, la Corte costituzionale, chiamata a giudicare la c.d. sanatoria per le *royalties* energetiche a favore di enti pubblici eventualmente corrisposte dagli operatori economici

* Articolo sottoposto a referaggio. Il riferimento è alla sentenza della Corte costituzionale del 23 marzo 2021, n. 46, consultabile in *Federalismi.it*, n. 18/2021

in forza di accordi stipulati prima dell'entrata in vigore delle Linee Guida FEER del 2010, introdotta improvvisamente – oltre che improvvidamente – dal legislatore con la legge di bilancio per l'anno 2019 (l. 30 dicembre 2018, n. 145), ha dichiarato in parte inammissibili ed in parte non fondate le questioni mosse dal Consiglio di Stato nell'ambito di quattro separati giudizi rispettivamente sollevati con ordinanze n. 56, del 27 dicembre 2019 e n. 57, 58 e 59 del 27 gennaio 2020 ¹.

La decisione, certamente articolata e complessa, offre lo spunto per tornare sul travagliato argomento posto sullo spartiacque tra diritto pubblico e diritto privato e che sino al dicembre 2018 sembrava essere ormai ampiamente smarcato alla luce dei solidi orientamenti giurisprudenziali fautori della nullità (assoluta) delle disposizioni convenzionali in tal senso orientate.

In allora, apertamente preoccupato di arginare effetti giurisdizionali dilaganti a seguito del ricorso massiccio alle Corti per la declaratoria di invalidità, il legislatore approvò una vera e propria sanatoria «a regime» per le *royalties* energetiche fondate su accordi pattizi ante 2010 ². In particolare venne previsto

¹ Circa la vicenda relativa alla rimessione in Corte costituzionale della l. 30 dicembre 2018, n. 145 (Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) sia consentito il rinvio ad A. PAIRE, *Fonti rinnovabili e compensazioni ambientali. La sanatoria del 2018 alla prova del giudizio di costituzionalità. Un esito (quasi) scontato?* in *Federalismi.it*, n. 14/2020.

² Cfr. il d.m. 10 settembre 2010 (Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili) il cui Allegato 2 (punti 14, 15 e 16.5) reca “*Criteri per l'eventuale fissazione di misure compensative*”. Per una prima analisi del quadro d'insieme, B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, 2009; N. RANGONE, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforme*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1490; S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. amb.*, n. 6/2011, p. 753; D. BOBBIO – M. CIRILLO, *Le fonti di energia rinnovabili*, in P. RANCI (a cura di), *Economia dell'energia*, Bologna, 2011, p. 167; L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, Milano, 2011; S. QUADRI, *Energia sostenibile: diritto internazionale, dell'Unione europea e interno*, Torino, 2012; ID., *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, III-IV, 2011, p. 839; B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria*, in G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, *Annuario di diritto dell'energia*, 2013, p. 100; G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di “governance”*, in G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, *cit.*, p. 281; A. CORTESE – F. GUELLA – G. POSTAL, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2013; M. COCCONI, *Poteri pubblici e mercato dell'energia (fonti rinnovabili e sostenibilità dell'ambiente)*, Milano, 2014; ID., *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Dir. econ.*, 2014, p. 131. Più in generale, E. PICOZZA – S. M. SAMBRI (a cura di), *Il diritto dell'energia*, Padova, 2015; A. MOLITERNI, *La regolazione delle fonti energetiche rinnovabili tra tutela dell'ambiente e libertà di iniziativa economica privata: la difficile semplificazione amministrativa*, in *Federalismi.it*, n. 18/2017. Circa le predette Linee Guida la dottrina è particolarmente nutrita. Si vedano, tra gli altri, L. CARBONE – R. VICARIO, *Autorizzazione alla costruzione di impianti elettrici da fonti rinnovabili e partecipazione dei privati contro interessati*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 10/2011, p. 1124, commento a Cons. St., sez. V, 25 luglio 2011, n. 4454; R. MORELLI, *Fonti energetiche rinnovabili e poteri delle Regioni. Considerazioni alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle linee guida statali*, in www.issirfa.it, 2011; L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni*, *cit.*, p. 14; C. VIVANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, p. 775; F. LETTERA, *Energie rinnovabili, procedimenti amministrativi e garanzie finanziarie*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 5/2011, p. 455; A. QUARANTA, *Le linee guida sulle energie “rinnovabili” e la mancanza di una programmazione energetica (parte prima)*, in *Ambiente e sviluppo*, 2011, p. 47; ID., *Le linee guida sulle energie “rinnovabili” e la mancanza di una programmazione energetica (parte seconda)*, *ivi*, 2011, 2, p. 141; N. DURANTE, *Il procedimento autorizzativo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili: complessità e spunti di riflessione, alla luce delle recenti linee guida nazionali*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, vol. II, parte III, p. 73; L. BITTO, *Le aree “non idonee” all'installazione di impianti a fonti rinnovabili sono aree vietate?*, in *Ambiente e sviluppo*, 2012, p. 343; A. MARZANATI, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, n. 5/2012, p. 499; G. DE VERGOTTINI, *Il governo delle*

che, ferma restando la natura giuridica di libera attività d'impresa dell'attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica, i proventi economici liberamente pattuiti dagli operatori del settore con gli enti locali sul cui territorio insistono gli impianti alimentati da fonti rinnovabili, sulla base di accordi sottoscritti prima del 10 settembre 2010 – data di entrata in vigore delle predette Linee Guida – “restano acquisiti nei bilanci degli enti locali, mantenendo tali accordi piena efficacia”. Per contro, dalla data di entrata in vigore della disposizione introdotta, ossia dal 1 gennaio 2019, sempre fatta salva la libertà negoziale delle parti, si dispose che detti accordi “sono rivisti alla luce delle predette linee guida (approvate con d.m.10 settembre 2010) e segnatamente dei criteri contenuti nell'allegato 2”, con un preciso onere procedimentale a carico delle parti³.

Trattavasi, dunque, di un vero e proprio scudo legislativo generalizzato ossia senza discriminare tra misure compensative meramente patrimoniali e non, previsto in soccorso degli enti locali già soccombenti in giudizio volto a sterilizzare gli effetti di un chiaro e preciso orientamento giurisprudenziale fautore della nullità delle *royalties* per contrarietà alle norme imperative di rango nazionale ed eurounitario⁴.

Secondo le ordinanze di rimessione della V sezione del Consiglio di Stato citate risultavano rilevanti e non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale della disposizione in relazione agli artt. 3, 24, 41, 111, e 117, comma 1, della Costituzione, nonché in relazione ai principi generali della materia della produzione energetica da fonti rinnovabili sanciti dagli artt. 6 della direttiva 2001/77/CE e 12 d.lgs. n. 387 del 2003, e agli obblighi internazionali, di cui agli artt. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e 2 del protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997.

Superato il vaglio pregiudiziale connesso al profilo della giurisdizione originato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulla scorta del rilevato “*pacífico giudicato implicito*” formatosi nei

energie rinnovabili tra stato e regioni, in G. NAPOLITANO – A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, cit., p. 23; G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di governance*, cit., p. 284; G. COZZOLINO, *Natura giuridica delle linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili e ispessimento del parametro del giudizio di costituzionalità*. (Note a margine della sentenza n. 11 del 2014 della Corte costituzionale), in *Amministrazione in cammino*, 25 maggio 2014, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; C. MARI, *Il ruolo del privato nei procedimenti per le energie rinnovabili: uno strumento per l'energia sostenibile?*, in *Federalismi.it*, n. 16/2019, cui si rinvia anche per i nutriti riferimenti dottrinali.

³ Si dispose, altresì, che “*gli importi già erogati o da erogarsi in favore degli enti locali concorrono alla formazione del reddito di impresa del titolare dell'impianto alimentato da fonti rinnovabili*”.

⁴ Tra le altre, il riferimento è, ovviamente, all'art. 12, comma 6, del d.lgs. n. 387 del 2003 e all'art. 1, comma 5, della l. n. 239 del 2004. Sull'avvento della AU, tra gli altri, A. CARBONE, *Autorizzazione Unica per la costruzione di impianti eolici e conferenza di servizi: sul valore procedimentale del dissenso qualificato*, in *Federalismi.it*, n. 22/2012. In proposito, è stato affermato che “*tale autorizzazione viene definita dallo stesso Legislatore come «unica» in quanto costituisce titolo necessario e sufficiente per la costruzione e l'esercizio degli impianti in conformità al progetto approvato. Abbiamo quindi un'autorizzazione unica che sostituisce tutti gli atti amministrativi: di permesso, di autorizzazione, di assenso, necessari alla costruzione ed esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili e opere connesse. L'autorizzazione unica sostituisce quindi, i vari atti amministrativi relativi alla programmazione e alla pianificazione territoriale, quelli inerenti alle procedure ablatorie, i permessi di costruire o gli altri atti amministrativi che sono ordinariamente necessari*” (Cfr. M. T. RIZZO, *Le fonti rinnovabili e l'autorizzazione unica*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5/2014, p. 1136).

distinti giudizi sulla cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ⁵, la Corte affronta diversamente la dedotta inammissibilità della questione per omessa e/o carente motivazione sulla rilevanza: “*pur essendo analoghe le censure di illegittimità costituzionale che il Consiglio di Stato muove nelle quattro ordinanze di rimessione, occorre distinguere in quanto i giudizi a quibus sono diversi, come mostra, se non altro, la circostanza che nei primi due (ordinanza n. 56 e 57 del 2020) appellanti sono gli operatori del settore eolico e resistente è il Comune, vittorioso in primo grado. All’opposto negli altri due giudizi (ordinanza n. 58 e 59 del 2020) appellante è il Comune e resistenti sono i produttori di energia eolica, vittoriosi in primo grado*”.

In sintesi, secondo la Corte, nei primi due giudizi la disposizione censurata sopravviene nel corso del giudizio di primo grado e quindi il TAR si diffonde in ordine alla ritenuta sussistenza dei presupposti di fatto per la sua applicabilità. All’esito di questa valutazione il Giudicante conclude per l’applicabilità di tale *ius superveniens* su cui fonda la pronuncia di rigetto dell’impugnativa di nullità della convenzione, non senza aver preliminarmente dichiarato, a seguito di eccezione proposta dalla difesa dei ricorrenti, la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale della norma sopravvenuta.

La stessa eccezione è stata riproposta in grado d’appello innanzi al Consiglio di Stato, il quale, invece, l’ha accolta, così sollevando le relative questioni di legittimità costituzionale: per la rilevanza di tali questioni, secondo la Consulta, è allora sufficiente la considerazione che fa il Consiglio di Stato secondo cui ad essere investita del dubbio di legittimità costituzionale è proprio la norma applicata dal TAR per pervenire alla pronuncia di rigetto del ricorso introduttivo del giudizio ⁶. Diversamente, negli altri due giudizi, la norma censurata è sopravvenuta non già in primo grado, ma nel corso del giudizio d’appello avverso pronunce del TAR, favorevoli agli operatori resistenti, entrambe precedenti l’entrata in vigore della disposizione, richiedendo un onere di motivazione quanto alla rilevanza della questione «rafforzato» per il Giudice rimettente ⁷.

⁵ Come noto, la Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 12 giugno 2015, n. 12177, in *Giustizia civile, Massimario*, 2015, ha ritenuto che appartenga alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto l’azione di nullità di una convenzione tra un operatore del settore dell’energia eolica e un Comune, concernente l’assegnazione di aree comunali per l’installazione di impianti eolici. Secondo la Consulta, “*in mancanza di impugnazione sul punto trova applicazione l’art. 9 del d.lgs. n. 104 del 2010, per cui non si può più porre in discussione la giurisdizione del giudice amministrativo quando si è formato il giudicato, anche implicito, sulla questione. Correttamente, pertanto, il Consiglio di Stato, in nessuna delle quattro ordinanze di rimessione prende in esame il profilo della giurisdizione*”. In generale, sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 3, p. 732 ss.; M. D’ORSOGNA, *Le questioni di giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, p.446.

⁶ Se la norma fosse dichiarata costituzionalmente illegittima, conclude sul punto la Corte, “*la pronuncia del TAR dovrebbe essere necessariamente, almeno sotto questo profilo, riformata. Tanto basta per ritenere motivata la rilevanza e assicurata l’ammissibilità delle questioni sollevate*”.

⁷ Il quale, sempre secondo la Consulta, “*avrebbe dovuto argomentare in ordine alla ritenuta applicabilità, nel caso di specie, dello ius superveniens, quanto sia alla riconducibilità della singola convenzione, oggetto dell’azione di nullità esercitata in giudizio, alla fattispecie dell’accordo «liberamente pattuito» dagli operatori del settore con gli enti locali, sia alla iscrizione dei relativi proventi, corrisposti o dovuti, nei bilanci del Comune resistente in primo grado. Invece il Consiglio di Stato nelle ordinanze iscritte ai numeri 58 e 59 del r.o. 2020, pur dando conto in narrativa della vicenda processuale di primo grado, alla quale però era stata estranea la disposizione censurata non ancora*

Circa la riconducibilità delle convenzioni oggetto di causa alla fattispecie sanante ossia allo spettro applicativo dell'art. 1, comma 953, della l. 30 dicembre 2018, n. 145, *nulla quaestio*: trattavasi, infatti, di misure di compensazione meramente patrimoniali avulse da qualsiasi rapporto di concessione di beni pubblici essendo installati gli impianti su suoli privati, mentre le aree delle quali il Comune aveva concesso la disponibilità, indicate in convenzione, comparivano solo alcune strade pubbliche, rimaste a servizio della collettività, sulle quali risultavano realizzati alcuni tratti del cavidotto interrato a servizio del parco eolico.

In un'ottica sistematica le argomentazioni sviluppate in sentenza evidenziano la marginale attenzione riservata dal Giudice delle leggi alla questione della nullità (assoluta) per assenza di causa dei predetti accordi, questione a dire poco cruciale nella pregressa giurisprudenza, sia di merito che di legittimità e tutt'altro che secondaria anche in chiave eurounitaria, essendo imperniato tutto il costruito logico sulla questione della nullità assoluta per violazione di norme imperative all'insegna di un principio di fondo di «tenuta dei bilanci dei Comuni» declinato proprio come motivo imperativo di interesse generale.

Nondimeno, la decisione – densa di preziose coordinate sistematiche – rappresenta indiscutibilmente una tappa fondamentale del percorso evolutivo della disciplina contribuendo a gettare nuova luce sul travagliato e magmatico tema delle compensazioni ambientali «territoriali» in ipotesi di impianti FEER. Attraverso i principi in essa delineati – e delineabili – sembra dunque finalmente possibile tracciare alcuni capisaldi certamente utili e preziosi agli operatori del settore in una stagione di intensa frenesia normativa come quella che il nostro ordinamento si sta accingendo a vivere in materia di transizione ecologica e non solo ⁸.

sopravvenuta, ha poi osservato, a fondamento della ritenuta rilevanza delle sollevate questioni incidentali di legittimità costituzionale, che tale disposizione era stata richiamata dall'amministrazione comunale nel suo atto di appello a sostegno della propria impugnazione per contrastare l'azione di nullità proposta dall'originaria ricorrente ed accolta in primo grado. Ma questa deduzione della parte appellante nell'atto di impugnazione non esonerava il Consiglio di Stato rimettente dal motivare in ordine alla ritenuta sussistenza, in concreto, dei presupposti che avrebbero reso applicabile nel giudizio d'appello tale norma, non conosciuta, né tanto meno applicata, dal TAR, perché sopravvenuta solo dopo la sentenza di primo grado. (...)

⁸ Il riferimento è, ovviamente, alle riforme legate alla c.d. ripartenza *post* COVID 19 incentrate sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Il Piano si inserisce all'interno del programma *Next Generation EU* (NGEU), il pacchetto da 750 miliardi di euro, costituito per circa la metà da sovvenzioni, concordato dall'Unione Europea in risposta alla crisi pandemica. Lo strumento si sviluppa intorno a tre assi strategici condivisi a livello europeo: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale articolandosi in sei missioni in linea con i 6 Pilastri del NGEU (digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura; rivoluzione verde e transizione ecologica; infrastrutture per una mobilità sostenibile; istruzione e ricerca; inclusione e coesione; salute) e 16 componenti. La Missione n. 2 dedicata alla «rivoluzione verde e transizione ecologica» prevede una M2C2 rubricata «Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile». A livello legislativo, si pensi ad esempio al Capo VI, Titolo I, della Parte II, del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, del c.d. decreto Semplificazioni *bis* (*Governance* del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure), rubricato «Accelerazione delle procedure per le fonti rinnovabili», che agli art. 30 ss. prevede disposizioni specifiche in materia di FER nell'ottica della transizione ecologica. In generale, circa il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), la letteratura è a dir poco esponentiale. Tra gli altri, per alcune considerazioni sistemiche generali, R. FERRARA, *Forum Next Generation EU, Intervento sul Documento AIPDA Next Generation EU*, 4 marzo 2021, in www.aipda.it; C. FRANCHINI, *La semplificazione dell'azione*

2. La decisione resa dalla Corte. Il «diritto alla stipulazione» degli accordi dei Comuni in un «sistema a doppio binario»

La Corte prende le mosse da una articolata ricostruzione della normativa di settore focalizzando la propria attenzione su tre disposizioni legislative principali, peraltro in passato tutte interessate da una vivace giurisprudenza costituzionale improntata al principio della massima diffusione delle energie rinnovabili⁹. Giova dunque delineare anzitutto il quadro sistematico posto le cui risultanze consentiranno di fondare e sviluppare alcuni ragionamenti a margine della recente decisione.

Richiamato l'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, vero e proprio fulcro della disciplina di settore volta ad individuare in chiave semplificativa le regole fondamentali per la concessione dell'autorizzazione unica per l'esercizio di impianti di produzione di energie rinnovabili, demandandone la specificazione alle linee guida del Ministro dello sviluppo economico¹⁰, l'attenzione del Giudice delle leggi si sposta sull'art. 1, comma 5, della l. 23 agosto 2004, n. 239 (Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia), laddove prevede che *“le regioni, gli enti pubblici territoriali e gli enti locali territorialmente interessati dalla localizzazione di nuove infrastrutture energetiche ovvero dal potenziamento o trasformazione di infrastrutture esistenti hanno diritto di stipulare accordi con i soggetti proponenti che individuino misure di compensazione e riequilibrio ambientale, coerenti con gli obiettivi generali di politica energetica nazionale”*. Invero, è proprio una siffatta disposizione ad assumere – nella sua declinazione costituzionalmente orientata a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 383 del 2005¹¹ – nell'economia complessiva del giudizio una portata a dir poco dirimente.

Come emerge dal Punto n. 23 della sentenza del 2005 espressamente richiamato dalla sentenza del 2021, la Regione Toscana ebbe in allora ad impugnare l'art. 1, comma 4, lett. f) della l. n. 239, del 2004, il quale, *“nel prevedere che Stato e Regioni assicurano l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, stabilisce che possano essere previste eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale, qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti ed infrastrutture ad elevato impatto territoriale, con esclusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”* determinava, secondo l'assunto della ricorrente, una lesione delle competenze regionali di cui agli artt. 117 e 118 Cost. in materia di governo del territorio, in quanto anche gli impianti alimentati da fonti rinnovabili

amministrativa. Un percorso a ostacoli, in G. VALDITARA (a cura di), *Per ricostruire liberiamo l'Italia. Semplificazioni, certezza del diritto, appalti: la sfida del Recovery Plan e le riforme necessarie*, Bolzano, 2021, p. 55 ss.

⁹ Tra le altre la sentenza richiama Corte cost. 22 ottobre 2020, n. 237; Id., 19 giugno 2019, n. 148; Id., 6 giugno 2018, n. 177; Id., 19 dicembre 2012 n. 275, tutte consultabili in www.cortecostituzionale.it.

¹⁰ Recentemente, per una panoramica generale sul tema delle energie rinnovabili, con particolare riferimento ai profili procedurali, M. CALABRO', *Energia, ambiente e semplificazione amministrativa (nota a TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 24 novembre 2020, n. 12464)*, in *Giustainsieme.it*, 24 marzo 2021.

¹¹ Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383, in *Giur. cost.* 2005, 5, 122 ss.

“potrebbero avere sul territorio una incidenza tale da giustificare la necessità di misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale”.

Come noto, la Consulta dichiarò l’illegittimità costituzionale dell’ultimo alinea volto ad escludere gli impianti FERR rinvenendo nella disposizione una *“imposizione al legislatore regionale di un divieto di prendere in considerazione una serie di differenziati impianti, infrastrutture ed attività per la produzione energetica, ai fini di valutare il loro impatto sull’ambiente e sul territorio regionale (che, in caso di loro concentrazione sul territorio, può anche essere considerevole) solo perché alimentati da fonti energetiche rinnovabili”*¹².

Dal ragionamento sviluppato in sentenza emergeva dunque un corollario tutt’altro che secondario, corollario – come si vedrà nello sviluppo del presente contributo – «marginalizzato» e «dequotato» nella ricostruzione logica del giudice costituzionale del 2021 relativo al rapporto causale tra misure (di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale) ed impatto degli impianti, delle infrastrutture e delle attività per la produzione energetica sull’ambiente e sul territorio¹³. Lo stesso utilizzo del legislatore del 2004 all’art. 1, comma 5, lett. f), dell’aggettivo «eventuale» siccome configurabili misure solo in presenza di determinate situazioni di compromissione ambientale deponeva, così come depone, oggettivamente e chiaramente in tal senso¹⁴.

Tale aspetto risulta un vero e proprio *fil rouge* della materia tanto è vero che il principio, come visto positivizzato nel 2004, troverà poi successivo suggello nell’ambito delle Linee Guida ministeriali del 2010 laddove all’Allegato 2 (punti 14, 15 e 16.5) rubricato *“Criteri per l’eventuale fissazione di misure compensative”* è stato chiaramente previsto un indefettibile rapporto diretto e/o causale – si potrebbe appunto dire – tra «misura» ed «impatto».

Un siffatto rapporto emerge plasticamente laddove si prevedono, fermo restando, anche ai sensi del punto 1.1 e del punto 13.4, che per l’attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili *“non è dovuto alcun corrispettivo monetario in favore dei Comuni”* e che *“l’autorizzazione unica può prevedere l’individuazione di misure compensative, a carattere non meramente patrimoniale, a favore degli stessi Comuni e da orientare su interventi di miglioramento ambientale correlati alla mitigazione degli impatti riconducibili al progetto, ad interventi di efficienza energetica, di diffusione di installazioni di impianti a fonti rinnovabili e di sensibilizzazione della cittadinanza sui predetti temi”*, criteri chiaramente volti ad evitare dannosi e perversi effetti automatici.

¹² Tale previsione, concluse la Corte, *“eccede il potere statale di determinare soltanto i principi fondamentali della materia, ai sensi del terzo comma dell’art. 117 Cost., determinando una irragionevole compressione della potestà regionale di apprezzamento dell’impatto che tali opere possono avere sul proprio territorio, in quanto individua puntualmente ed in modo analitico una categoria di fonti di energia rispetto alle quali sarebbe preclusa ogni valutazione da parte delle Regioni in sede di esercizio delle proprie competenze costituzionalmente garantite”*.

¹³ Si veda sul tema A. VERONESE, *Gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili tra misure di compensazione tipiche ed atipiche*, in *Riv. giur. ambiente*, I, 2011, p. 81 ss.

¹⁴ Recita la lettera f) cit.: *“f) l’adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale, con esclusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili; (...)”*.

Tra gli altri, tranciante, si pone il primo criterio secondo il quale – giova certamente ricordarlo in questa sede – “a) non dà luogo a misure compensative, in modo automatico, la semplice circostanza che venga realizzato un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere da ogni considerazione sulle sue caratteristiche e dimensioni e dal suo impatto sull’ambiente; (...)”. Ed ancora: secondo gli altri criteri posti dallo stesso articolo, “b) le «misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale» sono determinate in riferimento a «concentrazioni territoriali di attività, impianti ed infrastrutture ad elevato impatto territoriale», con specifico riguardo alle opere in questione; c) le misure compensative devono essere concrete e realistiche, cioè determinate tenendo conto delle specifiche caratteristiche dell’impianto e del suo specifico impatto ambientale e territoriale; d) secondo l’articolo 1, comma 4, lettera f) della legge n. 239 del 2004, le misure compensative sono solo «eventuali», e correlate alla circostanza che esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale; e) possono essere imposte misure compensative di carattere ambientale e territoriale e non meramente patrimoniali o economiche solo se ricorrono tutti i presupposti indicati nel citato articolo 1, comma 4, lettera f) della legge n. 239 del 2004; (...)”¹⁵. La necessità di procedere al riconoscimento di eventuali misure di compensazione ambientale *case by case* rifuggendo generali ed astratte semplificazioni è, così come è sempre stato, dunque evidente. La sentenza, dopo avere richiamato diffusamente le predette Linee Guida soffermandosi anche in un’ottica di gerarchia delle fonti sulla loro concreta natura di “atti di normazione secondaria, che costituiscono, in settori squisitamente tecnici, il completamento della normativa primaria aventi portata chiaramente vincolante”¹⁶, passa finalmente ad analizzare nel concreto le questioni di costituzionalità sollevate¹⁷.

Anzitutto, viene dichiarata non fondata la prima censura sollevata in riferimento all’art. 3 della Costituzione sotto il profilo del dedotto difetto di ragionevolezza mossa sull’assunto che “la disposizione censurata prevederebbe, per il passato, la sanatoria generalizzata di accordi contrari alle Linee guida del 2010”. Siffatta

¹⁵ Secondo la lettera della disposizione cit.: “f) l’adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale [con esclusione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili]; (parole dichiarate costituzionalmente illegittime da Corte Costituzionale, 14 ottobre 2005, n. 383)”. Prosegue lo stesso Allegato 2 cit. alle lettere successive: “f) le misure compensative sono definite in sede di conferenza di servizi, sentiti i Comuni interessati, anche sulla base di quanto stabilito da eventuali provvedimenti regionali e non possono unilateralmente essere fissate da un singolo Comune; g) nella definizione delle misure compensative si tiene conto dell’applicazione delle misure di mitigazione in concreto già previste, anche in sede di valutazione di impatto ambientale (qualora sia effettuata). A tal fine, con specifico riguardo agli impianti eolici, l’esecuzione delle misure di mitigazione di cui all’allegato 4, costituiscono, di per sé, azioni di parziale riequilibrio ambientale e territoriale; h) le eventuali misure di compensazione ambientale e territoriale definite nel rispetto dei criteri di cui alle lettere precedenti non possono comunque essere superiori al 3 per cento dei proventi, comprensivi degli incentivi vigenti, derivanti dalla valorizzazione dell’energia elettrica prodotta annualmente dall’impianto. 3. L’autorizzazione unica comprende indicazioni dettagliate sull’entità delle misure compensative e sulle modalità con cui il proponente provvede ad attuare le misure compensative, pena la decadenza dell’autorizzazione unica”.

¹⁶ Sul punto, per tutti, cfr. L. CUOCOLO, *Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente*, cit., 27 ss.

¹⁷ In tale occasione sono richiamate le sentenze 20 aprile 2012, n. 99; 5 aprile 2018, n. 69 e 10 giugno 2020, n. 106, tutte consultabili in www.cortecostituzionale.it.

censura, per espressa dichiarazione della Corte, risulta quella di maggiore pregnanza idonea a condizionare, a cascata, anche l'esame delle altre.

Orbene, in proposito il ragionamento del Giudice delle leggi se *prima facie* appare semplice e lineare fondato su un'asettica applicazione della normativa di rango primario antecedente alle Linee Guida ministeriali del 2010 ossia, oltre all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, la già più volte menzionata l. 239 del 2004, (art. 1, comma 4, lett. f) e art. 1, comma 5), che configurava – secondo la Consulta – *ratione temporis* sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo un vero e proprio «diritto» degli enti locali territorialmente interessati dalla localizzazione di infrastrutture – e, quindi, anche dei Comuni – alla stipula di accordi con gli operatori economici privati aventi ad oggetto misure di compensazione e riequilibrio ambientale, all'esito di una più meditata e ponderata riflessione sembra sollevare non pochi interrogativi di ordine sistematico.

Ciò non tanto in quanto l'inciso che estende il predetto «diritto» di stipula agli enti pubblici interessati dalla localizzazione dell'impianto prima riconosciuto solo in favore delle Regioni risulta introdotto dal legislatore nel 2014¹⁸ con tutto ciò che ne consegue in ordine allo spettro applicativo di una tale disposizione sotto il profilo temporale per gli *“accordi bilaterali sottoscritti prima del 3 ottobre 2010, data di entrata in vigore delle linee guida nazionali in materia”* oggetto della sanatoria del 2018¹⁹, quanto piuttosto in ragione del fatto che tale «diritto» risulta configurabile solo ed esclusivamente alla presenza di determinate condizioni.

Menzionando la nutrita giurisprudenza amministrativa volta a stigmatizzare in quel dato contesto normativo (ante 2010) la previsione unilaterale di misure compensative da parte di Comuni, la Consulta elabora un ragionamento articolato su un duplice piano: *“quello dell'autorizzazione che non tollerava la previsione di misure compensative; quello degli accordi tra operatori ed enti pubblici territoriali che invece tali misure compensative potevano prevedere”*. Se con riferimento al primo piano, nulla sembra doversi osservare essendo la questione ampiamente arata dalla stessa giurisprudenza di legittimità, oltre che di merito, è il secondo a richiedere

¹⁸ Comma modificato dall'[articolo 8, comma 1-quater, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112](#), convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'[articolo 38, comma 10, del d.l. 12 settembre 2014, n. 133](#), convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, *“1-quater. All'articolo 1, comma 5, della l. 23 agosto 2004, n. 239, e successive modificazioni, dopo le parole: “Le regioni” sono inserite le seguenti: “gli enti pubblici territoriali”*.

¹⁹ Sul punto giova richiamare A. VERONESE, *Gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili tra misure di compensazione tipiche ed atipiche*, cit., p. 84, il quale, proprio con riferimento alla portata della norma in parola prima della novella «estensiva» del 2014, osservava assai plasticamente: *“siffatte misure compensative atipiche, introdotte con provvedimenti comunali o in convenzioni stipulate tra Comune e titolare dell'impianto, appaiono viziate sotto il profilo del difetto assoluto di attribuzione, attesa l'incompetenza assoluta del Comune in tal senso, posto che l'art. 1, comma 4, della legge 239/2004 riserva ogni potere circa l'introduzione di misure compensative (per il vero, tipiche) in capo a Stato o Regioni. Con ogni conseguenza in termini di nullità, da un lato (ai sensi dell'art. 21-septies della legge 241/1990 e s.m.i.), del provvedimento amministrativo, che dovesse obbligare ad atipiche compensazioni ambientali, dall'altro (ai sensi dell'art. 1418 c.c.), della clausola della convenzione, che dovesse contemplare una qualsivoglia forma di canone, del pari ammantata da misura compensativa atipica”*.

alcune minime riflessioni di approfondimento utili a (tentare di) illustrare il pensiero di fondo che qui si intende offrire ²⁰.

Che le più volte menzionate Linee Giuda abbiano segnato un netto cambiamento nell'evoluzione della disciplina di settore nella misura in cui pongono più in dettaglio la regolamentazione degli strumenti di compensazione, prevedendo criteri marcatamente limitativi per la loro fissazione, è certamente vero. Altrettanto vero è che esse costituiscono una discontinuità rispetto al passato, tracciando uno spartiacque temporale tra il «prima» e il «dopo» fissato al 3 ottobre 2010, data di entrata in vigore delle Linee medesime.

Quanto al *dopo*, è stata positivizzata la possibilità di prevedere solo ed esclusivamente in sede abilitativa misure compensative, a carattere non meramente patrimoniale, a favore degli stessi Comuni (solo «sentiti») con una soglia massima comunque fissata *ex lege* nel 3% dei proventi laddove *prima* risultavano possibili accordi diretti tra Comune (o, più in generale, ente locale) e l'operatore economico aventi ad oggetto misure compensative esclusivamente monetarie, ossia anche solo per equivalente, astrattamente senza limite alcuno di valore. Di qui, secondo la lettura della Corte, la necessità di un meccanismo di «riallineamento» normativo volto a superare lo squilibrio generato tra i diversi operatori economici del settore in funzione del concreto momento storico di rilascio delle autorizzazioni e della sottoscrizione delle relative convenzioni, meccanismo non previsto dalla normativa regolamentare del 2010 e, nonostante la delega legislativa al MISE di cui all'art. 34, comma 16, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 ²¹, introdotta nell'ordinamento solo dalla legge finanziaria dall'art. 1, comma 953, della l. 30 dicembre 2018, n. 145.

A dir poco *tranchant* si pone la valutazione del Giudice delle leggi secondo il quale “*nel loro insieme queste misure (obbligo di revisione dei “vecchi” accordi pro futuro, mantenimento della loro efficacia per il passato, deducibilità fiscale dei proventi corrisposti come costi del reddito d’impresa) convergono verso l’obiettivo, perseguito dal legislatore, a un tempo di garantire la concorrenza, riallineando le condizioni degli operatori del settore, quanto all’onere delle misure compensative e di riequilibrio ambientale, e altresì di promuovere la tutela dell’ambiente e del paesaggio con misure compensative specifiche e non già (solo) per equivalente*” assicurando la ragionevolezza complessiva della norma che si risolverebbe in un “*chiarimento interpretativo in chiave confermativa di una disciplina diacronicamente differenziata*” privo di alcuna portata sanante di presunti profili di invalidità sopravvenuta.

²⁰ Il Giudice richiama due precedenti ossia Corte cost., 26 marzo 2010 n. 119 e 1 aprile 2010, n. 124 del 2010, entrambi consultabili in www.giurcost.org.

²¹ Cfr. d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, in l. 17 dicembre 2012, n. 221 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, c.d. decreto Sviluppo *bis*) laddove si prevede che “16. *Gli accordi di cui all’articolo 1, comma 5, della legge 23 agosto 2004, n. 239, sono stipulati nei modi stabiliti con decreto del Ministero dello sviluppo economico, di concerto con il Ministero dell’economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*”.

Sulla medesima scia argomentativa la Corte, dopo avere dichiarato non fondata la questione sollevata dal Consiglio di Stato con riferimento all'art. 3 della Costituzione, «liquida» le altre questioni che vedono un filo conduttore comune nella assunta sanatoria di un vizio di nullità assoluta degli accordi recanti misure compensative, sanatoria asseritamente recata dalla disposizione censurata la quale invece, *“prevedendo che detti accordi mantengono «piena efficacia», è solo confermativa – come sopra esposto – della non applicazione retroattiva delle prescrizioni delle Linee guida del 2010, quanto a tali misure, a tutti gli accordi stipulati prima del 3 ottobre 2010, data di entrata in vigore di queste ultime”*. Non ricorre dunque una violazione del diritto di azione in giudizio sancito dall'art. 24 Costituzione così come non ricorre una violazione dei principi della separazione dei poteri (in riferimento agli artt. 3, 97, 101, 102 e 113 Cost.) e del giusto processo, sancito dagli artt. 111 e 117, primo comma, Costituzione, quest'ultimo anche in relazione all'art. 6 CEDU. Nel caso della l. 145/2018, più che una applicazione retroattiva della disciplina del 2010 con il mantenimento dell'efficacia dei vecchi accordi tra operatori e Comuni, si verificherebbe un (mero) effetto retroattivo di interpretazione autentica peraltro congruamente giustificato *“nella finalità di tutelare il mercato e l'ambiente, preservando anche la tenuta dei bilanci dei Comuni, obiettivi questi che ben possono qualificarsi come «motivi imperativi d'interesse generale»”*²².

Sono così fugati, uno ad uno, tutti i dubbi di legittimità costituzionale sollevati da Palazzo Spada all'insegna di un generale scrutinio positivo di ragionevolezza della disposizione introdotta nel 2018.

²² Del resto, osserva il Giudice delle leggi, *“questa Corte, a differenza di quella di Strasburgo, è chiamata a svolgere una valutazione «sistemica e non frazionata» dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 170 e n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012)”*. Non sono fondate, infine, la questione declinata intorno all'art. 41 stante la limitazione della norma censurata alle convenzioni stipulate «liberamente» tra le parti, quella relativa all'art. 117, primo comma, in relazione all'art. 1 Protocollo addizionale CEDU, stante l'assenza di un diritto di proprietà fondato, come richiesto dalla stessa Corte di Strasburgo, su una solida base normativa, ovvero quella che investe l'art. 1, comma 953, della legge n. 145 del 2018, rispetto all'art. 117, primo comma, Costituzione, *“in relazione agli obblighi assunti sul piano internazionale ed europeo (ed in particolare agli artt. 6 della direttiva 2001/77/CE e 2 del Protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997 sui cambiamenti climatici), anche sotto il distinto profilo del contrasto con il preminente principio di massima diffusione delle energie rinnovabili, più volte richiamato nella giurisprudenza costituzionale (ex multis, sentenze n. 237 del 2020, n. 148 del 2019, n. 177 del 2018, n. 275 del 2012 e n. 282 del 2009)”*. Ciò in quanto i Comuni – pur partecipando alla conferenza di servizi – non hanno alcuna competenza in ordine al rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di impianti di produzione di energia rinnovabile, demandata dall'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 alla Regione (ovvero alla Provincia delegata), sicché il regime delle convenzioni in esame, frutto di un libero accordo tra le parti, *“non può incidere negativamente sulla massima diffusione delle energie da fonti rinnovabili, in quanto è esterno al procedimento di autorizzazione”*. Da tale non fondatezza della questione, conclude la Corte, *“discende anche l'assenza di un dubbio interpretativo, circa la compatibilità, sotto i profili indicati, della norma censurata con il diritto dell'Unione europea, talché non può accogliersi la sollecitazione della parte a disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia”*.

3. I nodi (apparentemente) irrisolti. In particolare: la questione della nullità (assoluta) per assenza di causa

La sentenza della Consulta giunge in soccorso alla «sanatoria» legislativa rimessa al vaglio di costituzionalità da un Giudice amministrativo da sempre attento e sensibile al tema della liceità e della legittimità delle *royalties* energetiche «territoriali» di natura pattizia. Del ragionamento sviluppato dal Giudice si è già ampiamente detto poc'anzi; quello che non si è ancora detto è che se da un lato la Corte ha fermamente valorizzato il «doppio binario» rinvenibile nel sistema sottolineando la natura non retroattiva delle Linee Guida MISE, da un altro lato ha precisato che “*sul piano sostanziale della disciplina dell'atto negoziale, ogni altra ragione di inefficacia delle convenzioni, che in ipotesi derivi da nullità assoluta, è fuori dall'ambito applicativo della norma censurata*”. La precisazione è tutt'altro che di poco conto assumendo invero una rilevanza sistematica cruciale, soprattutto in un'ottica di possibile evoluzione della giurisprudenza all'indomani del deposito della decisione di costituzionalità che qui occupa. Cercando di tirare le fila del discorso ossia di «leggere» la sanatoria del 2018 alla luce della sentenza della Corte in maniera più meditata possibile sforzandosi dunque di superare epidermiche e frettolose conclusioni, sembrerebbe potersi affermare che un conto sia la questione della nullità delle *royalties* (leggasi: delle clausole delle convenzioni relative ad oneri meramente patrimoniali) per contrarietà a norme imperative non riconducibili temporalmente allo spettro applicativo della Linee Guida MISE quanto piuttosto alla normativa *ratione temporis* vigente prima dell'ottobre 2010 e che, un altro conto, sia la questione di nullità delle stesse *royalties* fondata su un profilo più prettamente civilistico ossia sull'eccezione di nullità (assoluta) per assenza di causa *ex art.* 1418 del c.c. configurata – come ormai noto – per la prima volta dal Giudice delle acque in una lucidissima e raffinata sentenza del 2013²³, poi integralmente confermata in secondo grado dal TSAP fondata sull'assenza in radice, più che sull'alterazione, del rapporto sinallagmatico solitamente oggetto dei patti stipulati²⁴.

²³ Cfr. TRAP Torino, sentenza 30 ottobre 2013, n. 2120, in www.acquaenergiadiritto.com.

²⁴ Il tema della causa contrattuale, stante la sua vastità e complessità teorica, non può in questa sede che essere accennato. Ricorda M. LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in *Jus civile*, n. 9/2016, che “*la funzione che il legislatore del Codice Civile attribuisce al requisito essenziale della causa nella disciplina degli atti di autonomia privata è da sempre oggetto di un vivace dibattito che storicamente è stato dominato dalla contrapposizione tra orientamenti rivolti a ricostruire il significato della causa negoziale in termini marcatamente soggettivi, identificandolo nel motivo ultimo e tipico che induce il soggetto a contrarre, ed orientamenti tesi invece ad evidenziare la strumentalità di tale requisito ad un controllo di tipo oggettivo sulla legittimità giuridica degli atti di volontà negoziale*”. Per tutti, R. SACCO, *Il contratto*, Torino, 1975, p. 574 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 369 ss. La giurisprudenza e la dottrina osservano come dalla assenza di causa occorra tenere distinta la diversa fattispecie della sproporzione tra le prestazioni, in quanto manifestazione di un difetto di giustificazione del sacrificio sostenuto da una parte contrattuale nei confronti dell'altra. Secondo alcuni orientamenti anche la sproporzione rivelerebbe una patologia della causa del contratto e andrebbe di conseguenza sanzionata con la dichiarazione di nullità. Cfr. R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, p. 309 ss.; ID., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali: corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 224 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 14 ss. Come osservato da M. LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, cit., “*tale opinione sembra trovare conforto, per un verso, nella diffusa rappresentazione della causa quale causa in concreto ovvero sintesi degli effetti reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (cfr. C.M. BLANCA, Diritto Civile – Il contratto, III, Giuffrè, 2000,*

Tutto il fuoco della censura esaminata dalla Corte ha come filo conduttore comune quello della “*assunta sanatoria di un vizio di nullità assoluta degli accordi recanti misure compensative, sanatoria asseritamente recata dalla disposizione censurata*” emanata dal legislatore per tentare di paralizzare le dilaganti azioni ed eccezioni di nullità spiegate sempre con maggior frequenza dagli operatori economici intorno al *corpus* normativo speciale che vede nelle Linee Guida del 2010 il proprio nocciolo duro. Trattasi, come accennato, del così detto profilo pubblicistico della materia, ossia degli effetti che su tali regolamentazioni pattizie determinano o potrebbero aver determinato le disposizioni sulle energie rinnovabili emanate a partire dal d.lgs. 387/2003 sino alle Linee Guida del 2010, passando per le altre fonti di evidente provenienza eurounitaria.

Sul tema la Corte è chiarissima bollando come «non fondate» le diverse questioni sollevate. Ma ciò detto, il tema della presunta nullità delle Convenzioni ante 2010 recanti *royalties* meramente patrimoniali non sembra affatto esaurito e/o esaurirsi implicando invece diversi ed ulteriori aspetti appena lambiti dalla Consulta la quale, al Punto 18 – allorché tratta la questione della violazione del diritto di azione sancito dall’art. 24 Costituzione – ha cura di tracciare la precisa azione di regolamento di confini poc’anzi

*p. 452 ss. e, in giurisprudenza, Cass. 8 maggio 2006, n. 10890; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941). E sembra confermato, per altro verso, dal crescente rilievo normativo riconosciuto al dato dello squilibrio tra prestazioni contrattuali nell’ambito della più recente evoluzione del diritto dei contratti statutale e non statutale”. Quanto all’orientamento incline a ricavare dal rapporto squilibrato tra prestazione e controprestazione la nullità del contratto per mancanza di causa, si veda ancora L. FALTONI, *L’assenza della tendenziale equivalenza delle prestazioni come mancanza della causa contrattuale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 787 ss.; M. RIZZUTI, *Nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. It.*, 2011, p. 1544. Escludono invece che la sproporzione tra le prestazioni dedotte in contratto rilevi ai fini dell’accertamento della sua validità, tra i tanti A. DI MAJO, *Voce La causa negoziale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, p. 8; R. SACCO, *Il contratto, cit.*, p. 788; M. BARCELLONA, *Della causa – Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 392 ss. Infine, sulla nullità del contratto, con particolare riferimento per un verso, al fenomeno del collegamento negoziale e, per altro verso, alle diverse tecniche che l’ordinamento mette direttamente o indirettamente a disposizione dei privati per modellare alle proprie specifiche esigenze le utilità rispettivamente ricavabili dall’operazione di scambio dedotta in contratto, R. SACCO, *op. cit.*, p. 583 ss.; G.B. FERRI, *Voce Il negozio giuridico*, in *Digesto delle Disc. Priv.*, Torino, 1995, p. 78; A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, in *I contratti in generale*, IV, Torino, 2000, p. 31 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2002, p. 106; U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 241 ss.; G.B. FERRI, *L’«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2002, p. 897 ss.; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. Dir. Comm.*, I, 2003, p. 989 ss.; G. SICCHIERO, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2044 ss. Osserva la giurisprudenza di Cassazione in senso piuttosto tranciante che “secondo quanto prevede l’art. 1418 comma 2 c.c., il contratto è nullo quando manchi di alcuno dei requisiti prescritti dall’art. 1325 c.c., inclusa la causa. Ammesso che possa ipotizzarsi un contratto privo di causa, piuttosto che avente una causa diversa da quella apparente (Cass., sez. 3^a, 7 luglio 2003, n. 10684, m. 564869, Cass., sez. 3^a, 4 novembre 2005, n. 21389, m. 585356, Cass., sez. 3^a, 7 giugno 2006, n. 13349, m. 590714), come ad esempio nel negotium mixtum cum donatione (Cass., sez. 2^a, 3 novembre 2009, n. 23297, m. 610125, Cass., sez. 2^a, 17 novembre 2010, n. 23215, m. 615548), la giurisprudenza e la dottrina prevalenti escludono che lo squilibrio originario delle prestazioni possa invalidare per carenza della causa i contratti di scambio. Nei rari precedenti nei quali si è attribuito rilevanza allo squilibrio originario delle prestazioni, si trattava piuttosto di impossibilità giuridica di una delle prestazioni oggetto del preteso scambio: come quando una delle parti si obblighi ad una prestazione senza che, in cambio, le venga attribuito nulla di più di quanto già le spetti per legge (Cass., sez. 2^a, 27 luglio 1987, n. 6492, m. 454764) o in ragione di altro vincolo contrattuale (Cass., sez. 3^a, 8 maggio 2006, n. 10490, m. 592154). Secondo la giurisprudenza più recente, in realtà, lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell’autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, le parti sono i migliori giudici dei loro interessi” (cfr. Cass. Civ., sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567, in *Rivista del Notariato*, 2016, 5, II, 902.*

richiamata lasciando, sul piano sostanziale della disciplina dell'atto negoziale, il campo aperto e libero ad “ogni altra ragione di inefficacia delle convenzioni che in ipotesi derivi da nullità assoluta”.

Su tale aspetto giova dunque focalizzare l'attenzione, anche in una prospettiva evolutiva giurisprudenziale, oltre che legislativa.

Il tema del regime normativo applicabile alle FEER prima dell'avvento delle Linee guida ministeriali del 2010 è stato in passato al centro di un vivace dibattito costituzionale soprattutto con riferimento all'esercizio delle potestà legislative regionale in assenza di una disciplina di rango nazionale²⁵. Anche in tale quadro che la legittima applicazione di una misura di compensazione ambientale e territoriale non potesse prescindere dall'esistenza di concentrazioni di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale appariva logico alla luce di un semplice ragionamento «semantico» giacché solo un ambiente inciso richiede di essere compensato e mitigato. Diversamente, verrebbe meno in radice, il significato stesso della locuzione «compensazione ambientale».

Nella sentenza del giudice delle acque del 2013 poc'anzi richiamata, sentenza peraltro raramente citata dalla giurisprudenza amministrativa, il TRAP, chiamato a pronunciarsi circa la nullità di una condizione inserita in una convenzione stipulata nel campo idroelettrico portante canoni energetici a favore del Comune sede dell'impianto quando le Linee Guida MISE erano ampiamente ancora di là da venire, ha avuto modo di svolgere per primo alcuni ragionamenti di una chiarezza davvero illuminante²⁶.

In tale occasione, in modo a dir poco *tranchant*, il giudice delle acque ha affermato che in ipotesi di impianti di energia rinnovabile il riconoscimento a favore di un Comune di canoni convenzionali, “*si risolve in una sorta di royalty, priva di qualsiasi sinallagma e, quindi, di causa giustificatrice*” con conseguenziale nullità delle disposizioni pattizie eventualmente intercorse tra la pubblica amministrazione ed il privato operatore economico²⁷. Previo accertamento e dichiarazione della “*mancaza originaria di una causa che rendesse meritevole di tutela una simile pattuizione*”, il TRAP ha statuito la nullità parziale della convenzione ai sensi

²⁵ V. tra gli altri, F. DI DIO, *Eolico e Regioni: illegittime normative e procedure regionali in assenza di linee guida statali sulla localizzazione degli impianti da fonti rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, p. 926; C. BUZZACCHI, *La materia energia nella giurisprudenza costituzionale*, in ID., *Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze*, Milano, 2010, p. 1; F. DI DIO, *Il “paradosso fotovoltaico” dopo la Consulta: criteri di bilanciamento tra impatto paesaggistico ambientale e sviluppo delle energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 774; L. NANNIPIERI, *Regioni ed energia rinnovabile: sono (ancora una volta) dichiarate incostituzionali norme regionali che pongono limitazione alla localizzazione di impianti da fonti rinnovabili, dettate in assenza di linee guida statali*, in *www.rivistaaic.it*, n. 1/2010.

²⁶ Se all'atto della stipulazione l'imprenditore idroelettrico si rendeva disponibile a riconoscere al Comune un (ingente) canone energetico calcolato in percentuale sui valori di produzione annui dell'impianto al fine di ottenere da questo una fattiva e leale collaborazione in sede autorizzativa, dopo alcuni anni di convenzione a regime eccezionale la nullità della stessa nella parte in cui prevedeva oneri pecuniari con conseguenziale formulazione di un'istanza di ripetizione di quanto sino ad allora corrisposto. La vicenda intercetta invero diverse questioni ulteriori sollevate dalle parti in giudizio quali la rinuncia del Comune «concorrente» alla realizzazione diretta dell'impianto con conseguente pretesa indennitaria ovvero la disponibilità dei terreni interessati dalla costruzione dell'impianto di proprietà comunale peraltro parzialmente gravati di uso civico. Per un commento più approfondito sia consentito rinviare ad A. PAIRE, *Contributo allo studio degli usi civici. Profili di diritto pubblico (tra procedimento amministrativo, ambiente, paesaggio e governo del territorio)*, Napoli, 2020, p. 456 ss.

²⁷ TRAP Torino, sentenza 30 ottobre 2013, n. 2120, *cit.*

dell'art. 1419 del c.c. nella parte in cui ha pattuito *“la corresponsione di un canone annuo a favore del Comune (...) in percentuale sui ricavi dell'attività”*, essendo l'obbligo di corrispondere a favore dell'ente pubblico una compensazione monetizzata *“assimilabile ad una royalty”*.

La sentenza è stata integralmente confermata dal TSAP in sede di appello laddove ha espressamente statuito che *“è corretto il rilievo dei primi giudici in ordine al radicale difetto di una causa giustificatrice di quella specifica clausola che fonda in capo al Comune il contestato diritto ad un'attribuzione patrimoniale, nella quale si risolvono i canoni convenzionali per cui è causa”*²⁸. Trattasi, secondo l'arresto in parola, di prestazioni patrimoniali, diverse da quelle sole oggi ammesse in tema di riequilibrio ambientale, in grado di ledere la libertà di impresa di produzione di energia elettrica e quindi la normativa anche di rango comunitario (o eurounitario) in materia sicché *“la pattuizione intercorsa tra le parti si risolve in una sorta di royalty, priva di qualsiasi sinallagma e, quindi, di causa giustificatrice: con la conseguenza che del tutto corretta è la quantificazione di nullità (totale, se riferita alla sola clausola; parziale, se riferita all'intera convenzione, visto che la clausola nulla vitatur sed non vitiat) cui giungono i primi giudici”*.

Colpisce nel ragionamento sviluppato dal TSAP la sensibilità del giudice specializzato per il profilo non solo squisitamente pubblicistico della questione, caratteristica tipica della Corte chiamata dal decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, a conoscere delle questioni comunque afferenti alle acque²⁹. Invero, nel predetto ragionamento, non è tanto la normativa (nazionale o eurounitaria) relativa alle FEER ad essere valorizzata quanto piuttosto la dimensione civilistica del fenomeno rappresentata dall'assenza di qualsiasi sinallagma e, quindi, di causa giustificatrice con consequenziale nullità delle disposizioni pattizie³⁰.

Nel solco della decisione del Supremo giudice delle acque è peraltro rinvenibile un orientamento della magistratura amministrativa di primo grado – sostanzialmente dello stesso avviso – chiamata ad esprimersi su convenzioni relative ad impianti eolici, fotovoltaici, a biomasse, etc. Con il tempo si è andata infatti consolidata la tesi che la compartecipazione pubblica dei Comuni – disposta come detto al di fuori di ogni causa economica – ai proventi della libera attività imprenditoriale intrapresa dagli operatori

²⁸ TSAP, 2 febbraio 2016, n. 23, conferma TRAP Torino, 30 ottobre 2013, n. 2120, in www.acquaenergiadiritto.com.

²⁹ Circa la tipicità del plesso TRAP-TSAP sia consentito il rinvio ad A. PAIRE, *Appunti sul rapporto tra diritto e tecnica: il caso della giurisdizione sulle acque a cento anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo luogotenenziale 20 novembre 1916, n. 1664, istitutivo del Tribunale delle Acque Pubbliche. Un “modello” (forse) da riscoprire?*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, II, p. 547.

³⁰ Nel corso del giudizio l'operatore economico ricorrente avverso le pretese del Comune aveva eccepito diverse questioni in ordine alla nullità della convenzione tra cui anche la tesi della violazione dell'art. 2265 c.c. sul c.d. «patto leonino» in forza del quale viene prevista l'esclusione totale del socio dalla partecipazione al rischio d'impresa o dagli utili ovvero da entrambi. Ovviamente, nel caso di specie, l'operatore lamentava il fatto che il Comune partecipava solo agli utili senza alcun rischio d'impresa. Ancora una volta, per la lucidità con la quale si distingue la specifica funzione normativa della causa da quella degli istituti, primo tra tutti la rescissione, che reagiscono ad alcune ipotesi di alterazione delle condizioni in cui si manifesta il potere di autodeterminazione di una delle parti contrattuali, cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 400 ss.

economici risulta fondata su presunte rivendicazioni comunali di un'egemonia sulle risorse del territorio in realtà sprovvista di qualsivoglia fondamento giuridico³¹.

Tralasciando quanto poi statuiranno le Linee Guida ministeriali, come ricordato dalla stessa Consulta, la normativa preesistente siccome interpretata dalla giurisprudenza costituzionale e non, è sempre stata da intendersi improntata all'insegna di un semplice ma rigoroso rapporto causale tra misure (di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale) ed impatto degli impianti, delle infrastrutture e delle attività per la produzione energetica sull'ambiente e sul territorio. Premesso che l'art. 1, comma 5, della l. n. 239 del 2004, nel riconoscere agli enti locali, tra cui i Comuni, la possibilità di stipulare accordi con i soggetti proponenti l'installazione sul proprio territorio di impianti di produzione di fonte elettrica (anche rinnovabile), prevedeva la possibilità di convenire pattiziamente misure di compensazione e di riequilibrio ambientale *tout court*, senza precisarne il contenuto generando inevitabili incertezze interpretative legate all'interrogativo se i predetti accordi dovessero contemplare solo misure di compensazione di carattere specifico, ossia interventi positivi sull'ambiente volti a bilanciare i pregiudizi sullo stesso (e talvolta sul paesaggio), derivanti dalla messa in esercizio dei predetti impianti, ovvero potessero prevedere anche misure di carattere meramente patrimoniale, cioè volte a compensare tali pregiudizi per equivalente, meno incertezza sussisteva in ordine alla necessità di individuare una voce di danno appunto da «compensare» e «mitigare».

Talvolta, l'assenza di ogni rapporto sinallagmatico non solo era oltremodo evidente, ma anche incisivamente confermata dal confronto tra gli impegni assunti dagli operatori economici – notevolmente gravosi ed onerosi – e gli impegni assunti dai Comuni – riconducibili sostanzialmente ed impropriamente ad un “*sostegno politico ed amministrativo*” nelle fasi di avvio e di esercizio dell'impianto. Invero, sul punto la casistica è davvero nutrita e originale spaziando da impegni a collaborare con gli altri enti alla positiva

³¹ Per alcuni riferimenti al complesso rapporto tra «ambiente» e «pubblica amministrazione», tra gli altri, P.M. VIPIANA, (a cura di), *Il diritto all'ambiente salubre: gli strumenti di tutela. Lo status quo e le prospettive*, Milano, 2005; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, p. 509 ss.; ID., *Emergenza e protezione dell'ambiente nella Società del rischio*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 10, p. 3356 ss.; ID., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in *Diritto e società*, 2006, 4, p. 507 ss.; ID., *Modelli e tecniche della tutela dell'ambiente: il valore dei principi e la forza della prassi*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 6, p. 1945 ss.; F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013; R. FERRARA – M. A. SANDULLI, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, Volume II, *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente, passim*; B. CARAVITA – L. CASSETTI, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016; G. ROSSI, (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2017; A. CROSETTI – R. FERRARA – F. FRACCHIA (a cura di), *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Milano, 2018; N. FERRUCCI, *Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; R. DIPACE – A. RALLO – A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2018; R. FERRARA, *Brown economy, green economy, blue economy: l'economia circolare e il diritto dell'ambiente*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, I, 2018; ID., *Ambiente e salute. Brevi note su due concetti giuridici indeterminati in via di determinazione: il ruolo giocato dal «patto globale per l'ambiente*, in *Dir. e soc.*, 2019, II, p. 251 ss.

definizione dell'*iter* abilitativo a “non rilasciare ulteriori permessi di costruire nell’area di insediamento dell’impianto” ovvero, ancora, ad assicurare “il corretto insediamento dell’impianto sul proprio territorio”³².

Ebbene, anche la giurisprudenza amministrativa, a latere della nullità (assoluta) degli accordi portanti compensazioni ambientali meramente patrimoniali per contrarietà a norme imperative rappresentate dalle disposizioni normative di riferimento in materia di FEER, si esprimeva ciclicamente a favore di una nullità ravvisando profili patologici nella causa e, talvolta, nell’oggetto dell’accordo³³.

Le stesse decisioni del TAR Puglia oggetto di giudizio d’appello avanti al Consiglio di Stato rimettente originate da un giudizio per l’annullamento di un’ingiunzione di pagamento emessa da un Comune sulla scorta di una convenzione, con consequenziale richiesta dell’operatore di accertamento della nullità della stessa e ripetizione delle somme indebitamente pagate, con relativi interessi, sollevano tali aspetti interrogandosi in che cosa consisterebbe concretamente l’oggetto di «negoiazione», o di «remunerazione», o di «pretesa di denaro», comunque la si voglia qualificare, sia pure a favore delle casse comunali³⁴.

³² Cfr. la convenzione oggetto dello scrutinio di cui al TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 maggio 2018, n. 737, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 3, I, p. 762.

³³ Crr. TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 4 giugno 2018, n. 536, in *www.lexambiente.it* laddove precisa che “non dà luogo a misura compensativa, in modo automatico, la semplice circostanza che venga realizzato un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere da ogni considerazione sulle sue caratteristiche e dimensioni e dal suo impatto sull’ambiente”.

³⁴ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 maggio 2018, n. 737, *cit.* (il Giudice amministrativo dopo avere osservato come la legge “non prevede alcun corrispettivo o compenso da erogarsi” non manca di rilevare acutamente come “né è dato comprendere in cosa si sostanzierebbe il presunto canone di concessione, visto che il Comune (...) non ha concesso” alcunché alla società (...), né un bene né un servizio. Difatti, i terreni su cui è allocato il cd. parco eolico sono nella piena disponibilità di (...) a titolo di proprietà o di diritto di superficie (...). Del tutto singolare appare la posizione assunta nella controversia sia dal Comune (...) che dalla (...), secondo le quali, a udire loro, le prestazioni imposte dalla cd. Convenzione del 26.7.2006 costituirebbero una sorta di non meglio precisato «corrispettivo» determinato dalle parti vuoi per il cd. «apporto procedimentale», che l’Ente locale avrebbe assicurato nell’ambito del complesso ed articolato procedimento amministrativo sfociato nel rilascio dell’autorizzazione regionale, vuoi per il successivo «impegno» a non rilasciare ulteriori permessi di costruire, nell’area di insediamento del campo eolico e nella relativa fascia di rispetto, come individuata dal progetto, per la realizzazione di opere che, per natura o tipologia, avrebbero potuto penalizzare la gestione dell’impianto, o comportare una riduzione della produzione delle turbine installate (...). Tanto, in quanto la posizione da assumersi da parte del Comune (...) in seno alla conferenza dei servizi in questione, deve essere e rimanere ispirata ai noti principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.) ed improntata a favorire gli interessi della comunità amministrata ed a promuoverne lo sviluppo (art. 3, co.2, d.lgs n. 267 del 2000 s.m.i.) e non certo può essere oggetto di «negoiazione», o di «remunerazione», o di «pretesa di denaro», comunque la si voglia qualificare, sia pure a favore delle casse comunali, a cui condizionare l’espressione del parere favorevole alla realizzazione ed all’esercizio dell’impianto eolico da parte dei soggetti preposti dell’autorità comunale. Peraltro, i poteri e le vantate «facoltà rinunciate» dal Comune, all’interno della cd. Convenzione del 26.7.2006, in cambio di denaro, sono insuscettibili di negoziazione e di rinuncia, dovendo comunque essere le stesse esercitate o non esercitate, solo nel pieno rispetto di quanto previsto dalla legge, pur sempre in correlazione alla necessità di consentire l’esercizio della produzione di energia eolica conforme alla rilasciata autorizzazione unica regionale, senza successivi indebiti condizionamenti od ingerenze da parte del Comune. A supporto della invalidità della convenzione impugnata dalle società ricorrenti sta tutta la giurisprudenza (Corte cost. sent. 1^o 4.2010 n. 124; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 1.4.2008 n. 709; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 29 gennaio 2008 n. 118; Cons. Stato, sez. III, 14.10.2008 n. 2849; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 7.6.2013 n. 1347; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 7.6.2013, n. 1361; T.A.R. Molise, 23.1.2014 n. 55”) e TAR Puglia, Bari, sez. I, 7 giugno 2018, n. 830, oggetto di ricorso in appello e rimesse alla Corte costituzionale dalla V sezione del Cons. St., ordinanza n. 677 del 27 gennaio 2020 ed ordinanza 27 dicembre 2019, n. 8822. Più recentemente, cfr. TAR Puglia, Bari, sez. I, 19 marzo 2019, n. 410, il quale si è pronunciato proprio sugli effetti determinati dall’art. 1, comma 953 della l. n. 145/2018 rispetto ad una convenzione sottoscritta prima del 3 ottobre 2010, data di entrata in vigore delle linee guida nazionali in materia. Circa il *discrimen* tra la legittima manifestazione della creatività dei privati nella definizione delle utilità da realizzare nelle proprie interazioni negoziali e, viceversa, espressioni dell’autonomia contrattuale che, in quanto sprovviste di un fondamento causale oggettivamente

Da tempo la dottrina, certamente influenzata e condizionata dalle prescrizioni poi positivizzate nelle Linee Guida del 2010, osserva compatta come *“le misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale non rivestono carattere necessario, di modo che l’autorizzazione di qualsiasi impianto di produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile debba automaticamente essere assistita da misure compensative. Al contrario, esse devono essere considerate come eventuali e non meramente patrimoniali e possono essere applicate solo ove ricorrano i presupposti di cui all’art. 1, comma 4, lett. f), della legge 239/2004, ossia quando gli indirizzi strategici nazionali prevedano una rilevante concentrazione di impianti ad elevato impatto su determinate aree, a detrimento del principio di equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture per la produzione di energia. In altri termini, le (eventuali) misure compensative temperano il disequilibrio territoriale nella localizzazione degli impianti, comportato dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole Regioni, di modo che l’eccessiva concentrazione di impianti (ad elevato impatto) per la produzione di energia elettrica sia attenuata da opportune misure compensative”*³⁵.

Sia *prima* che *dopo* l’avvento delle Linee Guida del 2010 non risulterebbe certo sufficiente la semplice circostanza della realizzazione di un impianto per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile, perché si addivenga all’applicazione delle misure compensative, indipendentemente da ogni considerazione in merito alle caratteristiche dimensionali dell’impianto, al suo impatto sul territorio circostante ed all’oggettiva situazione complessiva di disequilibrio territoriale nella localizzazione degli impianti.

Così correttamente inquadrata sotto il profilo oggettivo le misure compensative tipiche, ben si comprende quanto diverse siano le richieste sovente formulate dalle Amministrazioni (in specie comunali), a chi si appresti a realizzare un impianto per la produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile; richieste – variamente qualificate, ora come liberalità, ora come misura compensativa, ora come contributo ambientale – volte più ad introitare denari, che non a bilanciare un’obiettivo, elevata e squilibrata concentrazione di impianti. L’Autore richiamato conclude sul punto le sue riflessioni osservando come *“il riferimento vada – al di là del nomen juris di volta in volta utilizzato – alle ipotesi di corresponsione di canoni (solitamente determinati in parte in misura fissa, in parte sulla base dei KW/h o dei MW/h prodotti), di modo che il titolare dell’impianto sia onerato a versamenti di denaro, la cui causa è – per le anzidette ragioni – assai malferma”*³⁶.

Negli ultimi anni giammai la giurisprudenza si è discostata dai principi fondamentali declinati dalle prime pronunce in materia (tra cui la già citata sentenza TSAP, 2 febbraio 2016, n. 23) intorno al regime di

apprezzabile, siano destinate ad essere relegate nella dimensione dell’invalidità giuridica cfr. A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 1, ove, dopo aver ricordato che *“la libertà di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici è riconosciuta anche con riferimento agli scopi o funzioni in ragione dei quali i rapporti vengono creati”* l’Autore precisa che tale libertà può essere esercitata *“nei limiti del lecito e del rispetto dei diritti di terzi”*.

³⁵ A. VERONESE, *op. cit.*, p. 82.

³⁶ A. VERONESE, *op. cit.*, p. 82.

nullità ex art. 1418 c.c., sia per contrasto a norme imperative che per assenza di causa, contribuendo a cristallizzare la moderna tendenza nel settore.

Il giudice amministrativo, in particolare, muovendosi nell'alveo degli orientamenti resi dalla Corte costituzionale chiamata in più occasioni a scrutinare il contrasto della legislazione regionale in tema di compensazioni patrimoniali nel comparto delle rinnovabili sotto il profilo degli artt. 3, 41, 97 e 117 c. 1 e 3 della Costituzione³⁷, ha ciclicamente rilevato che la *“costruzione e l'esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili costituiscono libere attività di impresa soggette alla sola autorizzazione amministrativa della Regione (id est, l'autorizzazione unica regionale)”* con la conseguenziale illegittimità di compensazioni meramente patrimoniali da parte del Comune pretese a carico degli operatori con la sola giustificazione di una *“localizzazione di impianti sul territorio”*³⁸. In tale ottica le eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale devono essere concrete e realistiche e cioè determinate tenendo conto delle specifiche caratteristiche dell'impianto e del suo specifico impatto ambientale e territoriale³⁹. Dunque, *“non dà luogo a misura compensativa, in modo automatico, la semplice circostanza che venga realizzato un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere da ogni considerazione sulle sue caratteristiche e dimensioni e dal suo impatto sull'ambiente”*⁴⁰.

Ma se questo è vero, ecco che la sentenza della Corte che muove tutto il ragionamento intorno alla questione della nullità assoluta per violazione di norme imperative, lasciando peraltro espressamente fuori

³⁷ Cfr., tra le altre, Corte cost., 26 marzo 2010, n. 119, in *Foro it.* 2010, 10, I, p. 2619; Corte cost., 1 aprile 2010, n. 124, in *Foro amm. CDS*, 2010, 12, p. 2604; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310, in *Giur. cost.*, 2011, 6, p. 4328.

³⁸ TAR Puglia, Lecce, sez. III, 15 novembre 2016, n. 1737, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Puglia, Lecce, 7 giugno 2013, n. 1361, in *Riv. Giur. dell'Ambiente*, 2013, 6, p. 763, con nota di F. MARCHETTI.

³⁹ TAR Puglia, Lecce, I, 29 gennaio 2009, n. 118, in *Foro it.*, 2009, 12, III, p. 637; Cons. St., sez. III, parere 14 ottobre 2008, n. 2849, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Basilicata, 23 giugno 2014, n. 409, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ *Cons. Stato, sez. III, parere 14 ottobre 2008, n. 2849, cit.*; TAR Puglia, Lecce, I, 29 gennaio 2009, n. 118, *cit.*. In senso conforme, TAR Puglia, Bari, I, 1 aprile 2008, n. 709, in *Foro amm. TAR*, 2008, 4, p. 1107; TAR Puglia, Lecce, I, 21 maggio 2010, n. 1216, in *Foro amm. TAR*, 2010, 5, p. 1826; TAR Basilicata, 23 giugno 2014, n. 409, *cit.*; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 3 settembre 2014, n. 493, in *Foro Amministrativo*, 2014, 9, p. 2340. Più recentemente, TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 4 giugno 2018, n. 536, in www.lexambiente.it, laddove si osserva: *“L'allegato 2 del DM 10 settembre 2010, (...) prevede che «fermo restando, anche ai sensi del punto 1.1 e del punto 13.4 delle presenti linee-guida, che per l'attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili non è dovuto alcun corrispettivo monetario in favore dei Comuni, l'autorizzazione unica può prevedere l'individuazione di misure compensative, a carattere non meramente patrimoniale, a favore degli stessi Comuni e da orientare su interventi di miglioramento ambientale correlati alla mitigazione degli impatti riconducibili al progetto, ad interventi di efficienza energetica, di diffusione di installazioni di impianti a fonti rinnovabili e di sensibilizzazione della cittadinanza sui predetti temi, nel rispetto dei seguenti criteri (...)». Secondo l'articolo 1, comma 4, lettera f) della legge n. 239 del 2004, le misure compensative sono solo «eventuali», e correlate alla circostanza che esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale; e) possono essere imposte misure compensative di carattere ambientale e territoriale e non meramente patrimoniali o economiche solo se ricorrono tutti i presupposti indicati nel citato articolo 1, comma 4, lettera f) della legge n. 239 del 2004. In ragione del combinato disposto delle norme disciplinanti la fattispecie, dunque, come chiarito nella sentenza T.A.R. Lazio Roma, sez. II 29/04/2013 n. 4275: «La legittima applicazione di una misura di compensazione ambientale e territoriale non può prescindere dall'esistenza di concentrazioni di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale, al che accede che non dà luogo a misura compensativa, in modo automatico, la semplice circostanza che venga realizzato un impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere da ogni considerazione sulle sue caratteristiche e dimensioni e dal suo impatto sull'ambiente (in tal senso e con riguardo a fattispecie analoga, Cons. St., III, parere n. 2849 del 14.10.2008)”*.

“sul piano sostanziale della disciplina dell’atto negoziale, ogni altra ragione di inefficacia delle convenzioni, che in ipotesi derivi da nullità assoluta”, non può e, soprattutto, non deve essere letta in chiave definitiva ed assorbente quale generale «salvacondotto» della sanatoria del 2018 intesa come strumento paralizzante avverso eventuali azioni di nullità.

4. Le possibili (ed auspicabili) linee evolutive della giurisprudenza. Considerazioni conclusive

Si è detto che la sanatoria prevista dalla legge di stabilità del 2018 fosse il frutto di un intervento legislativo frettoloso e che, ciò nondimeno, la Corte abbia ritenuto il disposto normativo introdotto «ragionevole» rigettando le numerose questioni di legittimità sollevate dal Consiglio di Stato stante la sua portata sostanzialmente confermativa di un sistema normativo «a doppio binario» fondato su di un *prima* e su di un *dopo* l’avvento delle Linee Guida del 2010.

Si è altresì detto che la stessa sentenza abbia precisato che sul piano sostanziale della disciplina dell’atto negoziale, ogni altra ragione di inefficacia delle convenzioni, che in ipotesi derivi da nullità assoluta, è fuori dall’ambito applicativo della norma censurata, non esaurendo affatto il possibile spazio argomentativo della questione.

Il contributo del Giudice delle leggi sembra dunque muovere in due direzioni tra loro antitetiche: da un lato «salva» la sanatoria del 2018 ma, da un altro lato, limita e perimetra il salvataggio solo alla questione della nullità assoluta per contrarietà a norme imperative, lasciando dunque aperta ogni altra possibile questione, prima tra tutte quella della nullità per assenza di causa. Se questo è vero, e posto che secondo il canone fondamentale di cui all’art. 1-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241 ⁴¹, è preciso onere della pubblica amministrazione nell’adozione di atti di natura non autoritativa agire secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente, la sentenza della Corte ha l’indubbio pregio, seppur in sede di *obiter dictum*, di superare la tendenza onnicomprensiva e, financo, atecnica, introdotta dalla legge del 2018. La critica principale che si può certamente muovere alla sanatoria del 2018 risiedeva proprio, così come risiede, nella scelta del legislatore di sanare in modo «generale» ed «indiscriminato» le disposizioni pattizie stipulate anteriormente all’anno 2010 laddove queste avessero ad oggetto compensazioni meramente patrimoniali, anche in assenza di impatto ambientale alcuno ⁴².

Ora, grazie alla precisazione della Corte, lo scudo legislativo sembra essersi improvvisamente ma, inevitabilmente, ristretto non consentendo affatto di paralizzare in sede pretoria eventuali azioni di nullità declinate sotto il profilo del difetto di causa. Non siamo dunque nell’ambito del 1 comma dell’art. 1418

⁴¹ Cfr. M. GOLA, *L’applicazione delle norme di diritto privato, Commento all’art. 1*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017, 162 ss.

⁴² Cfr. A. PAIRE, *Fonti rinnovabili e compensazioni ambientali. La sanatoria del 2018 alla prova del giudizio di costituzionalità. Un esito (quasi) scontato?*, *cit.*, *passim*.

in combinato disposto con le «norme imperative» rappresentate dalle disposizioni pubblicistiche in materia di FEER le quali, come precisato dalla Corte, non osterebbero *ratione temporis* alla stipulazione dei patti e, dunque, in definitiva, alla loro validità, quanto piuttosto in quello della causalità del rapporto e, dunque, nell'ambito del 2 comma del medesimo art. 1418 in combinato disposto con l'art. 1325, n. 2.

I patti in questione, fermo il diritto alla stipulazione di accordi dei Comuni statuito dalla Corte nel sistema a doppio binario tratteggiato, potrebbero infatti scontare la carenza di uno degli elementi essenziali del contratto (nullità strutturale) e, segnatamente, della causa ma anche dell'oggetto, laddove ricorrano impianti inidonei ad incidere concretamente l'ambiente. Come a dire, in tali casi, uno scrutinio *case by case* in ordine al rapporto tra indennità ed impatto ambientale non può mancare, risultando le *royalties* inevitabilmente in rapporto di causa/effetto.

Del resto se già il legislatore del 2004⁴³ enfatizzava il rapporto causale tra misure (di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale) ed impatto degli impianti, delle infrastrutture e delle attività per la produzione energetica sull'ambiente e sul territorio non si capisce per quale ragione in assenza di una compromissione effettiva sull'ambiente un operatore dovrebbe corrispondere somme al Comune di riferimento.

Se «compensare» significa “*dare l'equivalente di quanto fatto o perduto o sofferto*”⁴⁴ viene spontaneo domandarsi in cosa consista la causa della dazione allorché l'ambiente non venga inciso e/o pregiudicato sotto il profilo ambientale e/o paesaggistico dall'impianto ma talvolta addirittura valorizzato e protetto: si pensi, ad esempio, a quei casi di impianti idroelettrici su opere esistenti capaci di assicurare preziosi compiti nella regimazione e nella purificazione del flusso delle acque⁴⁵ ovvero alla realizzazione di parchi fotovoltaici nell'ambito di piani di recupero e ripristino ambientale di siti estrattivi esauriti⁴⁶. La compensazione, per definizione, deve infatti mirare al recupero dei valori ambientali eventualmente

⁴³ Cfr. art. 1, comma 4, lett. f), della l. 23 agosto 2004, n. 239.

⁴⁴ Cfr. www.treccani.it/vocabolario/compensare.

⁴⁵ Cfr. i c.d. «criteri di priorità» assegnati agli impianti idroelettrici dal d.m. 6 luglio 2012, art. 10, comma 3, lettera e), ossia: “*i. realizzati su canali o condotte esistenti, senza incremento di portata derivata; ii. che utilizzano acque di restituzioni o di scarico; iii. che utilizzano salti su briglie o traverse esistenti senza sottensione di alveo naturale o sottrazione di risorsa; iv. che utilizzano una quota parte del DMV senza sottensione di alveo naturale; v. che utilizzano salti su briglie o traverse esistenti senza sottensione di alveo naturale o sottrazione di risorsa in sede di riconoscimento delle tariffe incentivare (iscrizione al registro GSE)*”.

⁴⁶ Con la l. 11 settembre 2020, n. 120, Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni), è possibile ottenere incentivi statali per la realizzazione di impianti fotovoltaici su discariche chiuse e ripristinate e cave esaurite, anche se realizzati su aree agricole. Cfr. art. 56 rubricato “*Disposizioni di semplificazione in materia di interventi su progetti o impianti alimentati da fonti di energia rinnovabile e di taluni nuovi impianti, nonché di spalma incentivi*”, comma 8-bis: “*All'articolo 65 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, dopo il comma 1 sono inseriti i seguenti: «1-bis. ...» «1-ter. ...» (omissis) 1-ter. Il comma 1 non si applica altresì agli impianti solari fotovoltaici da realizzare su discariche e lotti di discarica chiusi e ripristinati, cave o lotti di cave non suscettibili di ulteriore sfruttamento per le quali l'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione abbia attestato l'avvenuto completamento delle attività di recupero e ripristino ambientale previste nel titolo autorizzatorio nel rispetto delle norme regionali vigenti, autorizzati ai sensi dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, e in ogni caso l'accesso agli incentivi per tali impianti non necessita di ulteriori attestazioni e dichiarazioni?*”.

compromessi per via della realizzazione degli impianti tenendo conto sia delle caratteristiche precipue che delle dimensioni dell'impianto stesso.

Non v'è chi non veda, ad esempio, che una cosa è un impianto idroelettrico in sotterranea dal carico antropico pressoché inesistente e, tutt'altra cosa, è un impianto eolico in aree di pregio con installazione di pale dal pesante impatto territoriale sul paesaggio, sulla fauna e, in generale, sull'ambiente ⁴⁷. Solo nel secondo caso, giammai nel primo, le *royalties* potranno considerarsi volte a «compensare» uno specifico e concreto pregiudizio ambientale e/o paesaggistico arrecato al territorio.

Ecco perché, agli «errori» del legislatore del 2018 come detto orientato a sanare purchessia sull'onda di motivazioni di natura squisitamente economica-finanziaria, è bene che vi ponga rimedio la giurisprudenza di merito, continuando a statuire la nullità di quelle convenzioni ante 2010 prevedenti *royalties* anche laddove una compromissione all'ambiente non è concretamente rinvenibile ⁴⁸. Solo così, a parere di chi scrive, il sistema delle compensazioni ambientali FEER potrebbe dirsi finalmente compiuto, in equilibrio perfetto tra tutela dell'ambiente, sviluppo sostenibile e transizione ecologica.

⁴⁷ Per alcune riflessioni in materia di governo di territorio con particolare riferimento al «paesaggio», G.F. CARTEI, *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2013, 717; P. MARZARO, *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2014, 884; G. DE GIORGI CEZZI, *La coesione politico-territoriale nella dimensione del governo del territorio*, in *Federalismi.it*, n. 14/2016; Più recentemente, P.L. PORTALURI, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio*, *Scritti in onore di Maria Immordino*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ Ed i primi arresti della magistratura rinvenibili all'indomani della statuizione della Corte sembrerebbero essere confortanti andando verso una siffatta impostazione. Cfr. TRAP Torino, 21 maggio 2021, 111.