

Mancato rilascio dell'autorizzazione unica per realizzare un impianto eolico

Cons. Stato, Sez. IV 23 ottobre 2020, n. 6392 - Maruotti, pres.; Gambato Spisani, est. - Orto Sole S.r.l. (avv. Lemmo) c. Regione Campania (avv. Dell'Isola).

Ambiente - Domanda risarcitoria - Mancato rilascio dell'autorizzazione unica per realizzare un impianto eolico.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente appellante è un'impresa attiva nel settore delle energie alternative; si controverte del risarcimento del danno ad essa eventualmente spettante in dipendenza dal mancato rilascio, da parte della Regione Campania intimata appellata, dell'autorizzazione da essa richiesta per realizzare un impianto eolico per la produzione di energia elettrica; i relativi fatti storici nella sostanza sono non controversi in causa, e risultano in massima parte dalla sentenza impugnata, salvo quanto si aggiungerà, nei termini che seguono.

2. Nel corso del 2015, la ricorrente appellante ha presentato complessivamente sedici domande per essere autorizzata ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. 29 dicembre 2003 n.3787 a realizzare in varie località della Regione Campania altrettanti impianti eolici per la produzione di energia elettrica; ha in particolare presentato la domanda 10 agosto 2015 prot. n.558030 e codice progetto 48-180, relativa ad un impianto denominato Lac 14, da costruire in Comune di Lacedonia sul terreno distinto al catasto di quel Comune al foglio 4, particelle 152, 295, 296, 297, 345, 375, 634, 647, 652, 678, 683 e 684.

3. Ai sensi del comma 4 del citato art. 12 d. lgs. 387/2003, la necessaria autorizzazione *“è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. Il rilascio dell'autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato e deve contenere, l'obbligo alla rimessa in pristino dello stato dei luoghi a carico del soggetto esercente a seguito della dismissione dell'impianto o, per gli impianti idroelettrici, l'obbligo alla esecuzione di misure di reinserimento e recupero ambientale. Fatto salvo il previo espletamento, qualora prevista, della verifica di assoggettabilità sul progetto preliminare, di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, il termine massimo per la conclusione del procedimento unico non può essere superiore a novanta giorni, al netto dei tempi previsti dall'articolo 26 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni, per il provvedimento di valutazione di impatto ambientale”*.

4. Ciò posto, la Regione Campania, competente ai sensi dell'art. 12 comma 3 d. lgs. 387/2003 per l'impianto per cui è causa, in ragione della sua potenza, ha convocato la prevista conferenza di servizi con nota 14 dicembre 2015 prot. n.867735 per la seduta del giorno 14 gennaio 2016, alla quale hanno preso parte tutte le amministrazioni interessate.

5. Di conseguenza, come risulta dalla sentenza di I grado e non è contestato in questa sede, il termine ordinario per la conclusione del procedimento unico sarebbe scaduto 90 giorni dopo, ovvero il giorno 13 aprile 2016, tenuto conto di due dati ulteriori. In primo luogo, l'impianto in questione era escluso dalla procedura di verifica di assoggettabilità a valutazione di impatto ambientale – VIA, come comunicato in conferenza di servizi dall'Ufficio regionale Valutazioni ambientali. In secondo luogo, sull'area interessata non esistevano vincoli paesaggistici, o comunque vincoli di cui al d. lgs. 42/2004 come comunicato, sempre in conferenza di servizi, rispettivamente dall'Ufficio pianificazione paesaggistica della Regione e dalle Soprintendenze Archeologia e Belle arti e paesaggio.

6. Ciò posto, il procedimento si è svolto così come segue.

6.1 L'amministrazione regionale, con nota 26 gennaio 2016 prot. n. 52359, ha sospeso il procedimento per acquisire ulteriori pareri.

6.2 Con una nuova nota 22 febbraio 2016 prot. n. 123147, l'amministrazione ha riconvocato la conferenza di servizi per il giorno 24 marzo 2016.

6.3 All'esito, con verbale 30 marzo 2016 n.216785, la conferenza di servizi ha espresso parere positivo, ma la Regione non ha adottato il provvedimento autorizzatorio conclusivo del procedimento, neanche dopo solleciti da parte dell'impresa interessata.

7. A questo punto, l'impresa ha presentato al TAR Campania Napoli un unico ricorso cumulativo, rubricato al n. 4569/2016 di quell'ufficio, per l'annullamento del silenzio serbato su tutte le istanze da lei proposte, per l'accertamento dell'obbligo della Regione di concludere i relativi procedimenti con il rilascio delle autorizzazioni richieste e per la condanna della Regione stessa al risarcimento del danno da ritardo. Il ricorso è stato però dichiarato inammissibile con sentenza TAR Campania Napoli sezione VII 7 marzo 2017 n.1309, la quale ha ritenuto che i presupposti di un ricorso

cumulativo non vi fossero; contro questa sentenza, l'impresa ha proposto appello, rubricato al n. 3494/2019 di questo Giudice.

8. Parallelamente, l'impresa ha riproposto le domande di cui sopra, di annullamento del silenzio e di risarcimento del danno, in via distinta per ciascun impianto, e in particolare, per l'impianto che qui interessa, ha presentato il ricorso n. 1339/2017 TAR Campania Napoli.

9. Su questo ricorso, il TAR Campania Napoli, con sentenza 13 luglio 2017 n.3754, ha dichiarato l'obbligo della Regione di provvedere sull'istanza; ha poi disposto il mutamento del rito per decidere sulla domanda risarcitoria.

10. Sull'originaria istanza dell'impresa, la Regione consta quindi avere pronunciato anzitutto un preavviso di rigetto, con atto 9 dicembre 2016 n.803036, e un ulteriore atto 7 febbraio 2017 prot. n.85102, con cui ha comunicato di ritenere non accoglibili le osservazioni presentate a fronte del preavviso, atto che l'impresa ha qualificato come provvedimento di diniego. L'impresa stessa ha impugnato il preavviso di diniego citato, assieme ad altri pronunciati per gli altri impianti di suo interesse, con il ricorso principale nel ricorso cumulativo n. 341/2017 TAR Campania Napoli; ha poi impugnato i presunti provvedimenti di rigetto con motivi aggiunti nello stesso ricorso, nel quale ha formulato anche domanda di risarcimento del danno da semplice ritardo. Con sentenza sez. VII 27 dicembre 2017 n.6075 (dalla quale i dati citati), il TAR Campania Napoli ha respinto questo ricorso cumulativo, e contro questa sentenza l'impresa ha proposto appello, rubricato al n. 5631/2018 di questo Giudice.

11. Sempre sull'originaria istanza dell'impresa, la Regione ha pronunciato un diniego espressamente qualificato come tale, con decreto dirigenziale 15 settembre 2017 n.33; l'impresa ha impugnato tale diniego con ricorso n.837/2018 TAR Campania Napoli, accolto con sentenza sezione VII 4 luglio 2019 n.3669, che non consta impugnata.

12. Ancora parallelamente, in questo procedimento, con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il TAR ha respinto la domanda risarcitoria, in ordine logico per le ragioni che seguono.

12.1 Il Giudice di I grado ha evidenziato che, nel corso del procedimento, la Regione Campania ha approvato la l.r. 5 aprile 2016 n.6. Questa legge all'art. 15 comma 1 demandava ad una delibera della Giunta, da adottare entro 180 giorni dall'entrata in vigore della legge, di stabilire *"i criteri"* e di individuare *"le aree non idonee"* per realizzare *"impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica di potenza superiore a 20 KW"*, comprendenti quindi anche quello per cui è causa; al successivo comma 3 stabiliva poi che nel frattempo fosse *"sospeso il rilascio di nuove autorizzazioni per impianti eolici nel territorio regionale"*. In attuazione della norma di legge, la Regione ha poi approvato la delibera della Giunta 4 ottobre 2016 n.533 e il decreto dirigenziale 5 dicembre 2016 n.442. Sulla base di questi atti, la Regione ha dapprima sospeso l'esame della domanda; la ha poi respinta ai sensi della delibera 533/2016 e del decreto 442/2016, con il decreto 30/2017 di cui si è detto, che ad avviso del Giudice di I grado non sarebbe stato impugnato.

12.2 Sempre ad avviso del Giudice di I grado, la sospensione del procedimento sarebbe avvenuta legittimamente, sulla base dell'art. 15 comma 3 della l.r. 6/2016; in particolare, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di questa norma, intervenuta con sentenza C. cost. 26 luglio 2018 n.177, sarebbe intervenuta dopo l'adozione del decreto di rigetto 33/2017, avvenuta quindi in un momento in cui la norma era vincolante per l'amministrazione.

12.3 Tutto ciò posto, il Giudice di I grado ha respinto la domanda di risarcimento considerando che l'istanza di rilascio dell'autorizzazione è stata a sua volta respinta e quindi la ricorrente appellante non ha ottenuto il bene della vita cui aspirava; ha poi escluso che, se l'amministrazione avesse rispettato il termine procedimentale, l'istanza sarebbe stata certamente accolta. Ad avviso del Giudice stesso, infatti, era perfettamente legittimo che la Regione, nel pronunciare il diniego, applicasse al caso concreto le norme sopravvenute, ovvero la delibera 533/2016 e il decreto 442/2016 già citati, in questo modo arrivando a capovolgere le conclusioni favorevoli alle quali in un primo tempo era giunta la conferenza di servizi.

12.4 Da ultimo, il Giudice di I grado ha ravvisato anche una causa di esclusione del risarcimento ai sensi dell'art. 1227 comma 2 c.c., dato il comportamento della ricorrente appellante, che avrebbe proposto l'azione contro il silenzio soltanto il giorno 6 aprile 2017, ossia dopo diversi mesi dall'adozione della nuova disciplina regionale e a distanza di quasi due anni dalla presentazione dell'istanza originaria.

13. Contro questa sentenza, la ricorrente ha proposto impugnazione, con appello che contiene un unico articolato motivo di critica alla sentenza impugnata in ordine logico nei termini che seguono.

13.1 In primo luogo, ad avviso della ricorrente appellante, la reiezione della domanda di rilascio dell'autorizzazione non sarebbe prova della non spettanza del bene della vita, sia perché, come si è detto, il provvedimento negativo è stato impugnato ed annullato, sia perché una valutazione prognostica, in senso favorevole, sulla spettanza si sarebbe dovuta fare, indipendentemente dall'esito del procedimento amministrativo, già nel momento in cui è stato presentato il ricorso contro il silenzio.

13.2 In secondo luogo, la ricorrente appellante sostiene che la condotta dell'amministrazione sarebbe stata negligente, per avere essa protratto senza ragione lo svolgersi del procedimento, che si sarebbe dovuto concludere in senso favorevole già prima dell'emanazione delle norme sopravvenute di segno contrario di cui si è detto. La ricorrente appellante sostiene anzi che la promulgazione della legge di moratoria sarebbe stata espressione di un presunto intento di non rilasciare le autorizzazioni *"fino all'adozione di nuovi divieti a quella data non ancora definiti"* (appello, p. 19 § f). Sempre ad avviso

della ricorrente appellante, infine, la negligenza dell'amministrazione sarebbe dimostrata anche dalla pronuncia del Giudice di I grado sul silenzio, che ha ordinato all'amministrazione, fino a quel momento inerte, di provvedere.

13.3 La ricorrente appellante nega altresì di essere stata negligente, osservando di avere proposto il ricorso contro il silenzio già nel 2016.

13.4 Conclude quindi per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, anche a ristoro del semplice ritardo nel provvedere, danno determinato nel "valore del titolo autorizzativo che avrebbe potuto ottenere" e nel "conseguente lucro cessante dipendente dalla mancata realizzazione dell'impianto" (appello, p. 23), come risultante da una propria perizia di parte depositata agli atti.

14. La Regione ha resistito, con atto 25 novembre 2019 e memoria 30 giugno 2020, in cui chiede che l'appello sia respinto.

15. Con memoria 16 luglio 2020, la ricorrente appellante ha ribadito le proprie asserite ragioni.

16. All'udienza del giorno 17 settembre 2020, la Sezione ha trattenuto il ricorso in decisione.

17. L'appello è infondato e va respinto, per le ragioni di seguito esposte.

18. Preliminarmente, va precisato l'oggetto della domanda proposta, che ai sensi dell'art. 32 comma 2 c.p.a. il Giudice deve qualificare "*in base ai suoi elementi sostanziali*".

18.1 In tal senso, si nota allora che l'appellante, stando alla lettera delle espressioni usate, avrebbe chiesto (appello, p. 6 in fine) il risarcimento dei danni subiti "in conseguenza dell'ingiustificato, colpevole ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento autorizzativo", e quindi, in tali termini, di un danno da semplice ritardo.

La stessa appellante, però, smentisce nei fatti quest'affermazione nel momento in cui precisa a quale danno intenda effettivamente riferirsi.

18.2 Come si è già rilevato sopra, l'appellante ha infatti chiesto il "valore del titolo autorizzativo che avrebbe potuto ottenere" e nel "conseguente lucro cessante dipendente dalla mancata realizzazione dell'impianto" (appello, p. 23); come prove a proprio favore ha poi dedotto una perizia di parte, di asserita stima del danno, prodotta nel giudizio di primo grado.

La perizia in questione riguarda poi tre specie di danno, ovvero (p. 2) appunto il valore del titolo, il lucro cessante conseguente alla mancata realizzazione, e la "stima dei maggiori costi ed oneri sostenuti per lo sviluppo, l'implementazione e la successiva gestione dell'iter autorizzativo". Quest'ultima voce, però, come si ricava esaminando i documenti ad essa pertinenti e riprodotti nella perizia, non comprende alcuna voce di danno riconducibile effettivamente al ritardo in quanto tale.

19. È quindi dimostrato che l'appellante domanda effettivamente il risarcimento di un interesse pretensivo, e quindi vanno applicati i principi relativi.

19.1 In proposito, va richiamata la giurisprudenza per la quale il risarcimento del danno per la lesione di un interesse pretensivo richiede - perché in caso contrario non è accertata la sussistenza di un danno ingiusto - la dimostrazione della spettanza definitiva in termini di certezza o di probabilità vicina alla certezza della spettanza del bene della vita ad esso collegato; in altre parole richiede di dimostrare che, ove vi fosse stato il corretto sviluppo dell'azione amministrativa, l'istanza dell'interessato sarebbe stata ragionevolmente accolta (così per tutte C.d.S., sez. V, 19 agosto 2019, n. 5737, e sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3887).

19.2 Ne discende, in particolare, che ove l'asserita lesione sia fatta derivare da un'illegittimità formale del provvedimento la quale escluda il riconoscimento della fondatezza della pretesa sostanziale, il danno potrebbe essere riconosciuto (in presenza di tutti gli altri presupposti) soltanto all'esito della doverosa riedizione dell'azione amministrativa in modo conforme al giudicato, mentre è escluso qualora a seguito dell'annullamento l'amministrazione resti titolare di discrezionalità, in ordine al soddisfacimento dell'interesse pretensivo, e possa quindi adottare una legittima diversa determinazione. In altre parole, in tale ipotesi l'amministrazione deve anzitutto riesercitare il proprio potere in modo soddisfacitivo per l'interessato (così in particolare la citata sez. V 5737/2019, nonché, sul caso specifico in cui residui un potere discrezionale, sez. VI 16 aprile 2012, n. 2138).

19.3 Ciò è condizione necessaria per un risarcimento, anche se, lo si ribadisce per completezza, non si tratta di una condizione sufficiente, perché per ottenere il risarcimento stesso sarà comunque necessaria la prova degli altri elementi costitutivi dell'illecito, ovvero della condotta, del nesso di causalità, dell'elemento soggettivo e dell'evento dannoso (così, sempre fra le molte, la sez. VI 3887/2011 pure sopra citata).

20. Applicando i principi sopra delineati al caso di specie, il danno ingiusto allo stato non è dimostrato e comunque non risulta sussistente.

20.1 Sotto un primo profilo, è corretto quanto afferma il Giudice di primo grado, ovvero che la sospensione del procedimento sulla base dell'art. 15, comma 3, della l.r. 6/2016 è avvenuta legittimamente. Come si è detto, questa disposizione è stata dichiarata incostituzionale con la sentenza della Corte Costituzionale 26 luglio 2018, n. 177, e cioè dopo l'adozione del decreto di rigetto di cui subito si dirà.

Poiché le norme di legge incostituzionali, sin quando non siano dichiarate tali dalla Corte, vanno applicate, l'amministrazione nel momento in cui ha provveduto era tenuta a rispettarle.

20.2 Sotto un secondo profilo, la motivazione del Giudice di primo grado va parzialmente riformata là dove sostiene che la spettanza del bene della vita non è stata accertata perché il decreto di rigetto non sarebbe stato impugnato. In realtà,

come ha dedotto l'appellante, vi è stato il suo annullamento in sede giurisdizionale. Si è trattato però di un annullamento per ragioni essenzialmente formali, che come tale non è titolo per ottenere il risarcimento.

20.3 La sentenza di annullamento del TAR n. 3669/2019 sopra citata, infatti, ha annullato il diniego in questione perché gli atti generali di individuazione delle “aree sature”, ovvero la delibera 533/2016 e il decreto 442/2016 già citati, erano già stati annullati con effetto erga omnes dalle sentenze dello stesso TAR per la Campania, Sede di Napoli, sez. VII, 13 dicembre 2018, nn. 7144, 7145 e 7147, nonché 23 gennaio 2019, n. 376.

20.4 Le prime tre sentenze in questione premettono che l'art. 12, comma 10, del d. lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, in tema di energie rinnovabili consente alle Regioni, nei limiti delle linee guida nazionali approvate con D.M. M.I.S.E. 10 settembre 2010, di “procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti”, e quindi anche di impianti eolici, e anche in via generale. Le stesse sentenze però osservano che la Regione ha male esercitato questo potere sotto due profili. In primo luogo, esse ritengono che sia stata irrazionalmente calcolata la “saturazione” del territorio regionale e comunale in termini di rapporto fra la potenza installata e la superficie territoriale: un singolo aeromotore di elevata potenza potrebbe saturare un comune, anche se in concreto occupa una superficie molto limitata, mentre un numero elevato di aeromotori di bassa potenza potrebbe non rilevare ai fini di una saturazione.

In secondo luogo, esse ritengono che non sia stato razionale il divieto di repowering e di manutenzione straordinaria degli impianti esistenti per prolungarne la vita.

La sentenza 376/2019, infine, annulla il decreto 442/2016 ritenendolo viziato di illegittimità derivata, a seguito dell'annullamento della delibera 533/2016.

20.5 È evidente, nei termini sopra spiegati, che l'annullamento di cui sopra ha lasciato l'amministrazione titolare di un ampio potere discrezionale per consentire o negare l'installazione di impianti eolici, in particolare, dato il primo profilo di annullamento, le consente di stabilire, purché lo faccia in modo congruo e razionale, aree in cui ciò non è consentito.

Pertanto, non è possibile ravvisare un illecito, perché, prima di tutto, non si sa se, quando l'amministrazione avrà riesercitato il potere, l'impianto di interesse della appellante sarà autorizzabile.

21. Poiché tale profilo è assorbente rispetto ad ogni altro, l'appello va respinto, con le precisazioni sopra evidenziate.

22. La particolare complessità della fattispecie è giusto motivo per compensare le spese del secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.6734/2019), lo respinge.

Spese compensate del secondo grado.

(Omissis)