

Autorizzazione alla realizzazione e all'esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da biomassa pollina

T.A.R. Molise, Sez. I 25 settembre 2015, n. 368 - Onorato, pres.; Monteferrante, est. - Comune di San Polo Matese ed a. (avv.ti Ruta, Zezza, Romano) c. Regione Molise ed a. (Avv. distr. Stato) ed a.

(Omissis)

Ambiente - Impianto di produzione di energia elettrica da biomassa pollina della potenza di 5 MWe - Realizzazione ed esercizio - Autorizzazione.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 7.10.2014 e depositato in data 20.10.2014 rubricato sub RG 365/2014 i Comuni di San Polo Matese, Campochiaro, Spinete, Colle D'Anchise, Roccamandolfi, Sepino, Guardiaregia, San Giuliano del Sannio, Cercepiccola e San Massimo hanno impugnato la determinazione dirigenziale n. 23 del 23.06.2014 del Dirigente Regionale del Molise – Direzione Generale Area II- Servizio Programmazione Politiche Energetiche - con la quale la società Di Zio Costruzioni Meccaniche spa con sede in Spoltore (PE) è stata autorizzata a realizzare ed esercire un impianto di produzione di energia elettrica da biomassa pollina della potenza di 5 MWe nel Comune di San Polo Matese (compreso linea di collegamento e opere accessorie) per chiederne l'annullamento unitamente a tutti gli altri atti alla stessa presupposti, conseguenti e connessi, ivi inclusi i verbali di conferenza di servizi del 10 giugno 2011, del 16 giugno 2011, del 26 agosto 2011, del 27 settembre 2011, del 17 aprile 2012 ed i pareri alla stessa acquisiti dalle autorità invitate a partecipare, indicati in epigrafe.

A fondamento del ricorso hanno articolato molteplici censure attinenti a presunte carenze documentali relative alla domanda di rilascio dell'autorizzazione unica (quali, tra le altre, l'assenza di una progettazione definitiva), a vizi dell'iter autorizzatorio (quali la mancata sottoposizione a VIA del progetto anche in ragione della natura di "rifiuto" della pollina), a violazioni delle regole di funzionamento della conferenza di servizi, a carenze istruttorie in cui sarebbero incorsi gli organi regionali preposti all'esame dell'istanza (con particolare riferimento all'impatto ambientale dell'impianto prossimo ad area SIC/ZPS ed interna ad area IBA, anche in relazione all'effetto cumulo conseguente al rilascio di analoga autorizzazione in sito adiacente), alla assenza di atti regionali generali prodromici, e come tali necessari, rispetto all'avvio del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica (quali la zonizzazione del territorio in tema di qualità dell'aria).

Analogo ricorso, rubricato sub RG 367/2014, notificato in data 14.10.2014 e depositato il 22.10.2014 è stato proposto da un gruppo di produttori locali titolari di aziende agroalimentari e da una associazione di tutela ambientale e, in particolare, da Elle Emme Srl, Diboiano Srl, Caseificio Biferno snc, Fresco Gelati Srl, Caseificio Campitello Matese, La Molisanella Snc, Azienda Agricola di Mella Emilio, Steak House Srl, Centrale del Latte del Molise, Associazione Matese Arcobaleno con Sede in San Polo Matese che hanno, parimenti, chiesto l'annullamento della predetta determina dirigenziale e degli atti presupposti per motivi analoghi a quelli articolati dai Comuni.

Anche la Provincia di Campobasso con ricorso rubricato sub RG 383/2014, notificato in data 13.10.2014 e depositato in data 30.10.2014, ha gravato la predetta determina per motivi analoghi a quelli fatti valere dai Comuni limitrofi all'area di insediamento della centrale e dai produttori ivi operanti, contestando anche la violazione del divieto di localizzazione in area IBA di impianti di produzione di energia previsto dalla legislazione regionale.

Infine, il Comune di Bojano, con ricorso rubricato sub RG 395/2014, notificato in data 15.10.2014 e depositato in data 10.11.2014, ha parimenti chiesto l'annullamento della determina regionale in quanto affetta da profili di illegittimità analoghi a quelli già fatti valere con i ricorsi RG n. 365, n. 367 e n. 383 del 2014.

In tutti i predetti giudizi si sono costituite la Regione Molise e la società controinteressata Di Zio Costruzioni Meccaniche spa unitamente alla GSF srl (terzo assuntore nel procedimento di concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis L.F., omologato in corso di causa, con subentro della GSF srl in tutte le attività e passività aziendali ivi inclusi i giudizi pendenti) per difendere la legittimità del provvedimento impugnato, contestando la fondatezza dei motivi di censura e concludendo per la loro reiezione nel merito.

Anche il Consorzio per lo sviluppo industriale di Campobasso – Bojano si è costituito in giudizio per difendere la legittimità della determina dirigenziale impugnata argomentando in ordine alla piena compatibilità dell'impianto alimentato da biomassa con le caratteristiche del sito prescelto in quanto ricompreso nel perimetro consortile.

Si sono costituite in giudizio anche le altre autorità amministrative evocate in giudizio indicate in epigrafe per difendere la legittimità dei provvedimenti resi nell'ambito del procedimento di autorizzazione unica regionale.

Nel frattempo il Presidente della Regione Molise ha adottato il decreto n. 111 del 5/11/2012, con il quale è stata disposta la revoca della determina dirigenziale nr. 23 del 23.06.2014 e di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi.

Tale provvedimento è stato impugnato dalla società Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF srl con ricorso notificato in data 5.1.2015 e depositato in data 26.1.2015 rubricato sub RG 30/2015 con il quale la società titolare dell'autorizzazione unica ed il terzo assuntore hanno contestato la violazione del principio del contrario actus (dovendo

la revoca essere adottata nella sede della conferenza di servizi), i presupposti, in fatto e in diritto, posti a fondamento della revoca, l'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione addotta, la carenza di istruttoria, lo sviamento di potere. Hanno chiesto anche la condanna della Regione al pagamento del risarcimento del danno da ritardo, per il caso di accoglimento del gravame, nonché, per l'ipotesi di rigetto, la condanna al pagamento dell'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990 e comunque il risarcimento del danno ex artt. 1337 e 1338 c.c. a titolo di responsabilità precontrattuale.

Intervenuto in data 8.1.2015 il provvedimento di omologa del concordato preventivo, la GSF srl ha infine impugnato, con motivi aggiunti, notificati in data 21.3.2015 e depositati in data 22.4.2015, la determina dirigenziale n. 3 del 22/1/2015 con la quale è stato disposto l'annullamento della determina dirigenziale nr. 23 del 23.06.2014 e di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi, contestando la fondatezza dei presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e confutando analiticamente l'esistenza dei presunti vizi di illegittimità adottati a giustificazione del provvedimento demolitorio; ha anche negato l'annullabilità di un provvedimento già in precedenza revocato in quanto non più esistente, prospettandone la nullità per inesistenza dell'oggetto ex art. 21 septies della legge n.241 del 1990; ha poi eccepito la violazione del principio del contrarius actus in relazione alla omessa indicazione della conferenza di servizi in esito alla quale la determina annullata era stata adottata. Ha infine prospettato distinta posta risarcitoria, in caso di reiezione del gravame, conseguente, questa volta, alla lesione dell'affidamento ingenerato dalla legittimità di atti amministrativi ampliativi della sfera giuridica del beneficiario, successivamente annullati in sede giurisdizionale o in autotutela, riconoscendo tuttavia che la cognizione della relativa domanda è riservata al giudice ordinario. Per l'ipotesi invece di accoglimento dei soli motivi aggiunti ha invece confermato le domande indennitarie e risarcitorie discendenti dalla adozione del provvedimento di revoca e già articolate con il ricorso introduttivo.

Nel giudizio RG 30/2015 si è costituita in giudizio la Regione Molise per difendere la legittimità dei provvedimenti di autotutela, contestando la fondatezza dei motivi di censura e concludendo per la loro reiezione nel merito, anche in relazione alle domande risarcitorie proposte dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF srl. Nel predetto giudizio hanno spiegato intervento ad opponendum i produttori locali titolari di aziende agroalimentari ricorrenti nel giudizio RG 367/2014 proposto avverso il rilascio della autorizzazione unica. La società Biomasse Power srl, controllata dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa, ha invece spiegato intervento ad adiuvandum.

Alla udienza pubblica del 9 luglio 2015 tutte le cause sono state discusse e trattenute in decisione.

Preliminarmente dev'essere disposta la riunione di tutti i giudizi in quanto connessi oggettivamente, avendo tutti per oggetto lo scrutinio di legittimità della determina dirigenziale regionale n. 23 del 23.06.2014 e dei successivi provvedimenti di autotutela regionale, rispettivamente, di revoca e di annullamento d'ufficio.

I ricorsi RG 365, 367, 383 e 395 del 2014 vanno dichiarati improcedibili in quanto l'intervento regionale in autotutela, da ultimo con annullamento d'ufficio della autorizzazione unica, ha privato i ricorrenti di ogni interesse alla statuizione giurisdizionale dalla quale non potrebbero trarre alcuna utilità giuridica ulteriore rispetto al provvedimento regionale di annullamento d'ufficio che ha rimosso con efficacia ex nunc la determina dirigenziale impugnata.

Si tratta di pronuncia in rito condizionata, tuttavia, all'esito dell'impugnativa dei provvedimenti di autotutela regionale, successivamente gravati dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF srl con il distinto ricorso RG 30/2015, integrato da motivi aggiunti che, ove accolti, comporterebbero la reviviscenza dell'autorizzazione unica annullata e, con essa, il riemergere dell'interesse alla decisione dei ricorsi proposti avverso la stessa.

Tuttavia, ai fini della verifica della procedibilità del ricorso proposto dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF srl, reputa il collegio di dover prendere le mosse proprio dai ricorsi notificati avverso il rilascio dell'autorizzazione unica regionale che, laddove fondati, priverebbero le stesse controinteressate Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e GSF srl di ogni interesse alla contestazione dei provvedimenti regionali di autotutela.

Ed infatti l'eventuale fondatezza delle censure proposte dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF srl avverso i provvedimenti di autotutela, lungi dal comportare il conseguimento, in via definitiva, del titolo giuridico legittimante l'intervento, comporterebbe la reviviscenza dell'originaria determina dirigenziale n. 23 del 23.6.2014 e, con essa, dell'interesse alla decisione dei motivi di censura indirizzati avverso il rilascio della autorizzazione medesima, motivi che, ove fondati, sortirebbero l'effetto contrario a quello avuto di mira, quello cioè di precludere l'ottenimento del titolo giuridico richiesto.

Nessuna giuridica utilità può dunque discendere dall'esame dei motivi di censura articolati avverso i due provvedimenti di autotutela se le doglianze indirizzate avverso l'originaria determina regionale n. 23/2014 dovessero risultare fondate, dimodochè, dal punto di vista logico giuridico, è proprio tale questione a dover essere affrontata in via prioritaria, in quanto idonea ad incidere sulla procedibilità dei ricorsi avverso i provvedimenti di autotutela.

Al contempo, neppure l'eventuale accoglimento dei soli motivi aggiunti, solleverebbe il collegio dall'obbligo di scrutinare la fondatezza dei motivi di censura indirizzati avverso l'originaria determina dirigenziale n. 23/2014, essendo tale indagine comunque indispensabile, quanto meno ai fini dell'accertamento della fondatezza della domanda di pagamento dell'indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990, la cui ammissibilità presuppone la validità e l'efficacia del provvedimento oggetto di revoca, non potendosi configurare un affidamento meritevole di tutela e, come tale, suscettibile di ristoro economico, allorché il provvedimento oggetto di revoca sia stato autonomamente impugnato dal controinteressato e risulti annullabile per vizi di legittimità fatti valere con impugnativa giurisdizionale tempestivamente proposta.

Se infatti la revoca, legittimamente disposta, fa venire meno l'interesse all'annullamento del provvedimento, in capo a coloro che ne patiscono gli effetti pregiudizievoli, in quanto già rimosso dal mondo giuridico, solo un provvedimento inoppugnabile è idoneo a fondare in capo a chi si giova dei suoi effetti favorevoli, un affidamento meritevole di tutela e la conseguente pretesa all'indennizzo ove successivamente legittimamente revocato; si rende pertanto necessario scrutinare, in ogni caso, la fondatezza o meno della impugnativa principale che, ove tempestivamente proposta, ne preclude la inoppugnabilità e, con essa, la possibilità di riconoscere l'indennizzo.

Quale che sia l'esito del giudizio proposto dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF srl avverso i provvedimenti di revoca e, successivamente, di annullamento d'ufficio, è dunque necessario esaminare, in via prioritaria, i ricorsi proposti avverso l'autorizzazione unica regionale che, ove fondata, determinerebbero l'improcedibilità del primo, privando la Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e la GSF srl di ogni interesse alla loro decisione, stante il carattere insuperabile dell'effetto preclusivo, rispetto al bene della vita richiesto, anche nella succedanea forma indennitaria, derivante dall'accertamento della illegittimità dell'autorizzazione regionale.

L'esame prioritario dei ricorsi avverso l'autorizzazione unica regionale viene dunque condotto non nella prospettiva della domanda di annullamento della medesima che, allo stato, come si è detto, è priva di interesse, bensì della procedibilità di quella di annullamento degli atti di autotutela regionale, al fine di acclarare se la Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e la GSF srl possano trarre una qualche utilità giuridica dalla pronuncia giurisdizionale.

Tanto precisato in relazione all'ordine di trattazione dei ricorsi, reputa il collegio di dover prendere le mosse dalle doglianze articolate dalla Provincia di Campobasso e dal Comune di Bojano stante il loro carattere dirimente ed assorbente di ogni ulteriore contestazione.

In particolare la Provincia di Campobasso ed il Comune di Bojano hanno eccepito la violazione del divieto di localizzare impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nelle aree c.d. IBA (Important Bird Area), sancito dall'art. 2, comma 2, della legge regionale n. 22 del 2009, atteso che quella prescelta per la localizzazione è pacificamente una "Important Bird Area".

Il motivo è fondato.

La legge della Regione Molise 7 agosto 2009, n. 22 recante "Nuova disciplina degli insediamenti degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili nel territorio della Regione Molise" all'art. 2 prevede che: "1. Nell'ambito delle competenze regionali stabilite dall'articolo 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387, e successive modificazioni ed integrazioni, la Regione Molise individua le seguenti aree come non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili:

- a) parchi e preparchi o zone contigue e riserve regionali;
- b) zona 1 di rilevante interesse dei parchi nazionali istituiti nel territorio della regione;
- c) zone di "protezione e conservazione integrale" dei Piani Territoriali Paesistici.

2. Le Zone di protezione ambientale (ZPS) e le aree IBA (important bird area) sono da intendersi quali aree non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, salvo quanto previsto all'articolo 5, comma 1, lettera l), del decreto del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 17 ottobre 2007 (Criteri minimi uniformi per la definizione delle misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)).

3. I territori ricadenti nei Siti di Interesse Comunitario (SIC) sono da intendersi quali aree idonee all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili solo a seguito di esito favorevole della valutazione di incidenza naturalistica, effettuata ai sensi del decreto legislativo n. 357/1997 e della valutazione di impatto ambientale".

Sul piano della legislazione nazionale occorre rammentare che l'art. 5 del Decreto del Ministero dell'Ambiente del 17.10.2007, contenente misure minime di conservazione valide per le ZPS, alla lettera l), vieta l'installazione di impianti eolici all'interno delle ZPS, a prescindere da qualsivoglia valutazione di incidenza o di impatto ambientale, fatta eccezione per le istanze per le quali, alla data di emanazione del decreto in parola, sia stato avviato il procedimento di autorizzazione.

Le Regioni hanno recepito siffatta misura di salvaguardia, spesso estendendo il divieto in questione alle IBA ("Important Bird Area"), in applicazione del principio di precauzione, attraverso l'adozione di apposite leggi o di delibere di Giunta, soprattutto nella disciplina della c.d. verifica di assoggettabilità a VIA – screening.

In particolare la Regione Molise, come si è detto, con l'art. 2, comma 2, della legge regionale n. 22/2009 richiama espressamente il D.M. 5.10.2007 e, allineandosi alla disposizione ministeriale - nei termini poi ripresi dalle nuove linee guida adottate con delibera di Giunta n. 1074 del 16.11.2009 -, prevede che le ZPS e le IBA siano da intendersi, sempre e comunque, aree non idonee all'installazione di ogni tipologia di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere dall'esperimento della V.I.A.

In giurisprudenza si è posta la problematica circa la legittimità di tale divieti generalizzati stante il favor della normativa comunitaria per la promozione delle fonti di energia rinnovabili.

Occorre rammentare che la genesi del D.M. 17.10.2007 va rinvenuta in una procedura di infrazione preannunciata con parere motivato dalla Commissione europea. E, infatti, in data 28 giugno 2006, la Commissione europea ha emesso nei confronti dello Stato italiano, nell'ambito della procedura d'infrazione n. 2006/2131 (avviata per non conformità al diritto comunitario della normativa italiana di recepimento della Direttiva 1979/409/CE), un parere motivato nel quale ha contestato la violazione, fra gli altri, degli artt. 2, 3 e 4 della Direttiva 1979/409/CE, che prevedono l'obbligo di

adottare le misure necessarie per preservare, mantenere o ristabilire per tutte le specie una varietà e una superficie di "habitat", nonché misure speciali di conservazione.

Con l'art. 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge Finanziaria 2007), al fine di prevenire ulteriori procedure d'infrazione, è stata delegata al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare l'individuazione, mediante decreto, dei criteri minimi uniformi sulla base dei quali le Regioni devono adottare le misure di conservazione di cui agli artt. 4 e 6 del D.P.R. 8 settembre 1997 n. 357 (con cui è stata data attuazione alla direttiva 92/43/CEE) da valere anche per le zone di protezione speciale di cui alla direttiva "uccelli" (1979/409/CE).

La delega è stata attuata, per l'appunto, con il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17 ottobre 2007 (pubblicato in G.U. n. 258 del 6 novembre), intitolato "Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)".

E' stato sostenuto che il divieto generalizzato di realizzare impianti eolici nelle ZPS (ovvero, zone di protezione speciale) e nelle IBA ("important bird area"), senza preventiva verifica di incidenza ed eventuale V.I.A., si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale dettata in materia di disciplina autorizzativa degli impianti eolici, come pure della stessa specifica normativa di tutela dettata per le IBA e per le ZPS; e, infatti, dalla normativa comunitaria e da quella nazionale di recepimento emerge il "favor" espresso nei confronti della realizzazione di centrali eoliche, in quanto impianti destinati a produrre energia "pulita"; al contempo, il legislatore comunitario (cfr. art. 6, comma 3 della direttiva 92/43/CEE) e nazionale (art. 5 D.P.R. 357/97 come modificato dall'art. 6 del D.P.R. 12 marzo 2003, n. 120) e la stessa Corte di Giustizia CE (sez. IV, 4 ottobre 2007, causa C-179/06), non contemplano un divieto assoluto e generalizzato di realizzazione di tali impianti nelle aree ZPS, IBA e SIC ma, tenuto conto degli aspetti di criticità ambientale, li hanno assoggettati a specifiche procedure di valutazione di impatto e incidenza ambientale.

Sul punto, la giurisprudenza inizialmente ha espresso orientamenti discordanti: nel senso della legittimità del divieto generalizzato recato dal citato art. 5 si è pronunciato il TAR Lazio, Roma, sez. 1 ter, n. 3040/2010; nel senso della sua illegittimità il TAR Puglia, Bari, I, con sentenze n. 2128/2008 e n. 3456/2001 nonché il TAR Molise con sentenze n. 52/2011 e n. 53/2011.

Sulla medesima questione sempre il TAR Puglia - Bari con ordinanza 15.12.2009, n. 273 ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. La Corte di Giustizia UE, con sentenza 21 luglio 2011 (in C-2/10), ha statuito che <<la direttiva del Consiglio 21 maggio 1992, 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli "habitat" naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, la direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 27 settembre 2001, 2001/77/CE, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 aprile 2009, 2009/28/CE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a una normativa che vieta l'installazione di aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo, su siti appartenenti alla Rete ecologica europea - Natura 2000, senza alcuna previa valutazione dell'incidenza ambientale del progetto sul sito specificamente interessato, a condizione che i principi di non discriminazione e di proporzionalità siano rispettati>>.

Ne discende che in caso di installazione di aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo, i divieti generalizzati di localizzazione di impianti eolici in aree ZPS introdotti dall'art. 5 del D.M. 17.10.2007, e dalle leggi regionali che vi si conformano, devono ritenersi conformi al diritto comunitario, ove si accerti il rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità evocati dalla Corte di Giustizia quale parametro di legittimità delle misure limitative recanti divieti generalizzati (per una recente applicazione del principio, cfr. TAR Puglia - Bari, n. 674/2013 e TAR Molise, n. 457/2013).

I principi espressi dalla richiamata sentenza della Corte di Giustizia UE sono suscettibili di generalizzazione in tutti i casi di autorizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili in quanto ricompresi nel campo di applicazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 aprile 2009, 2009/28/CE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, sicchè legittimamente l'art. 2, comma 2, della legge regionale n. 22/2009, prevede che le ZPS e le IBA siano da intendersi, sempre e comunque, aree non idonee all'installazione di qualunque tipo di impianto di produzione di energia da fonti rinnovabili, a prescindere dall'esperimento della V.I.A.

Del resto si tratta di previsione compatibile con la normativa statale sopravvenuta e, in particolare, con il D.M. 10.9.2010, recante l'approvazione delle Linee Guida Nazionali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, secondo cui le Regioni possono indicare come aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti, anche le IBA, in quanto aree particolarmente sensibili e/o vulnerabili alle trasformazioni territoriali o del paesaggio.

Del resto nessuna censura di violazione del diritto comunitario nè di incostituzionalità è stata mossa dalle parti in relazione alla predetta disposizione di legge regionale che, in quanto valida ed efficace, non può non produrre effetti preclusivi rispetto alle domande di rilascio di titoli autorizzatori, mentre le contrastanti disposizioni previste, all'art. 16.1. lett. i), dalle nuove linee guida regionali di cui alla DGR n. 621/2011 devono essere disapplicate per contrasto con la fonte regionale primaria.

In particolare la compatibilità con il diritto comunitario di siffatti divieti generalizzati nella materia della protezione ambientale è già stata affermata dalla richiamata pronuncia della Corte di Giustizia UE sicchè non si pone un problema di possibile disapplicazione della predetta norma di legge, potere, come noto, riconosciuto in capo ad ogni autorità

amministrativa, obbligata, in caso di antinomia tra fonte legislativa nazionale e fonte comunitaria, ad applicare quest'ultima; mentre sul diverso piano della costituzionalità della previsione di legge in esame, la questione avrebbe potuto essere prospettata dalle parti o sollevata d'ufficio dal giudice laddove l'autorità amministrativa regionale avesse negato il rilascio dell'autorizzazione, nella doverosa applicazione di una norma di legge regionale, pur se di dubbia compatibilità costituzionale, mentre deve ritenersi priva di rilevanza analoga questione in un giudizio in cui l'autorità amministrativa abbia disapplicato una norma di legge sospetta di incostituzionalità, non potendo l'autorità amministrativa esercitare un siffatto sindacato diffuso in quanto rigidamente vincolata al rispetto del principio legalità, con conseguente illegittimità del provvedimento adottato in violazione di legge.

Errano dunque le ricorrenti quanto affermano (p. 19 del ricorso) che l'autorità amministrativa avrebbe legittimamente disapplicato una norma di legge regionale comportante una illegittima limitazione di interventi definiti dalla legislazione nazionale "di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti" in quanto l'autorità amministrativa ha il poterdovere di non applicare il diritto nazionale (statale e regionale) in contrasto con il diritto comunitario ma non ha il potere di disapplicare norme di legge sospette di incostituzionalità, potere riconosciuto in via eccezionale alla sola autorità giurisdizionale, nei soli limiti della tutela cautelare e previa contestuale remissione della questione alla Corte Costituzionale.

La determina dirigenziale n. 23 del 2014, autorizzando l'installazione dell'impianto di produzione a biomasse si pone, dunque, in frontale contrasto con il divieto di localizzazione posto dall'art. 2, comma 2 della legge regionale n. 22 del 2009 ed è pertanto illegittima per violazione di legge, non potendo in alcun modo giovare alla tesi contraria, la circostanza per cui l'impianto verrebbe ad essere localizzato nell'area del Consorzio industriale di Bojano – Campobasso, atteso che la norma di legge regionale sopravvenuta non può che prevalere sulle previsioni localizzative del piano consortile, sia perché fonte sovraordinata, sia in quanto norma successiva sia in quanto norma speciale (per l'ipotesi di approvazione del piano consortile con legge regionale).

Ogni ulteriore censura mossa dalla Provincia di Campobasso, dal Comune di Bojano e dagli altri ricorrenti deve essere assorbita non sussistendo interesse alcuno alla loro disamina.

Dalla accertata illegittimità della autorizzazione unica regionale, discende, come anticipato, non tanto il suo annullamento (in quanto già disposto in via di autotutela) quanto l'improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF srl atteso che dal loro accoglimento non potrebbe discendere altro effetto che quello dell'annullamento (questa volta in sede) giurisdizionale della determina regionale n. 23/2014, in accoglimento del ricorso proposto dalla Provincia di Campobasso e dal Comune di Bojano il cui interesse alla decisione riemergerebbe con la reviviscenza della autorizzazione unica, conseguente alla rimozione dei provvedimenti di secondo grado.

Ferma l'improcedibilità della domanda di annullamento proposta dalla Di Zio Costruzioni Meccaniche spa e dalla GSF, la sopravvenuta carenza di interesse va dichiarata anche in relazione alla domanda di pagamento dell'indennizzo ex art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990 proposta, in via subordinata, dalle medesime società in relazione al provvedimento di revoca atteso che, per l'ipotesi di fondatezza dei soli motivi aggiunti (con conseguente annullamento del provvedimento di annullamento d'ufficio e reviviscenza della revoca), l'originario provvedimento di autorizzazione, in quanto sub iudice ed affetto da un palese vizio di illegittimità tempestivamente denunciato, non può ritenersi idoneo ad ingenerare una situazione di affidamento meritevole di tutela e, come tale, idonea a giustificare il riconoscimento dell'indennizzo ex lege: ciò in quanto la palese violazione delle disposizione di legge regionale era ben conoscibile, secondo la diligenza media dell'operatore economico, dalla società promotrice anche tenuto conto del precedente specifico di questo TAR di cui alla sentenza 28 giugno 2013, n. 457. Ai fini della esclusione di un affidamento meritevole di tutela rileva anche la circostanza dell'immediato avvio dei procedimenti di riesame che seguivano un provvedimento di sospensione adottato a distanza di poche settimane dal rilascio dell'autorizzazione unica.

L'indennizzo non è comunque dovuto atteso che il provvedimento presidenziale di revoca, conformemente a quanto disposto dalla DGR n. 578 del 4.11.2014, aveva effetti meramente interinali in quanto espressamente condizionato alla imminente adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio, oggetto, a quella data, di approfondimento istruttorio e successivamente formalmente adottato, con l'effetto di superare ed assorbire la revoca medio tempore disposta (cfr. art. 2 del decreto presidenziale n. 111 del 5.11.2014 ove si legge "Decreta..Articolo 1. Di revocare la determinazione del Servizio Programmazione Politiche Energetiche n. 23 del 23 giugno 2014 relativa alla autorizzazione in favore della ditta Di Zio Costruzioni Meccaniche spa Articolo 2 ...Di fare comunque salva l'eventuale determinazione di annullamento del medesimo atto disposta dal Direttore del Servizio Programmazione Politiche Energetiche...").

La domanda di corresponsione dell'indennizzo è dunque infondata anche nel merito e a tale conclusione il collegio ritiene di dover pervenire anche in relazione alla domanda risarcitoria proposta in via concorrente, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., sempre in relazione al provvedimento di revoca.

In via generale è utile premettere che nel caso di specie l'azione amministrativa non ha avuto per effetto quello di ledere ingiustamente una pretesa al rilascio dell'autorizzazione, riconosciuta e garantita da una norma di legge ma, al contrario, si è tradotta nel rilascio di un titolo autorizzatorio in violazione di una norma di legge che lo vietava espressamente.

La Regione quindi non ha negato un bene della vita dovuto ma ne ha temporaneamente attribuito uno non dovuto, in quanto vietato da una norma di legge, salvo poi intervenire per ricondurre l'azione amministrativa nell'alveo della

legalità mediante ricorso al potere di annullamento d'ufficio, a tutela anche degli interessi ambientali suscettibili di ricevere pregiudizio dalla decisione illegittima.

Non sussiste dunque alcun danno *contra ius*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2043 c.c., tenuto conto che l'autorizzazione unica, nel caso di specie, non poteva essere comunque rilasciata e quindi non ricorre alcuna lesione di situazioni giuridicamente tutelate riferibili alla sfera giuridica della società istante.

Le ricorrenti prospettano tuttavia un titolo risarcitorio sul diverso piano delle regole di condotta e quindi della responsabilità precontrattuale, in relazione alla possibile violazione dell'obbligo di buona fede ed ai possibili pregiudizi patrimoniali, ristorabili nei limiti dell'interesse negativo, che comunque si ricollegano alla adozione, seppur legittima, di un provvedimento di revoca.

Il collegio reputa al riguardo che la condotta tenuta dagli organi della Regione Molise non possa giustificare una pretesa risarcitoria per tale titolo, atteso che il comportamento della impresa istante non è esente da colpa grave, essendo ben conoscibile, secondo l'ordinaria diligenza, la previsione di legge ostativa alla localizzazione dell'impianto, come pure il precedente specifico di questo TAR che ne aveva chiarito la portata applicativa; ai sensi e per gli effetti dell'art. 1338 c.c., il vizio da cui è poi risultata affetta l'autorizzazione regionale e che ha indotto gli organi regionali a disporre, dapprima la sospensione, e successivamente, la revoca, in via provvisoria, nelle more del provvedimento di annullamento in autotutela, era dunque ben conoscibile, usando l'ordinaria diligenza, sicchè il danno patrimoniale conseguente ai costi sostenuti per presentare la domanda di rilascio del titolo autorizzatorio e tutti quelli connessi all'iter autorizzativo, gli unici in astratto suscettibili di ristoro, non possono che restare a carico della società istante.

In conclusione quandanche il provvedimento di autorizzazione unica fosse stato illegittimamente rimosso in via di autotutela, sarebbe stato comunque annullato, con efficacia *ex tunc* in accoglimento dei ricorsi proposti dalla Provincia e dal Comune di Bojano sicchè nessuna pretesa indennitaria o a titolo di responsabilità precontrattuale è meritevole di favorevole delibazione, fatta salva la pretesa risarcitoria per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento amministrativo ampliativo della sfera giuridica del beneficiario e successivamente annullato in sede giurisdizionale o in autotutela, che tuttavia esula dalla cognizione di questo giudice in quanto devoluta alla cognizione del giudice ordinario, come correttamente riconosciuto dalla stessa GSF srl.

Alla luce delle considerazioni che precedono anche il ricorso RG 30/2015 deve essere dichiarato, in parte, improcedibile mentre, con riguardo alla domanda risarcitoria ex artt. 1337 e 1338 c.c. ed a quella di corresponsione dell'indennizzo ex art. 21 quinquies legge n. 241 del 1990, va respinto.

La complessità della vicenda procedimentale induce a ritenere sussistenti gravi motivi per disporre la compensazione integrale delle spese di lite.

(Omissis)