

ENERGIA: Impianto eolico – Convenzione – Misure compensative meramente patrimoniali – Nullità per violazione di norme imperative - Oneri non di carattere ambientale e territoriale, bensì di carattere meramente economico.

Tar Campania - Salerno, Sez. I, 28 settembre 2021, n. 2013

“[...] deve ritenersi illegittima l'imposizione di un canone non ricognitorio in presenza di tipologie e modalità di utilizzo, quali quelle che conseguono alla posa di cavi e tubi interrati, che non precludono ordinariamente la generale fruizione della risorsa stradale [...].

In casi della specie, l'imposizione di un canone è ammissibile solo per il tratto di tempo durante il quale le lavorazioni di posa e realizzazione dell'infrastruttura a rete impediscono la piena fruizione della sede stradale, con esclusione di canoni annuali protratti per tutta la durata dell'occupazione. Alla luce di quanto precede, la clausola di cui all'art. 5 (che testualmente prevede che “la Società si obbliga a versare al Comune per la realizzazione delle opere elettriche e di realizzazione della stazione elettrica di trasformazione e di connessione nonché per il mantenimento delle stesse e il transito dei mezzi pesanti funzionali alla realizzazione e manutenzione dell'Impianto un contributo annuo in quota fissa di euro [...]) configura - al netto dell'importo rappresentato dalla TOSAP - una misura compensativa meramente patrimoniale, da ritenersi nulla per violazione delle norme imperative di cui ai già citati articoli 12, comma 6, del decreto legislativo n. 387 del 2003 e 1, comma 5, della legge n. 239 del 2004, dal momento che pone a carico della ricorrente oneri non di carattere ambientale e territoriale, bensì di carattere meramente economico [...].”

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castelnuovo di Conza e di Pubblialifana S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 giugno 2021, tenutasi con modalità da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (convertito in legge dall'art. 1, comma 1, L. 18 dicembre 2020, n. 176), la dott.ssa Anna Saporito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Eolica Santomena S.r.l. espone di aver ottenuto con D.D. n. 111 del 24.2.2009, n. 153 del 17.4.2009, n. 603 del 10.12.2010 autorizzazione unica per realizzare un parco eolico nel territorio dei comuni di Santomena e di Castelnuovo di Conza. Successivamente al rilascio della

predetta autorizzazione, il Comune di Castelnuovo, con ordinanza n. 1 del 13 gennaio 2011, ha inibito il transito dei mezzi pesanti sulla strada comunale “Solofrana”, in quanto *“a seguito della realizzazione dei parchi eolici nel territorio di Castelnuovo di Conza e in quello adiacente di Santomenna si è avuto un forte aumento del transito veicolare di grossa portata sulla strada”*.

L’ordinanza *de qua* è stata impugnata dalla società Eolica innanzi a questo TAR con ricorso incardinato con n. 480/2011 R.G. (poi dichiarato perento a ottobre 2018). Sono state parallelamente avviate trattative in sede stragiudiziale, in esito alle quali è stata stipulata in data 12 luglio 2011 la convenzione rep. 3/2011, il cui art. 5 pone a carico della Eolica Santomenna l’obbligo di corrispondere all’Amministrazione comunale un contributo annuo in quota fissa pari a € 45.000,00 *“per la realizzazione delle opere elettriche e di realizzazione della stazione elettrica di trasformazione e di connessione nonché per il mantenimento delle stesse e il transito dei mezzi pesanti funzionali alla realizzazione e manutenzione dell’Impianto”*.

1.1. In ordine alla validità della predetta clausola è sorta una controversia fra le parti, rimessa in arbitri in applicazione della clausola compromissoria di cui all’art. 9 della Convenzione.

1.2. Nelle more del giudizio arbitrale, la Pubblialfana, ente riscossore dell’amministrazione comunale, ha intimato alla società Eolica il versamento delle somme dovute in forza dell’articolo 5 della Convenzione, a mezzo di ingiunzione di pagamento n. 9 del 14 giugno 2018.

- RICORSO NRG 1086/2018 -

2. Con ricorso contraddistinto da n. 1086/2018 R.G., notificato il 13 luglio 2018 e depositato in pari data, la società Eolica ha proposto istanza cautelare ex artt. 12 e 39 c.p.a. e 669 *quinquies* c.p.c. per ottenere la sospensione dell’efficacia della citata ingiunzione di pagamento in attesa dell’esito del giudizio arbitrale, deducendo la nullità dell’art. 5 della convenzione atteso che il contributo ivi previsto configurerebbe una misura compensativa a carattere meramente patrimoniale, del tutto priva di causa e contraria a norme imperative.

2.1. Si sono costituiti il Comune di Castelnuovo di Conza e la Pubblialfana che hanno eccepito l’inammissibilità della domanda di sospensione, non essendo stata proposta opposizione avverso l’ingiunzione nei modi previsti, e insistito per il rigetto del ricorso. Il Comune ha inoltre eccepito il difetto di giurisdizione del giudice adito; la Pubblialfana ha chiesto l’estromissione dal giudizio in ragione del proprio difetto di legittimazione passiva.

2.2. Con ordinanza cautelare numero 415 del 12 settembre 2018 è stata accolta la domanda cautelare *“sospendendo, nelle more della definizione della controversia nel merito, l’efficacia del provvedimento impugnato e inibendo, per l’effetto, l’adozione di iniziative recuperatorie; Ritenuto, altresì, che, a garanzia degli interessi patrimoniali dell’Amministrazione, debba farsi carico al*

ricorrente del rilascio di apposita fideiussione bancaria, a prima richiesta, per il complessivo ammontare delle somme pretese". Con ordinanza numero 5624 del 23 novembre 2018 il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello cautelare.

2.3. Con lodo del 13 maggio 2019 il Collegio arbitrale, qualificato l'arbitrato quale irrituale, ha dichiarato l'improcedibilità della domanda per difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo.

2.4. Con memoria del 28 maggio 2021 il Comune di Castelnuovo ha eccepito l'improcedibilità del ricorso in ragione dell'intervenuta pronuncia del Collegio arbitrale.

- *RICORSO NRG 804/2019* -

3. Con ricorso contraddistinto da n. 804/2019 R.G., notificato il 28 maggio 2019 e depositato il successivo 3 giugno, la Eolica ha promosso ricorso in riassunzione ex art. 11 c.p.a. del giudizio arbitrale a suo tempo intentato (conclusosi con il richiamato lodo del 13 maggio 2019), chiedendo l'annullamento e/o la declaratoria di nullità, previa sospensione dell'efficacia, dell'art. 5 della convenzione rep. n. 3/2011, con conseguente caducazione dell'ingiunzione di pagamento n. 9 del 14 giugno 2018, nonché la condanna dell'amministrazione alla restituzione delle indebitamente versate, pari ad € 280.364,56, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

3.1. La ricorrente ha inoltre chiesto la riunione del presente giudizio con quello iscritto al n. 1086/2018 R.G..

3.2. Con atto di motivi aggiunti depositati il 18 giugno 2019 la ricorrente ha impugnato la nota prot. n. 2392 del 10 giugno 2019 del Comune di Castelnuovo, recante diffida a versare il contributo previsto dall'art. 5 della Convenzione con riferimento all'annualità 2018, deducendone l'illegittimità derivata per le medesime ragioni poste a fondamento del ricorso introduttivo.

3.3. Si è costituito il Comune di Castelnuovo, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo non risultando possibile la *traslatio iudicii* dalla sede dell'arbitrato irrituale a quella giudiziale, nonché per difetto di giurisdizione del giudice adito, instando in ogni caso per il rigetto del ricorso nel merito in quanto infondato. L'Ente locale ha inoltre eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per carenza di interesse, venendo in rilievo una mera diffida ad adempiere priva *ex se* di qualsivoglia portata lesiva.

3.4. Nel costituirsi in resistenza, la Pubblialifana ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva in quanto estranea sia alla convenzione intercorsa tra la ricorrente e il Comune di Castelnuovo sia al giudizio arbitrale qui riassunto, nonché tenuto conto che l'ingiunzione è stata impugnata per vizi sostanziali e non meramente formali; l'inammissibilità della richiesta di sospensione dell'efficacia dell'ingiunzione di pagamento n. 9 del 14 giugno 2018, in quanto già

sospesa nell'ambito del giudizio contraddistinto da n. 1086/2018 R.G.; l'inammissibilità dell'impugnazione dell'ingiunzione di pagamento n. 9 del 14 giugno 2018, in quanto non opposta nei modi e nei termini previsti dal R.D. 639 del 1910 e dall'art. 32 del d.lgs. 150/2011. Si è inoltre opposta alla richiesta di riunione dei giudizi.

3.5. Con ricorso incidentale notificato il 22 luglio 2019 e depositato in pari data, il Comune di Castelnuovo ha proposto domanda riconvenzionale chiedendo la declaratoria di nullità totale della convenzione rep. 3/2011, atteso che la clausola di cui all'art. 5 è da ritenersi determinante del consenso prestato dall'amministrazione comunale che, in assenza del relativo inserimento, non l'avrebbe stipulata, come reso palese dalla lettura della proposta di deliberazione della convenzione approvata dal Consiglio Comunale (deliberazione di C.C. n. 17 del 5/7/2011); ha altresì chiesto la condanna della ricorrente alla rimessione in pristino di tutte le aree occupate in forza della convenzione.

3.6. La ricorrente ha resistito al ricorso incidentale, deducendo l'infondatezza della domanda riconvenzionale formulata dal Comune.

3.7. In data 9 novembre 2020 la ricorrente ha depositato un ulteriore atto di motivi aggiunti a mezzo dei quali ha impugnato, deducendone l'illegittimità derivata, la nota prot. n. 3742 del 13 agosto 2020 con la quale è stata diffidata dal Comune di Castelnuovo a pagare, in esecuzione dell'art. 5 della Convenzione, la somma complessiva di euro 121.043,21 con riferimento agli importi dovuti per le annualità 2018 e 2019 e per il primo semestre 2020.

3.8. Il 20 maggio 2021 il Comune ha depositato perizia a supporto delle spiegate difese.

4. All'udienza pubblica del 30 giugno 2021, previo scambio delle memorie e delle memorie di replica ex art. 73 c.p.a., le cause sono state trattenute in decisione.

5. Preliminarmente, anche in accoglimento dell'istanza formulata dalla ricorrente, occorre disporre la riunione dei ricorsi per evidenti ragioni di connessione soggettiva e oggettiva.

6. In ragione dell'intervenuta conclusione del giudizio arbitrale il ricorso contraddistinto da n. 1086/2018 R.G. deve essere dichiarato improcedibile, in accoglimento dell'eccezione formulata dal Comune resistente, trattandosi di istanza cautelare ex artt. 12 e 39 c.p.a. e 669 *quinquies* c.p.c. per ottenere la sospensione dell'efficacia dell'ingiunzione di pagamento, proposta in via incidentale nel corso del procedimento arbitrale, ormai concluso.

7. Passando all'esame del ricorso contraddistinto da n. 804/2019 R.G., occorre in via preliminare scrutinare le eccezioni formulate in rito dalle amministrazioni resistenti.

7.1. Quanto all'eccezione di inammissibilità del ricorso in riassunzione, in disparte la *questio juris* relativa alla possibilità della *traslatio iudicii* dalla sede dell'arbitrato irrituale a quella

giudiziale, rileva il Collegio che, come controdedotto dalla ricorrente, l'atto introduttivo - al di là del *nomen juris* di atto di riassunzione - presenti comunque tutti gli elementi necessari per la qualificazione come ricorso autonomo, in quanto riporta le argomentazioni in fatto e in diritto poste a fondamento delle domande formulate ed è stato notificato (oltre che al procuratore costituito in sede di giudizio arbitrale) direttamente all'Ente comunale, in persona del Sindaco; né sussistono profili di decadenza venendo in rilievo la richiesta di declaratoria di nullità di una clausola convenzionale.

7.2. Infondata si appalesa anche l'eccezione di difetto di giurisdizione, basata sulla circostanza per cui la convenzione non rappresenta accordo ex art. 11 legge 241/90, avendo natura transattiva, né attiene alla materia della produzione dell'energia. Ritene infatti il Collegio che la giurisdizione possa essere affermata ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. a), n. 2, c.p.a., dovendo la convenzione essere sussunta fra gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento ex art. 11 della legge n. 241/1990, in ragione della natura evidentemente integrativa ed accessoria rispetto ai provvedimenti autorizzativi del parco eolico di proprietà della ricorrente, nonché ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. o), c.p.a. (secondo il quale le controversie attinenti alle procedure ed ai provvedimenti della P.A. concernenti la "produzione di energia" sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) atteso che nel caso di specie, la controversia riguarda, appunto, la concessione del sottosuolo della strada "Solofrana" per la realizzazione di un elettrodotto in cavo interrato a servizio dell'esercizio di un impianto di energia eolica. Ad avviso del Collegio non risulta conferente al caso di specie l'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione richiamata dal Comune resistente (Cass. civ., SS.UU., 12.6.2015, n. 12177), che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario su una controversia avente ad oggetto una convenzione che prevedeva il trasferimento del diritto di superficie su alcune aree comunali per l'installazione di impianti eolici, stipulata a valle di una procedura di gara finalizzata all'assegnazione in concessione delle predette aree. In tale ipotesi infatti la Suprema Corte ha fatto applicazione della consolidata giurisprudenza secondo la quale *"nel settore dell'attività negoziale della p.a., mentre le controversie che attengono alla fase preliminare – antecedente e prodromica al contratto inerente alla formazione della sua volontà ed alla scelta del contraente privato in base alle regole cd. dell'evidenza pubblica, appartengono al giudice amministrativo, quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguarda la disciplina dei rapporti che dal contratto scaturiscono, sono devolute al giudice ordinario"* (Cass. civ., SS.UU., ordinanza 12.6.2015, n. 12177, cit.), venendo per l'appunto in rilievo – a differenza che nella controversia in esame - una fattispecie in inquadrabile nell'ambito dell'attività negoziale della

pubblica amministrazione posta in essere all'esito di una gara pubblica *“dovendosi escludere che in tale fase il Comune possa esercitare poteri di supremazia o di imperio, tipici dell'esercizio dell'attività amministrativa, nemmeno in sede di autotutela, ledendo altrimenti i diritti soggettivi degli altri contraenti, che non possono affievolirsi o essere condizionati da attività del contraente pubblico dirette a sottrarsi agli impegni negoziali assunti”* (ibidem).

7.3. Del pari infondata è l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla Pubblialifana, concessionaria del servizio di riscossione coattiva del Comune di Castelnuovo di Conza, in quanto detto soggetto giuridico concessionario ha emanato ed ha notificato i provvedimenti di ingiunzione impugnati, assumendone quindi la responsabilità. Deve invece ritenersi superata l'eccezione di inammissibilità della richiesta di sospensione dell'efficacia dell'ingiunzione di pagamento, tenuto conto che la domanda cautelare è stata espressamente rinunciata nel corso del giudizio.

7.4. Risulta invece fondata l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione dell'ingiunzione di pagamento n. 9 del 14 giugno 2018, in quanto non opposta nei modi e nei termini previsti dal R.D. 639 del 1910 e dall'art. 32 del d.lgs. 150/2011. Peraltro, si osserva che nel caso di atto connotato da consequenzialità immediata, diretta e necessaria con l'atto gravato, come nel caso di specie, l'impugnazione non risulta necessaria operando la c.d. invalidità ad effetto caducante: *“in presenza di vizi accertati dell'atto presupposto deve distinguersi tra invalidità a effetto caducante e invalidità ad effetto viziante, nel senso che nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto si estende automaticamente all'atto consequenziale, anche quando questo non sia stato impugnato, mentre nel secondo caso l'atto consequenziale è affetto solo da illegittimità derivata, e pertanto resta efficace ove non impugnato nel termine di rito. Però la prima ipotesi, quello appunto dell'effetto caducante, ricorre nella sola evenienza in cui l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di ulteriori valutazioni, il che comporta, dunque, la necessità di verificare l'intensità del rapporto di consequenzialità tra l'atto presupposto e l'atto successivo, con riconoscimento dell'effetto caducante (in via del tutto eccezionale) solo qualora tale rapporto sia immediato, diretto e necessario, nel senso che l'atto successivo si ponga, nell'ambito dello stesso contesto procedimentale, come conseguenza ineluttabile rispetto all'atto precedente, senza necessità di nuove valutazioni di interessi”* (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 2 settembre 2020, n. 1637).

8. Nel merito, con l'atto introduttivo la ricorrente sostiene la nullità dell'art. 5 della convenzione per la violazione dell'art. 12, comma 6, d.lgs n. 387/2003, in combinato disposto con l'art. 1, comma 5, legge n. 239/2004 che, in materia di realizzazione ed esercizio di impianti alimentati da fonti

rinnovabili, vietano la corresponsione in favore della p.a. di misure compensative a carattere meramente patrimoniale, e in ogni caso per la mancanza di causa giustificatrice nello spostamento di ricchezza in favore della p.a., atteso che a fronte della corresponsione di tali somme da parte della società, le “prestazioni” dovute dal Comune si sostanziano nello svolgimento delle attività e delle funzioni allo stesso istituzionalmente imposte dalla legge, come tali non integranti vere e proprie prestazioni negoziali. Il corrispettivo pattuito non troverebbe giustificazione neppure quale canone concessorio correlato all'utilizzo del sottosuolo della strada comunale “Solofrana”, non sussistendo i presupposti previsti dal combinato disposto degli artt. 25 e 27 del Codice della Strada (i quali impongono il pagamento di un canone a fronte degli attraversamenti o usi della sede stradale e relative pertinenze che abbiano l'effetto di sottrarre in tutto o in parte l'uso pubblico della *res* a fronte dell'utilizzazione eccezionale da parte del singolo), atteso che la ricorrente si limita ad utilizzare il sottosuolo della sede stradale, senza in alcun modo impedire o limitare la fruizione pubblica di quest'ultima.

8.1. Giova premettere una sintetica ricostruzione del contesto normativo in cui la vicenda si iscrive. La materia è regolata dagli artt. 12, comma 6, del decreto legislativo n. 387 del 2003 e 1, comma 4, lettera f), della legge n. 239 del 2004, con i quali il legislatore ha posto il divieto di misure compensative a carattere meramente economico al fine di evitare che la realizzazione di impianti energetici da fonte rinnovabile venga subordinata a richieste meramente pecuniarie, in contrasto con il perseguito incentivo alla riduzione delle emissioni nocive nell'ambiente, considerato che *“le cd. energie alternative rinnovabili, inesauribili e tendenzialmente prive di immissioni nocive nell'ambiente, tra le quali è da annoverarsi l'energia eolica, rappresentano forme di energia "pulita" che, per caratteristiche intrinseche, si rigenerano alla stessa velocità con cui vengono consumate o che non sono esauribili nella scala dei tempi umani e questo diversamente dalle cd. energie tradizionali fossili (petrolio, gas, carbone), che invece sono non rinnovabili, esauribili e producono notoriamente immissioni nocive nell'ambiente, con ricadute a cd. esternalità negativa”* (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 24 maggio 2018, n. 737). Anche alla luce degli impegni europei conseguenti all'adesione dell'Italia ai protocolli di Kyoto sul contenimento del CO2 e sulla limitazione dell'uso dei combustibili fossili e degli idrocarburi, la normativa nazionale è ispirata ad un mercato *favor* per il potenziamento dell'utilizzazione di fonti di energia rinnovabili ed ha natura di normativa speciale, informata al canone della massima semplificazione al fine di *“... rendere più rapida la costruzione degli impianti di produzione di energia alternativa..”* (cfr. Corte costituzionale n. 13 del 28 gennaio 2014). Onde agevolare le condizioni per un adeguato incremento dei relativi impianti, la produzione di energia da fonti rinnovabili è soggetta ad una procedura

semplificata, delineata dall'art. 12, comma 3, d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, ai sensi del quale *“La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, ivi inclusi gli interventi, anche consistenti in demolizione di manufatti o in interventi di ripristino ambientale, occorrenti per la riqualificazione delle aree di insediamento degli impianti, sono soggetti ad una autorizzazione unica”*. Ai sensi del comma 6 dell'art. 12 *“l'autorizzazione non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione a favore delle regioni e delle province”*. Le *“Linee Guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili”*, approvate con il decreto ministeriale 10 settembre 2010 ed entrate in vigore il 3 ottobre 2010, hanno ulteriormente esplicitato tale divieto (cfr. punto 2, *“Criteri per l'eventuale fissazione di misure compensative”*, ove si ribadisce che *“per l'attività di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili non è dovuto alcun corrispettivo monetario in favore dei Comuni”*). La giurisprudenza ha avuto in proposito modo di chiarire come *“il Comune non può imporre alcun onere a carattere meramente economico-patrimoniale a carico del titolare dell'impianto, in quanto solo lo Stato e le regioni possono semmai prevedere misure compensative, mai meramente economiche, ma solo di carattere ambientale e territoriale, tenendo conto sia delle caratteristiche precipue che delle dimensioni dell'impianto eolico, sia del suo impatto ambientale e territoriale”* (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 24 maggio 2018, n. 737 cit.); da ultimo, la Corte Costituzionale (sentenza 23 marzo 2021, n. 46) nel pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 953, della legge n. 145 del 30 dicembre 2018, sollevata dal Consiglio di Stato, ha precisato che *“Le citate Linee guida del 2010, di natura regolamentare, segnano un netto cambiamento nell'evoluzione della disciplina di settore nella misura in cui pongono più in dettaglio la regolamentazione delle misure di compensazione, prevedendo criteri marcatamente limitativi per la loro fissazione. Sono soprattutto due le prescrizioni che costituiscono una discontinuità rispetto al passato, tracciando uno spartiacque temporale tra prima e dopo l'entrata in vigore delle Linee guida. Da una parte, si è previsto espressamente che non è dovuto alcun corrispettivo monetario in favore dei Comuni, ma l'autorizzazione unica può prevedere l'individuazione di misure compensative, «a carattere non meramente patrimoniale», a favore degli stessi Comuni. Tali misure compensative sono definite in sede di conferenza di servizi, sentiti i Comuni interessati, anche sulla base di quanto stabilito da eventuali provvedimenti regionali, ma non possono essere fissate unilateralmente da un singolo Comune. D'altra parte, le misure compensative non possono essere comunque superiori al tre per cento dei proventi. Quindi*

non sono più stati possibili né accordi bilaterali direttamente tra Comune (o, più in generale, ente locale) e operatore economico, né misure compensative esclusivamente monetarie, ossia solo per equivalente, dovendo essere invece “a carattere non meramente patrimoniale” e quindi almeno miste, in parte specifiche e in parte per equivalente, e con il tetto massimo pari al tre per cento dei proventi, nonché convenute esclusivamente in sede di conferenza di servizi per il rilascio dell’autorizzazione unica nell’ambito di giudizi aventi ad oggetto contenziosi tra operatori economici e Comuni sulla validità di accordi contenenti misure di compensazione meramente patrimoniale”.

8.2. Tanto premesso, nel caso di specie risulta che:

- con D.D. n. 111 del 24.2.2009 la società Eolica è stata autorizzata alla costruzione e all’esercizio di:

“- un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica, costituito 10 aerogeneratori da 2 MW per una potenza nominale di 20 MW, da realizzarsi in “parco eolico” su terreni siti nel Comune di Santomena (SA), riportati in Catasto al foglio 3 (particelle 34-29-12-72-28-24-26-21-31-80-27-92-93), foglio 9 (particelle 156-2-32), foglio 10 particelle (34-19-7-2-20-5-9-8-10-29), come da piano particellare di esproprio grafico e descrittivo allegato agli atti del procedimento e che ne costituisce parte integrante, opere elettriche connesse, così come riportato nella planimetria generale di impianto, su base cartografica IGM in scala 1:25.000, allegata all’istanza;

- connessione alla rete elettrica con una nuova linea mediante al sistema di sbarre della stazione elettrica a 150kV di Castelnuovo di Conza;

- costruzione dell’impianto di trasformazione e consegna, di proprietà dell’utente, e degli adattamenti al sistema di sbarre della stazione elettrica a 150 kv (impianto di rete);

- realizzazione della sezione a 20 kV per l’uscita trasformatore e per gli arrivi delle linee MT dai sottocampi del parco eolico:

- realizzazione edificio per alloggiamento apparecchiature elettriche e del gruppo di misura”.

- con D.D. n. 153 del 17.4.2009 è stato deliberato *“di autorizzate le opere elettriche connesse all’impianto eolico, così come previste negli allegati del presente decreto, in sostituzione di quelli allegati al DD. n. 111/09; di lasciare inalterato e valido tutto quanto previsto nel DD.n. 111/09 non oggetto di rettifica”;*

- con D.D. n. 603 del 10.12.2010 è stato autorizzato il progetto di variante in corso d'opera proposto dalla Eolica, consistente *“nella delocalizzazione di tre aerogeneratori rispetto al progetto originario autorizzato”*, contestualmente autorizzando *“la connessione dell’impianto eolico alla Stazione Elettrica di Castelnuovo di Conza”*; è stato inoltre apposto il vincolo preordinato

all'esproprio sulle particelle di terreno interessate dal progetto di variante, tra le quali, nel Comune di Castelnuovo, foglio 3 p.lle 8-10 (trattasi delle particelle sulle quali è prevista la realizzazione di una stazione di trasformazione e consegna dell'impianto eolico – cfr. in proposito deliberazione consiliare n. 17 del 5 luglio 2011).

8.3. I provvedimenti di autorizzazione unica, in linea con il quadro normativo di riferimento, inglobano in sé anche l'autorizzazione della Società a realizzare le opere elettriche connesse all'impianto eolico. Ne discende che, al fine del posizionamento del cavidotto servente l'impianto nel sottosuolo della strada comunale, non fosse necessaria (come invece preteso dalla difesa comunale) la costituzione di una servitù di elettrodotto nel sottosuolo della strada comunale "Solofrana" ovvero l'acquisizione della disponibilità, mediante esproprio, delle relative particelle, risultando all'uopo sufficiente una mera concessione di occupazione di suolo pubblico per il passaggio di condutture elettriche al di sotto della strada stessa, al fine di collegare l'impianto alla rete elettrica nazionale. Una tale ricostruzione, oltre ad essere coerente con il marcato *favor* espresso dall'ordinamento per l'impiego di fonti rinnovabili (poiché l'obiettivo di semplificazione cui è preordinata la previsione di una "autorizzazione unica" si risolverebbe in una mera petizione di principio laddove il beneficiario dovesse poi ottenere, in separata sede, ulteriori provvedimenti ampliativi da parte dei medesimi enti già coinvolti nel rilascio dell'autorizzazione unica a monte) è peraltro avvalorata dallo stesso tenore della convenzione per cui è causa, ove si legge, nelle premesse (cfr. punto 2), che *"le linee elettriche e le opere di connessione alla rete elettrica nazionale sono state già autorizzate"* con i DD.DD. sopra menzionati) e, nell'art. 2, che la convenzione *"ha ad oggetto la concessione del sottosuolo della strada comunale "Solofrana" limitatamente alla porzione occorrente per la posa in opera e l'ispezione delle linee elettriche interrato e di tutte le altre eventuali opere funzionali alla realizzazione, esercizio, gestione e manutenzione dell'impianto nel rispetto delle caratteristiche della consistenza e dell'estensione indicata nell'Autorizzazione Unica alla realizzazione e all'esercizio dell'impianto. In particolare per quanto possa occorrere il Comune autorizza la società a procedere ai lavori di posizionamento delle citate linee elettriche"*.

8.4. A fronte di tale occupazione di suolo pubblico, ferma la debenza della relativa tassa (cd. TOSAP) che *"ha un fondamento di carattere tributario connesso con l'occupazione permanente di uno spazio pubblico in analogia con l'indennizzo dovuto per le servitù prediali senza un nesso di collegamento con impedimenti all'uso generale"* (Consiglio di Stato, sez. V, 2 novembre 2017, n. 5071), il Comune non avrebbe potuto esigere un corrispettivo neppure a titolo di canone non ricognitorio, in quanto correlato ad una limitazione o modulazione della possibilità dell'utilizzo

pubblico tipico del bene che ne precluda l'ordinaria generale fruizione. Va infatti considerato che l'art. 25 del Codice della strada, rubricato "Attraversamenti ed uso della sede stradale" prevede che *"non possono essere effettuati, senza preventiva concessione dell'ente proprietario, attraversamenti od uso della sede stradale e relative pertinenze con corsi d'acqua, condutture idriche, linee elettriche e di telecomunicazione, sia aeree che in cavo sotterraneo, sottopassi e soprappassi, teleferiche di qualsiasi specie, gasdotti, serbatoi di combustibili liquidi, o con altri impianti ed opere, che possono comunque interessare la proprietà stradale. Le opere di cui sopra devono, per quanto possibile, essere realizzate in modo tale che il loro uso e la loro manutenzione non intralci la circolazione dei veicoli sulle strade, garantendo l'accessibilità delle fasce di pertinenza della strada"*). In proposito la giurisprudenza ha precisato che ai sensi degli artt. 25 e 27 d.lgs. n. 285 del 1992, la condizione a un tempo necessaria e sufficiente per giustificare l'imposizione del canone ricognitorio è rappresentata dal rilascio di un titolo che abilita a un uso singolare della risorsa pubblica, limitandone o, comunque, condizionandone in modo apprezzabile il pieno utilizzo: *"ciò che rileva, al fine di fondare la pretesa dell'ente locale, non è un qualunque utilizzo della sede stradale (nonché dello spazio soprastante e sottostante ad essa), bensì un utilizzo singolare che incida in modo significativo sull'uso pubblico della risorsa viaria; - che ciò che rileva ai medesimi fini è il singolare "uso della sede stradale" che ne impedisca in tutto o in parte la pubblica fruizione (l'articolo 3, comma 1, n. 46 del Codice definisce la sede stradale come "superficie compresa entro i confini stradali. Comprende la carreggiata e le fasce di pertinenza")*. Ebbene, il fatto che il Codice della strada abbia operato un espresso richiamo alla sola "sede stradale" (i.e.: alla superficie e non anche al sottosuolo e al soprasuolo) depone nel senso che l'imposizione di un canone non ricognitorio a fronte dell'uso singolare della risorsa stradale è legittima solo se consegue a una limitazione o modulazione della possibilità del suo tipico utilizzo pubblico, ma non anche a fronte di tipologie e modalità di utilizzo (quali quelle che conseguono alla posa di cavi e tubi interrati) che non ne precludono ordinariamente la generale fruizione. Naturalmente, in questi ultimi casi, l'imposizione di un canone non ricognitorio avrà un giusto titolo che la renderà legittima per il tratto di tempo durante il quale le lavorazioni di posa e realizzazione dell'infrastruttura a rete impediscono la piena fruizione della sede stradale; ma non si rinviene una giustificazione di legge per ammettere che una siffatta imposizione possa proseguire anche indipendentemente da questa occupazione esclusiva, cioè durante il periodo successivo (che può essere anche pluridecennale) durante il quale la presenza in loco dell'infrastruttura di servizio a rete non impedisce né limita la pubblica fruizione della sede stradale." (Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5147). Pertanto deve ritenersi illegittima l'imposizione di un canone non

ricognitorio in presenza di tipologie e modalità di utilizzo, quali quelle che conseguono alla posa di cavi e tubi interrati, che non precludono ordinariamente la generale fruizione della risorsa stradale, vieppiù considerato che la stessa convenzione, all'art. 4, prevede che *“la società si impegna a realizzare quanto stabilito nella convenzione in maniera tale da consentire l'utilizzo del sottosuolo anche da parte di altri soggetti autorizzati dalle Autorità competenti”*. In casi della specie, l'imposizione di un canone è ammissibile solo per il tratto di tempo durante il quale le lavorazioni di posa e realizzazione dell'infrastruttura a rete impediscono la piena fruizione della sede stradale, con esclusione di canoni annuali protratti per tutta la durata dell'occupazione.

8.5. Alla luce di quanto precede, la clausola di cui all'art. 5 (che testualmente prevede che *“la Società si obbliga a versare al Comune per la realizzazione delle opere elettriche e di realizzazione della stazione elettrica di trasformazione e di connessione nonché per il mantenimento delle stesse e il transito dei mezzi pesanti funzionali alla realizzazione e manutenzione dell'Impianto un contributo annuo in quota fissa di euro 45 mila”*) configura - al netto dell'importo rappresentato dalla TOSAP - una misura compensativa meramente patrimoniale, da ritenersi nulla per violazione delle norme imperative di cui ai già citati articoli 12, comma 6, del decreto legislativo n. 387 del 2003 e 1, comma 5, della legge n. 239 del 2004, dal momento che pone a carico della ricorrente oneri non di carattere ambientale e territoriale, bensì di carattere meramente economico.

8.6. Né la causa (anche) transattiva del giudizio a suo tempo incardinato dinanzi a questo TAR avverso l'ordinanza sindacale di inibizione al transito dei mezzi pesanti sulla strada comunale “Solofrana”, può sorreggere e rendere lecite clausole che, nella loro essenza, si pongono in contrasto con norme imperative, con conseguente nullità, in ragione della natura pubblicistica e dell'indisponibilità dell'interesse tutelato dalla norma violata. In punto di fatto si osserva inoltre che nelle premesse della convenzione (punto 7) si legge che gli interventi da effettuarsi sulla strada Solofrana (indicati nel punto 6 delle premesse e poi meglio dettagliati nell'art. 4) *“consentiranno la messa in sicurezza della citata infrastruttura e conseguentemente l'eliminazione dei motivi che hanno a suo tempo indotto il Comune ad adottare l'ordinanza del Responsabile n° 01 del 13 gennaio 2011, Prot. n° 110, nei confronti della quale la Società ha proposto ricorso attualmente pendente innanzi al Tar Salerno con il numero di R.G. 480/2011 - Sezione II, giudizio nel quale il Comune si è costituito spiegando le proprie difese”*, ponendo pertanto evidentemente in correlazione la definizione del giudizio con la realizzazione dei citati interventi di messa in sicurezza, senza ricollegare alla revoca dell'ordinanza comunale un corrispettivo monetario.

9. Quanto ai motivi aggiunti, gli stessi devono essere dichiarati inammissibili in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla difesa comunale, poiché le diffide impugnate dalla ricorrente –

peraltro, per sua espressa ammissione, per mero tuziorismo difensivo, atteso lo stretto ed inscindibile nesso di consequenzialità con la clausola *de qua agitur* - non arrecano una lesione immediata definitiva e irreversibile alla sua sfera giuridica, con conseguente carenza di interesse all'impugnativa.

10. Il Collegio, per ragioni di pregiudizialità e (soprattutto) di chiarezza espositiva, ritiene di far precedere all'esame della domanda, formulata dalla ricorrente, di condanna dell'amministrazione alla restituzione delle somme indebitamente versate in virtù della clausola nulla, lo scrutinio della domanda riconvenzionale, con la quale il Comune ha chiesto che sia dichiarata, ex art. 1419 c.c., la nullità totale della convenzione in quanto la clausola di cui all'art. 5 sarebbe stata determinante del consenso, poiché in assenza della stessa l'ente locale non avrebbe stipulato la convenzione e transatto il giudizio.

10.1. Preliminarmente il Collegio rammenta che le disposizioni di cui all'art. 1419, primo comma, c.c. sono improntate al *"principio, posto a presidio dell'autonomia privata, della conservazione del negozio giuridico; ne consegue, stante l'eccezionalità della disposizione prevedente l'estensione all'intero contratto della nullità di singole parti o clausole dello stesso, che tale invalidità può essere dichiarata dal giudice soltanto nei casi in cui la parte interessata, che l'abbia dedotta o eccepita, abbia assolto al relativo onere probatorio, offrendo la rigorosa dimostrazione che la parte o clausola affetta da nullità non abbia esistenza autonoma, ma sia in correlazione inscindibile con il resto del contratto, sicchè i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da invalidità"* (Cassazione civile, sez. II, 26 maggio 2008, n. 13561), con la precisazione che *"la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità, con conseguente estensione della invalidità all'intero contratto, deve essere fornita dall'interessato ed è necessario al riguardo un apprezzamento in ordine alla volontà delle parti quale obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi"* (Cassazione civile, sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27732). Detto in altri termini, accogliendo il principio secondo cui *utile per inutile non vitiatur*, l'art. 1419 stabilisce la regola che la nullità parziale non involge la nullità dell'intero contratto a meno che risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità e, dunque, se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, imponendo all'interprete una preliminare verifica sull'accordo dei contraenti da cui ricavare l'essenzialità ai fini della stipulazione di quella parte di regolamento negoziale viziata e non altrimenti sanabile.

10.2. Nel caso di specie, ritiene il Collegio che l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alla clausola di cui all'art. 5, tenuto conto

che la Convenzione, come già evidenziato al punto 8.6, è sorretta (anche) da una causa transattiva, prevedendo – attraverso i richiamati, plurimi, interventi di messa in sicurezza della strada Solofrana, da effettuare, ai sensi dell’art. 4 *“una tantum, per un importo massimo e complessivo di euro 45.000,00”* - il superamento delle criticità che avevano a suo tempo indotto l’amministrazione comunale all’adozione della ordinanza n° 01 del 13 gennaio 2011, poi fatta oggetto di gravame dinanzi a questo TAR; di conseguenza, non appare dimostrato – come sarebbe necessario, in ragione dell’eccezionalità della previsione di cui all’art. 1419 c.c. – che senza la clausola di cui all’art. 5 la convenzione non sarebbe stata ugualmente conclusa, sia pure a condizioni economiche meno favorevoli per il Comune. In tal senso milita la stessa deliberazione consiliare n. 17 del 5 luglio 2011, ove si legge che *“nonostante il parere negativo espresso in sede consiliare e riportato in sede di conferenza dei servizi, la Regione Campania ha comunque autorizzato la sottostazione, per cui è l’amministrazione ha cercato di massimizzare quanto era possibile”*.

11. Ritenuto che la nullità della clausola non comporti la nullità dell’intera convenzione, può procedersi all’esame della domanda, formulata dalla ricorrente, di condanna dell’amministrazione alla restituzione delle somme indebitamente versate, pari ad € 280.364,56, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

11.1. La domanda è fondata nell’an, e va accolta, risultando, in ragione della nullità della clausola di cui all’art. 5, *sine causa* il relativo spostamento patrimoniale. Con riferimento alla quantificazione degli importi da restituire, il Collegio, ai sensi dell’art. 34, comma 4, c.p.a. (applicabile, in virtù della sua formulazione letterale, a tutte le tipologie di condanna pecuniaria), ritiene necessario stabilire i seguenti criteri, in base ai quali il Comune resistente dovrà proporre, in favore della ricorrente, il pagamento di una somma entro quarantacinque giorni dalla comunicazione della presente sentenza:

- l’importo dovrà essere comprensivo di tutte le somme versate dalla ricorrente in virtù della convenzione, fatta eccezione per quelle dovute a titolo di TOSAP e con esclusione dei compensi comunque dovuti per il periodo di tempo durante il quale le lavorazioni di realizzazione dell’infrastruttura hanno impedito la piena fruizione della sede stradale;
- sulle predette somme spetteranno gli interessi legali dalla data della domanda, con esclusione della rivalutazione monetaria, trattandosi di pagamento di indebitto oggettivo il quale genera la sola obbligazione di restituzione con gli interessi a norma dell’art. 2033 c.c..

Decorso inutilmente il termine sopra indicato senza che le parti siano giunte ad un accordo, ovvero qualora le parti non adempiano agli obblighi derivanti dall’accordo concluso, saranno esperibili i rimedi previsti dal citato art. 34, comma 4, c.p.a.

12. In conclusione, il ricorso n. 1086/2018 R.G. deve essere dichiarato improcedibile. Quanto al ricorso n. 804/2019 R.G., il ricorso introduttivo è fondato e va accolto nei sensi di cui in motivazione; i motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili; il ricorso incidentale, contenente la domanda riconvenzionale, va respinto.

12.1. Si ravvisano giusti motivi, stante la complessità e la peculiarità delle questioni trattate, per compensare le spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

a) dichiara improcedibile il ricorso n. 1086/2018 R.G.;

b) quanto al ricorso n. 804/2019 R.G.:

- accoglie il ricorso introduttivo nei sensi di cui in motivazione;
- dichiara inammissibili i motivi aggiunti;
- rigetta il ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Anna Saporito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Saporito

IL PRESIDENTE

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO