

# Illegittimo procedimento di archiviazione dell'istanza di autorizzazione per la realizzazione di un impianto eolico

T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII 18 gennaio 2018, n. 398 - Gabbricci, pres. ed est. - Ecoenergia S.r.l. (avv. Annunziata) c. Regione Campania (avv.ti Monti, Bove, D'Elia).

**Ambiente - Criteri per la individuazione delle aree non idonee all'installazione di impianti eolici con potenza superiore a 20 KW - Procedimento di archiviazione dell'istanza di autorizzazione per la realizzazione di un impianto eolico - Illegittimità.**

(*Omissis*)

## FATTO e DIRITTO

1. La società Ecoenergia S.r.l. ha presentato, in data 31.10.2007, istanza ai sensi dell'art. 12 D.Lgs. n. 387/2003 per la realizzazione di un impianto eolico da 39 MW nei Comuni di Vallata e Scampitella.

L'iter procedimentale, condotto oltre i termini previsti, è stato interessato da più sedute di Conferenza di Servizi, delle quali l'ultima, del 23.10.2015, acquisiti i pareri e le autorizzazioni richieste, si è conclusa con esito positivo.

1.1 Modificatosi però il quadro regolamentare regionale per la produzione di energia eolica, con nota prot. n. 2016.0804041 del 09.12.2016, il Dirigente della UOD 04 "Energia e Carburanti" ha comunicato alla società ricorrente il "preavviso di archiviazione con esito negativo dell'istanza presentata con prot. n. 2007.0922630 del 31.10.2007..." relativo al detto progetto.

1.2 Nel menzionato preavviso sono stati richiamati:

- la deliberazione di G.R.C. 533 del 04.10.2016 (pubblicata nel BURC n. 77 del 21.11. 2016) con la quale la Regione Campania ha emanato i criteri per l'individuazione delle aree non idonee all'installazione di impianti eolici con potenza superiore a 20 Kw, stabilendo che "tutti i procedimenti amministrativi non conclusi alla data di entrata in vigore della legge regionale n. 6/2016 ovvero avviati dopo tale data sono conclusi in conformità alle disposizioni dettate dal presente provvedimento..." e che "con riferimento ai procedimenti non conclusi relativi ad istanze volte al rilascio di titoli autorizzativi per impianti eolici situati in aree non idonee e precluse in modo assoluto, gli uffici competenti della Regione Campania procedono direttamente al rigetto previa comunicazione ai sensi dell'art. 10 bis della L. 241/90 e ss.mm.ii. non necessitando una preventiva valutazione/rivalutazione del progetto. Sono sempre considerate aree non idonee e precluse in modo assoluto quelle situate in Comuni definiti saturi";

- il decreto dirigenziale n. 442 del 05.12.2016 con il quale sono stati individuati i Comuni (tra cui anche Vallata e Scampitella) "le cui aree risultano sature e, quindi, non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica ai fini del concreto perseguimento degli obiettivi di salvaguardia delle risorse paesaggistiche, culturali, territoriali ed ambientali, così come disposto dalla D.G.R. n. 533/2016".

Il competente organo regionale ha, pertanto, annunciato l'archiviazione della istanza applicando alla fattispecie le disposizioni regionali sopravvenute.

1.2 Con il ricorso principale viene denunciata l'illegittimità del provvedimento e dei relativi atti presupposti.

1.3 Il diniego del progetto è stato confermato con il provvedimento n. 0085496 del 07.02.2017, tramite cui la Regione Campania ha respinto le osservazioni della ricorrente volte a sollecitare i poteri di autotutela, perché "non idonee a superare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di realizzazione dell'impianto da fonte eolica in quanto la proposta progettuale insiste in un'area preclusa in modo assoluto perché dichiarata non idonea dal Decreto Dirigenziale n. 442 del 5.12.2016".

1.4 Tale nota è stata gravata con motivi aggiunti depositati in data 13.4.2017.

1.5 Si è costituita in giudizio la Regione Campania chiedendo il rigetto del ricorso.

1.6 All'udienza pubblica del 5 dicembre 2017 il ricorso è stato trattenuto per la decisione

2. Il ricorso è infondato.

2.1 In via preliminare si osserva che il ricorso è assistito da un effettivo interesse a ricorrere anche se proposto avverso un atto formalmente qualificato come preavviso di rigetto ex art. 10 bis L. 241/1990; tale atto infatti, a prescindere dall'improprio *nomen iuris* adottato dall'amministrazione regionale (la nozione di preavviso di rigetto implicherebbe l'adozione di un successivo atto definitivo), costituisce la determinazione definitiva dell'amministrazione in merito all'istanza della Ecoenergia srl e dunque rappresenta provvedimento immediatamente lesivo idoneo a determinare l'interesse ad impugnare.

2.2 Le censure contenute nel gravame principale e nei motivi aggiunti possono essere esaminate congiuntamente, in considerazione della loro stretta attinenza.

2.3 In primo luogo l'impresa ricorrente si duole che la Regione Campania non abbia preso atto dell'esito favorevole della conferenza di servizi e di conseguenza l'esito della stessa non sia stato automaticamente recepito rilasciando l'autorizzazione unica, da considerare alla stregua di "atto dovuto".

La tesi non può essere condivisa.

Secondo l'orientamento più recente e prevalente (cfr. da ultimo Tar Campania n. 6075/2017 per maggiori riferimenti), nel procedimento di specie, la Regione Campania, quale autorità procedente, "conserva nel merito il suo potere, perché la cura di sua competenza va esercitata con il provvedimento appositamente nominato dall'ordinamento e secondo il suo contenuto tipico" (così Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2378); in tale senso viene valorizzato l'esercizio autonomo del potere provvedimentale rimesso all'autorità procedente, non legato da un nesso di presupposizione/conseguenzialità automatica con le determinazioni della conferenza, né, specularmente, in caso di patologia di queste ultime, da un effetto caducatorio automatico all'eventuale invalidità di quest'ultime.

L'autorità procedente dunque deve sì tener conto degli esiti della conferenza, ma non deve limitarsi a prenderne atti ed a recepirli senza poter effettuare una propria autonoma valutazione degli interessi pubblici.

L'art. 12 d.lgs. n. 387/2003 – norma speciale rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 14 quater l. n. 241/1990 – esige infatti, dopo la conclusione della conferenza di servizi, l'atto di autorizzazione unica; sicché – come precisato dalla giurisprudenza di Stato – per quanto riguarda lo specifico procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica, l'istituto della conferenza di servizi resta "caratterizzato da una struttura dicotomica, articolata in una fase che si conclude con la determinazione della Conferenza (anche se di tipo decisorio), di valenza endoprocedimentale, e in una successiva fase che si conclude con l'adozione del provvedimento finale, di valenza esoprocedimentale effettivamente determinativa della fattispecie" (così Cons. Stato, Sez. VI, n. 712/2011).

Ciò che spiega perché l'autorizzazione (o la mancata autorizzazione) sia atto autonomamente lesivo; ed impedisce di considerare il rilascio dell'autorizzazione come un atto vincolato rispetto all'esito della Conferenza.

2.4 Né il ritardo con cui la Regione Campania ha definito il provvedimento può implicare l'applicazione ultrattiva di un regime regolamentare ormai novellato; la legittimità del provvedimento amministrativo deve essere valutata sulla base delle norme di legge e regolamento vigenti al momento della sua emanazione - secondo il noto brocardo *tempus regit actum* - e non può invece essere ricavata da comportamenti anteriori dell'Amministrazione.

2.5 La ricorrente lamenta poi che illegittimamente la Regione avrebbe negato l'autorizzazione sulla base dei criteri, a loro volta viziati, stabiliti con DGR 533/2016 e applicati dal decreto dirigenziale n. 442/2016 in virtù del quale i comuni di Vallata e Scampitella sono qualificati come saturi e quindi inadatti ad ospitare altri impianti eolici.

La censura non è fondata.

Non vi sono ragioni per discostarsi dall'orientamento assunto da questa Sezione in materia di disciplina regionale inerente alla localizzazione di impianti eolici (cfr. quale precedente conforme Tar Napoli sez. VII n. 4878/2017).

L'art. 12 del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 (Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità) disciplina il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili.

Il comma 10 del medesimo art. 12 dispone che le linee guida in materia, approvate in Conferenza unificata, perseguono l'obiettivo di assicurare un corretto inserimento degli impianti, specie di quelli eolici, nel paesaggio. In tale ambito la normativa statale consente alle Regioni un limitato margine di intervento, al solo fine di individuare «aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti», in attuazione delle predette linee guida (adottate poi con decreto del Ministro dello sviluppo economico del 10 settembre 2010)

Queste ultime, nella Parte I, Disposizioni generali, stabiliscono che le Regioni possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatico o pianificatorio per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati a fonti rinnovabili, esclusivamente nell'ambito e con le modalità di cui al paragrafo 17. Tale paragrafo indica i criteri e i principi che le Regioni devono rispettare al fine di individuare le zone nelle quali non è possibile realizzare gli impianti alimentati da fonti di energia alternativa.

Le Regioni possono procedere alla individuazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti secondo le modalità di cui al suddetto punto e sulla base dei criteri di cui all'allegato 3 alle medesime linee guida. L'allegato 3 prevede, poi, che l'individuazione delle aree e dei siti non idonei alla realizzazione degli impianti in questione «deve essere differenziata con specifico riguardo alle diverse fonti rinnovabili e alle diverse taglie di impianto» e che non può riguardare «porzioni significative del territorio o zone genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, né tradursi nell'identificazione di fasce di rispetto di dimensioni non giustificate da specifiche e motivate esigenze di tutela».

Tutto ciò premesso, occorre accertare se risulti legittimo il criterio elaborato dalla Regione – e contestato dalla parte ricorrente – secondo cui "non sono idonee all'installazione di nuovi impianti eolici le aree situate in Comuni il cui «carico insediativo medio comunale» supera di 5 volte il «carico insediativo medio regionale». Per «carico insediativo medio regionale» s'intende il rapporto tra la potenza complessivamente installata e la superficie complessiva del territorio

regionale; viene, invece, definito «carico insediativo medio comunale» il rapporto tra la potenza complessivamente installata e la superficie complessiva del territorio comunale».

Sul punto, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha precisato che “in materia di localizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile, alle Regioni è consentito soltanto individuare, caso per caso, «aree e siti non idonei», avendo specifico riguardo alle diverse fonti e alle diverse taglie di impianto, in via di eccezione e solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti” (Corte Cost. n. 13/2014). In tale sentenza, la Corte ha ritenuto costituzionalmente illegittimo il criterio della distanza minima di 800 metri dall'aerogeneratore più vicino preesistente o già autorizzato, previsto dalla legge della Regione Campania n. 11/2011 (art. 1 comma 2) perché “il margine di intervento riconosciuto al legislatore regionale per individuare «le aree e i siti non idonei» alla installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile ai sensi dell' art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003 e del paragrafo 17 delle linee guida, non permette in alcun modo che le Regioni prescrivano limiti generali, valevoli sull'intero territorio regionale, specie nella forma di distanze minime, perché ciò contrasterebbe con il principio fondamentale di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, stabilito dal legislatore statale in conformità alla normativa dell'Unione europea” (così, ancora, Corte Cost. n. 13/2014).

Nel caso di specie, tuttavia, la Regione non ha adottato il criterio della distanza; e neppure ha prescritto “limiti generali, valevoli sull'intero territorio regionale”: il criterio elaborato dalla Regione appare piuttosto finalizzato ad evitare un'eccessiva concentrazione di impianti in talune aree, ed il criterio in questione serve per l'appunto ad individuare le aree da ritenersi tali.

A ciò si aggiunga che, in base alle linee guida, le Regioni possono – nell'individuazione di aree e siti non idonei all'istallazione degli impianti in questione – “tenere conto sia di elevate concentrazioni di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili nella medesima area vasta prescelta per la localizzazione, sia delle interazioni con altri progetti, piani e programmi posti in essere o in progetto nell'ambito della medesima area” (così la lett. e) dell'allegato 3 sopra ricordato).

Dunque, il criterio contestato non appare illegittimo: contrariamente a quanto affermato dalla parte ricorrente, non risulta in contrasto né con la giurisprudenza della Corte Costituzionale né con le linee guida ministeriali. Il criterio, infatti, non comporta un divieto indiscriminato di installazione che riguarda l'intero territorio regionale o porzioni significative dello stesso; non riguarda zone genericamente soggette a tutela dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, né si traduce nell'identificazione di fasce di rispetto di dimensioni non giustificate da specifiche e motivate esigenze di tutela (lett. d) allegato 3).

Il criterio riguarda inoltre, specificamente, l'installazione di impianti eolici con potenza superiore a 20 Kw; sicché non può sostenersi che non vi sia stata una differenziazione “con specifico riguardo alle diverse fonti rinnovabili e alle diverse taglie di impianto” (così la lett. b) Allegato 3). Infine, risponde ad un'esigenza ritenuta meritevole di tutela dalle stesse linee guida, atteso che la Regione, con l'atto impugnato, ha inteso evitare «eccessive concentrazioni in alcuni ambiti territoriali e relativo effetto “selva”»: ciò che appare conforme alla già ricordata lett. d) dell'Allegato 3.

Il criterio elaborato dalla Regione non contrasta con la specifica natura degli impianti eolici, che sono naturalmente concentrati sulle linee del vento e non si risolve dunque in un generalizzato divieto di nuove installazioni. Se è vero infatti che gli impianti eolici possono essere realizzati solo in determinate zone, è altrettanto vero che il territorio è una risorsa limitata e non riproducibile: sicché, se in tali zone è già stato realizzato un considerevole numero di impianti, non può essere ritenuto irragionevole un divieto di ulteriori installazioni.

Dunque, il criterio non può dirsi, in astratto, illegittimo; questione diversa è se esso risulti in concreto eccessivo, irragionevole o sproporzionato; nel qual caso la Regione non potrebbe vietare l'istallazione dell'impianto appellandosi all'esistenza del criterio in parola. Ma, per l'appunto, la società ricorrente avrebbe dovuto dimostrare la sproporzionalità o irragionevolezza del criterio in concreto; in particolare, si sarebbe dovuto dimostrare che il criterio in questione comporta l'impossibilità di installare tali impianti in porzioni troppo ampie del territorio regionale, ovvero che nell'area in questione non c'è una eccessiva concentrazione di impianti, ben potendo essere installato un impianto ulteriore senza che si determini il cd. “effetto selva”. Tale prova, tuttavia, non è stata fornita.

Il diniego dell'autorizzazione unica e il rigetto dell'istanza di autotutela sono quindi correttamente motivati già con il solo riferimento al carattere saturo dei Comuni di insediamento dell'impianto; ne consegue la mancanza di interesse per le censure che concernono altre disposizioni, rimaste peraltro inapplicabili al caso odierno, delle delibere impugnate.

3. In conclusione l'impugnativa, come integrata da motivi aggiunti, viene rigettata.

Sussistono giusti motivi, attese la complessità e la novità della questione, per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente FF  
Marina Perrelli, Consigliere  
Luca De Gennaro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  
Luca De Gennaro

IL PRESIDENTE  
Guglielmo Passarelli Di Napoli