

Autorizzazione alla realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica

T.A.R. Molise, Sez. I 15 marzo 2017, n. 84 - Ignazio pres.; De Falco, est. - Ministero dei beni culturali ed a. (Avv. distr. Stato) c. Comune di Sant'Elia a Pianisi (n.c.) ed a.

Ambiente - Autorizzazione alla realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

Con ricorso straordinario al Capo dello Stato notificato in data 13 gennaio 2016, il Ministero dei Beni e delle Attività culturali ha impugnato, chiedendone la declaratoria di nullità o di annullamento, l'autorizzazione rilasciata dal Comune di Sant'Elia con determinazione dirigenziale in data 15 gennaio 2015, n. 191 in favore dell'Azienda Agricola De Simone Nicodemo per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica.

In particolare, l'azienda predetta proponeva di costruire un impianto c.d. minieolico di altezza massima non superiore ai 30 metri e della potenza di 60 Kw, da installare in località "Ciardi" ad una distanza di circa 1.500 metri (secondo quanto da essa rappresentato) da un'area boschiva sottoposta a tutela ex lege ai sensi dell'art. 142, co. 1, lett. g) del d.lgs. n. 42/2004.

Con atto notificato in data 29 gennaio 2016 la controinteressata ha proposto opposizione, chiedendo che la decisione fosse traspunta in sede giurisdizionale e il MIBACT ha depositato in data 23 marzo 2016 innanzi a questo Tribunale l'atto di costituzione.

Il ricorrente afferma di aver adottato, non appena avvedutosi dei lavori di realizzazione dell'impianto, il provvedimento del 22 settembre 2015 (prot. n. 196 Cl.34.19.04/7/1) con cui ha sospeso l'intervento in essere.

In particolare, l'Amministrazione attrice si duole che il provvedimento abilitativo del comune sia stato emesso in asserita carenza del proprio parere vincolante, il quale, invece, doveva considerarsi essenziale, in quanto prescritto dall'art. 152 del codice dei beni culturali e realizzato in area posta in zona contermina a quella oggetto di tutela.

Ciò considerato, l'Amministrazione ha proposto il ricorso straordinario predetto, affidando il gravame all'unico articolato motivo, così di seguito rubricato sintetizzato.

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 152 d.lgs. n. 42/2004; art. 146 del d.lgs. n. 42/2004; art. 6 del d.lgs. n. 28/2011; art. 12 del d.lgs. n. 387/2003; art. 1 l. n. 241/1990; art. 3 della l. n. 241/1990; art. 7 della l. n. 241/1990; art. 14 della l. n. 241/1990; art. 14-ter della l. n. 241/1990; art. 14-quater della l. n. 241/1990; art. 97 Cost.; art. 9 Cost.; art. 117 Cost; Linee guida nazionali approvate con DM 10.9.2010; linee guida regionali approvate con DGR n. 621/2011; principi del giusto procedimento; principi sulla leale collaborazione tra Amministrazioni pubbliche ed enti territoriali.

Eccesso di potere per difetto di istruttoria, sviamento di potere; ingiustizia manifesta.

L'Amministrazione ricorrente, dopo aver premesso che il fulcro del giudizio riguarda il rilascio dell'autorizzazione senza l'acquisizione del parere della Soprintendenza che avrebbe carattere obbligatorio e vincolante, contesta la nullità del provvedimento autorizzatorio per la predetta carenza del parere della Soprintendenza ai Beni culturali in violazione delle Linee Guida nazionali approvate con DM del 10 settembre 2010. Queste al punto 14.9 hanno espressamente riconosciuto al Ministero i poteri di cui all'art. 152 del d.lgs. n. 42/2004, anche con riguardo alle aree contermina a beni paesaggistici riconosciuti come tali dalla legge, come è il caso delle aree boschive (qui il Bosco Cerreto).

Il procedimento svolto avrebbe dovuto necessariamente comprendere la valutazione della Soprintendenza, considerata anche la realizzazione nella medesima area di altri impianti eolici e la conseguente necessità di un contributo di questa sull'assetto complessivo dell'area.

Né, prosegue l'Amministrazione, la circostanza che l'impianto da realizzare sia sottoposto alla procedura semplificata di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 68/2011 comporta alcuna deroga al ruolo e alle funzioni dell'Amministrazione preposta alla tutela del paesaggio, come conferma lo stesso art. 6 che prevede espressamente la convocazione di una conferenza di servizi nel caso siano previsti nel procedimento atti di assenso da parte di Amministrazioni diverse da quella comunale.

Con atto depositato in data 25 agosto 2016 si è costituita la controinteressata Azienda Agricola De Simone Nicodemo, rilevando che l'Amministrazione attrice avrebbe posto in essere un'attività persecutoria con riguardo all'impianto progettato e che il presente giudizio sarebbe strettamente connesso a quello avente ad oggetto i provvedimenti di sospensione dei lavori, adottati dalla stessa Amministrazione e sospesi da questo Tribunale.

La controinteressata rileva che l'impianto che essa intenderebbe realizzare non sarebbe posto in zona non vincolata e nemmeno contermina.

In via preliminare l'Azienda Agricola eccepisce la tardività del ricorso straordinario al Capo dello Stato, in quanto notificato in data 13 gennaio 2016, laddove il provvedimento impugnato risale al 15 gennaio 2015; pur prendendo in

considerazione le date in cui l'Amministrazione avrebbe acquisito la conoscenza effettiva dell'intervento, risulterebbe che il ricorso sarebbe comunque tardivo, atteso che l'Amministrazione ha chiesto la verifica della forestale precedentemente all'11 settembre 2015 (data indicata nel protocollo della comunicazione della Forestale) e quindi 124 giorni prima della notifica del ricorso straordinario.

In ogni caso sarebbe tardivo anche il deposito del ricorso, perché eseguito oltre il termine dimidiato applicabile anche al caso di procedimenti della specie, atteso che l'opposizione è stata notificata il 29 gennaio 2015 mentre il MIBACT ha depositato il ricorso innanzi al TAR Molise il 23 marzo 2016 oltre quindi il termine dimidiato applicabile anche al deposito del rimedio straordinario.

Nel merito la controinteressata adduce di aver osservato minuziosamente tutti gli adempimenti previsti dall'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011 e che trattandosi di un intervento in zona non vincolata e non interessata da alcun piano paesistico non sarebbe stato necessario né coinvolgere il MIBACT nel procedimento né chiedere alcun parere a tale Amministrazione.

Con gli ulteriori scritti l'Amministrazione ricorrente ha insistito nelle proprie argomentazioni, sviluppandole ulteriormente e all'udienza pubblica dell'11 gennaio 2017 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Può prescindere dallo scrutinio delle eccezioni di rito proposte dalla controinteressata perché il ricorso è infondato nel merito.

La controversia oggetto del presente giudizio ha ad oggetto il provvedimento con cui il Comune Sant'Elia a Pianisi ha comunicato all'odierna controinteressata il nulla osta alla realizzazione dell'impianto c.d. minieolico in un'area non sottoposta a vincoli paesaggistici, ma che l'Amministrazione ricorrente ritiene situata in zona "contermine" rispetto ad un bene paesaggistico sottoposto a vincolo *ex lege*.

E' bene precisare che la definizione di zona contermine è contenuta al punto 14.9 del DM 10 settembre 2010 (recante le linee guida nazionali in tema di autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, sostanzialmente replicate nelle Linee guida dettate dalla Regione Molise nel 2011) a mente del quale il MIBACT esercita i poteri di cui all'art. 152 del d.lgs. n. 42/2004 ("interventi soggetti a particolari prescrizioni") anche con riguardo al procedimento relativo ad impianti ricadenti in aree poste a distanza pari a 50 volte l'altezza del manufatto da realizzare rispetto al bene oggetto di vincolo ("contermine").

In sostanza, sulla base della disposizione delle Linee Guida appena citata anche gli impianti ricadenti in aree non direttamente vincolate sono oggetto dei poteri di intervento del Ministero se collocati ad una distanza che per le opere come quella di specie (30 metri circa) equivale a circa 1.500 metri.

L'Amministrazione ritiene che tale disciplina sia applicabile indistintamente a tutte le tipologie di impianti eolici siano essi quelli "ordinari" siano quelli c.d. minieolici ovvero, secondo la definizione di cui al punto 12.6 delle richiamate linee guida, gli "impianti eolici non ricadenti fra quelli di cui alla lettera a) ed aventi capacità di generazione inferiore alle soglie indicate alla tabella A allegata al Dlgs 387/2003, come introdotta dall'articolo 2, comma 161, della legge 244/2007" (soglia che per l'eolico è fissata a 60Kw).

Ciò posto sul piano normativo, non costituisce oggetto di contestazione che l'impianto di cui è causa abbia una potenza non superiore a 60 Kw e che quindi rientri nell'ambito di quelli per i quali è applicabile la procedura autorizzativa semplificata di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011; deve invece stabilirsi se tale procedura semplificata escluda l'applicazione delle Linee Guida nella parte in cui prevedono l'estensione dei poteri ministeriali anche agli impianti ricadenti in zone contermini non oggetto di vincolo diretto.

Ritiene il Collegio che a tale quesito debba darsi risposta negativa, militando a tal fine argomenti di ordine testuale e sostanziale.

Con riguardo al primo profilo, l'art. 5 del d.lgs. n. 28/2011, nel definire l'ambito di applicazione dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, fa espressamente salvo quanto previsto dagli articoli 6 e 7 del medesimo decreto concernenti l'autorizzazione semplificata.

In particolare l'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011 detta il procedimento semplificato per la realizzazione degli impianti c.d. minieolici, indicando gli adempimenti che gli interessati devono porre in essere per conseguire il titolo abilitativo, con una formulazione di tipo esaustivo e sostitutivo rispetto alle previsioni dettate dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, con la conseguenza di rendere non applicabile alle fattispecie in questione la disciplina dettata da tale ultimo articolo e dalle Linee Guida che ne costituiscono *ex professo* applicazione.

Del resto, come già recentemente rilevato da questo Tribunale, le disposizioni delle Linee Guida si applicano al solo procedimento di autorizzazione unica, "*in applicazione di un evidente criterio di proporzionalità, peraltro espressamente richiamato dall'art. 4, comma 1 del d. lgs. n. 28/2011 che codifica i 'principi' di disciplina delle autorizzazioni e procedure amministrative*" (TAR Molise, sentenza 26 settembre 2016, n. 363).

Sotto questo aspetto, il d.lgs. n. 28/2011 non contiene una deroga alla disciplina dell'autorizzazione unica, come sostiene l'Amministrazione ricorrente, ma detta un regime autonomo che non richiama l'applicazione delle Linee Guida e che quindi non contempla nemmeno l'estensione dei poteri ministeriali con riguardo alle aree contermini, non previste nel regime semplificato (e previste invece all'art. 14.9 delle linee guida), con ciò esprimendo una scelta sul piano sostanziale coerente con l'impatto paesaggistico, certamente minore, data la limitata potenza di siffatti impianti di produzione di energia.

In tal modo il Legislatore pare aver compiuto un bilanciamento di interessi tra le esigenze della produzione e quelle paesaggistiche, privilegiando le prime, allorchè la portata limitata dell'impianto e l'assenza di vincoli paesaggistici diretti giustifichi l'eliminazione di specifici poteri di intervento dell'autorità paesaggistica e la possibilità di realizzare l'opera sulla base dei soli adempimenti previsti dall'art. 6 del d.lgs. n. 387/2003.

Né convince la portata solo procedimentale della disciplina semplificata di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 28/2011, a cui conduce la lettura proposta dalla ricorrente, dovendosi in contrario rilevare che un'eventuale estensione del potere ministeriale anche agli impianti in discorso dovrebbe trovare un espresso addentellato nella normativa primaria, non bastando a tal fine la previsione di cui all'art. 14.9 delle linee guida espressamente applicabili alla sola autorizzazione unica di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003.

Osserva infatti il collegio che essendo la procedura semplificata istituito ispirato al principio di liberalizzazione secondo il modello della SCIA appare intrinsecamente contraddittoria la tesi che vorrebbe convertire un potere di controllo eventuale ex post – qual è quello ex art. 152 - in un parere preventivo obbligatorio – secondo lo schema del punto 14.9 lett. c) del DM 10.9.2010: il principio di liberalizzazione dell'attività amministrativa si fonda proprio sul superamento del provvedimento autorizzatorio quale titolo necessario di legittimazione allo svolgimento di una determinata attività, da rilasciare preventivamente, fermi i poteri amministrativi interdittivi e di controllo esercitabili ex post dall'autorità amministrativa sicchè la previsione del potere prescrittivo da esercitare ex post in sede di realizzazione dell'intervento, secondo quanto contemplato dall'art. 152, appare pienamente coerente con la ratio ispiratrice della PAS; al contrario prevedere, in assenza di vincolo paesaggistico, la necessità del preventivo rilascio di un parere equivale sostanzialmente a riprocedimentalizzare un istituto di liberalizzazione fondato sul diverso principio di autoresponsabilità del privato.

Non coglie nel segno neppure l'ulteriore doglianza secondo cui la concomitanza dell'iniziativa con altre analoghe insistenti nella stessa area avrebbe dovuto condurre ad un apprezzamento unitario delle stesse, giustificando così la competenza dell'Amministrazione MIBACT; trattasi infatti di iniziative distinte e da considerarsi autonomamente in quanto promananti da soggetti giuridicamente diversi e come tali non valutabili unitariamente, se non per i profili di interferenza.

In definitiva il provvedimento impugnato risulta immune dai vizi censurati dall'Amministrazione resistente e il ricorso deve conseguentemente essere respinto.

La novità della questione su cui si è incentrato il presente giudizio costituisce motivo eccezionale per disporre la compensazione delle spese del presente giudizio.

(Omissis)