

Realizzazione di un impianto di biomassa, alimentato da cippato di legno

Cons. giust. amm. Reg. Sic. 17 giugno 2021, n. 553 - De Nictolis, pres.; Molinaro, est. - Sapa s.r.l. (avv.ti Consoli e Sansone) c. Comune di Militello in Val di Catania (avv. Burtone).

Ambiente - Realizzazione di un impianto di biomassa, alimentato da cippato di legno - Titolo abilitante - Declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse - Illegittimità.

(*Omissis*)

FATTO

1. La controversia riguarda il titolo abilitante alla realizzazione di un impianto di biomassa, alimentato da cippato di legno della potenza di 100 Kw, in C.da "Piano Garofali" del Comune di Militello in Val di Catania.
2. SAPA s.r.l. ha presentato al Comune di Militello, avvalendosi della procedura semplificata ai sensi del d.lgs. n. 28 del 3.3.2011 e dell'art. 3 del d.P.R.S. n. 48/2012, istanza 14.6.2016 n. 10107 per la costruzione del suddetto impianto. Trascorsi 30 giorni dalla presentazione della domanda, in data 20.7.2016, la ricorrente ha comunicato l'inizio dei lavori.
3. Con provvedimento 24.3.2017 n. 1642 il Comune di Militello in Val di Catania ha annullato in autotutela il titolo abilitativo avente fonte nell'istanza presentata il 14.6.2016.
4. SAPA s.r.l. ha impugnato il provvedimento di autotutela davanti al Tar Sicilia – Catania.
5. Il Tar ha dichiarato il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse con sentenza 23.4.2018 n. 834.
6. La sentenza è stata appellata dalla società davanti a questo CGARS con ricorso n. 741/2018.
7. Nel giudizio di appello si sono costituiti il Comune di Militello in Val di Catania.
8. All'udienza del 26.5.2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

9. L'appello è articolato su un unico motivo di ricorso, con il quale è censurata la declaratoria di improcedibilità del ricorso di cui alla sentenza gravata.
 - 9.1. Con la pronuncia gravata infatti il Tar ha dichiarato il ricorso improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, dal momento che *"l'avvocato di parte ricorrente ha dichiarato di non avere più interesse alla decisione del ricorso in quanto la stessa ha trasferito l'intervento in altro Comune e che l'interesse persiste ai soli fini risarcitori"*. Con specifico riferimento alla domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ha ritenuto la domanda *"priva di una puntuale individuazione del concreto, oggettivo e specifico danno subito"*.
 - 9.2. Parte appellante, ricorrente in primo grado, ha dedotto l'erroneità della declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse in ragione del permanere dell'interesse della medesima all'accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori.
10. Lo scrutinio della censura si impernia sul canone processuale contenuto nell'art. 34 comma 3 c.p.a.: *"quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori"*.
11. Di seguito si riassumono gli aspetti rilevanti del giudizio di primo grado.
 - 11.1. Con ricorso al Tar SAPA s.r.l. ha impugnato il provvedimento n. 1642 del 24.3.2017 con cui il Comune di Militello in Val di Catania ha annullato in autotutela il titolo abilitativo di cui alla procedura semplificata n. 10106 del 14.6.2016, inerente la realizzazione di un impianto di biomassa sito in C.da "Piano Garofali".
 - 11.2. Il ricorso introduttivo è articolato sulla base dei seguenti motivi:
 - mancanza delle ragioni fondanti l'esercizio del potere di autotutela di cui agli artt. 21-*octies* e 21-*novies* della legge n. 241/1990.
 - attivazione dell'istruttoria relativa al procedimento *de quo* sette mesi dopo la presentazione dell'istanza *ex art. 6 d. lgs. n. 28/2011* e omissione di un esame tecnico specifico sull'impianto;
 - violazione dell'art. 5 d.m. 6.7.2012 in punto di cumulo con i *realizzandi* impianti limitrofi;
 - violazione del d. lgs. 3.3.2011 n. 28 e del d.P.R.S. 18.7.2012 n. 48 in quanto il Comune ha ritenuto sussistere il limite di 200 Kw oltre il quale sarebbe stata necessaria l'autorizzazione unica (invece che la procedura semplificata);
 - elusione del termine di conclusione del procedimento attraverso la duplicazione del medesimo, una prima volta qualificato in termini di procedimento di revoca e una seconda volta denominato quale procedimento di annullamento.
 - 11.3. Il ricorso introduttivo non introduce una domanda risarcitoria, pur rilevandosi che *"quanto sopra rileva ai fini risarcitori e, come sin d'ora si anticipa, la ricorrente tutelerà le proprie ragioni successivamente, nel presente giudizio o con azione autonoma, una volta stabilizzato il danno, ad oggi in continuo e costante incremento, considerando il fermo*



cantiere, le immobilizzazioni patrimoniali legate al finanziamento dell'intervento ed i conseguenti interessi maturati e maturandi per costo del denaro e finanziamenti, le eventuali ripercussioni economiche derivanti dagli obblighi assunti nei confronti dei proprietari dell'area sede dell'intervento, dei fornitori delle materie prime necessarie per il funzionamento dell'impianto, della società appaltatrice, del lucro cessante legato all'inattività dell'impianto ed agli incentivi medio tempore non percepiti".

Nell'ambito dell'istanza cautelare contenuta nel ricorso introduttivo SAPA s.r.l. ha affermato, in tema di *periculum in mora*, che *"il carico economico già oggi gravante sulla ricorrente per l'esecuzione dei lavori e delle attività propedeutiche all'installazione dell'impianto, oltre che per il suo acquisto, come dedotto in premessa, attualmente supera € 200.000,00"*.

11.4. Con memoria depositata il 19.1.2018 e non notificata SAPA s.r.l., in vista dell'udienza pubblica del 22.2.2018, ha rappresentato, *"in merito al danno patito dalla ricorrente"*, che, attesa la scadenza del termine per accedere agli incentivi concessi per gli impianti a biomasse il 31.12.2017, la *"ricorrente ha trasferito l'iniziativa in altro Comune, potendo così presentare domanda per gli incentivi entro il termine previsto per legge"*, aggiungendo che *"permane, quindi, l'interesse all'annullamento degli atti impugnati, ai soli fini risarcitori"*.

L'appellante ha altresì precisato in quella sede *"che il risarcimento del danno dovrà tenere conto, non solo dei costi necessari per trasferire l'impianto e di tutti quelli derivanti dalla sospensione dei lavori, ma anche dell'eventuale mancata concessione degli incentivi, qualora essa sia conseguenza degli atti impugnati"* aggiungendo che *"la ricorrente agirà per il risarcimento del danno, ancora in divenire, con separato giudizio che si preannuncia"*, chiedendo poi l'accoglimento del ricorso.

11.5. Dalla sentenza impugnata risulta altresì che *"all'udienza pubblica del 22 febbraio 2018, l'avvocato di parte ricorrente ha dichiarato di non avere più interesse alla decisione del ricorso in quanto la stessa ha trasferito l'intervento in altro Comune e che l'interesse persiste ai soli fini risarcitori"* mentre *"l'avvocato del Comune resistente ha dichiarato che non è provato che la scadenza per la concessione del finanziamento (concesso per l'impianto a biomasse) fosse il 31.12.2017 e, dunque, ha contestato la sussistenza del danno"*.

11.6. Il Tar ha dichiarato improcedibile il ricorso, *"quanto alla domanda di annullamento"*, in ragione della dichiarazione resa in udienza dalla parte.

Ha poi ritenuto insussistenti i presupposti della *"domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato"* - dando conto di due orientamenti della giurisprudenza amministrativa circa l'interpretazione dell'art. 34 comma 3 c.p.a. - in quanto l'istanza *"da ultimo avanzata dalla parte ricorrente"* sarebbe priva di una puntuale individuazione del concreto, oggettivo e specifico danno subito (in riferimento alla scadenza del finanziamento concesso per l'impianto a biomasse).

11.7. Con il ricorso in appello SAPA s.r.l. ha censurato detta statuizione per violazione dell'art. 34 comma 3 c.p.a., riproponendo i motivi dedotti in primo grado, e ha concluso chiedendo di

- *"accogliere il ricorso di SAPA s.r.l. e, quindi, accertare e riconoscere l'illegittimità degli atti impugnati in prime cure;*
- *dichiarare che il Comune di Militello è tenuto a risarcire i danni subiti da SAPA s.r.l., cui la stessa ha titolo ex art. 34, co. 3 c.p.a., in conseguenza dell'illegittimità degli atti impugnati in prime cure"*.

12. Il Collegio rileva anzitutto che la domanda risarcitoria proposta in secondo grado è inammissibile per violazione del divieto di domande nuove in appello (art. 104 c.p.a.).

La portata dell'eccezione al divieto di domande nuove, introdotta dall'art. 104 comma 1 c.p.a. mediante richiamo all'art. 34 comma 3, è da intendersi nel senso che la domanda di accertamento dell'illegittimità in funzione dell'interesse risarcitorio (indispensabile atteso che il giudice non può pronunciarsi *ex officio* ritenendo compresa la richiesta di accertamento in quella di annullamento), formulata per la prima volta in appello, non costituisce domanda nuova inammissibile, rispetto all'originaria domanda di annullamento, se nelle more tra giudizio di primo grado e di appello, è venuto meno l'interesse all'annullamento dell'atto, ma residua l'interesse al riscontro della sua illegittimità (Cons. St. sez. V 30.6.2011 n. 3013).

Detta eccezione non vale quindi a rendere ammissibile la domanda di risarcimento del danno spiegata per la prima volta in appello, che sarebbe ammissibile solo nei limiti di cui all'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 104 c.p.a., cioè quando, ma non è il caso che ricorre nella presente controversia, i danni si sono prodotti dopo la sentenza di primo grado.

La domanda di risarcimento del danno proposta per la prima volta nel presente ricorso in appello è quindi inammissibile.

13. Pur mancando nel presente giudizio una domanda di risarcimento del danno ritualmente proposta, è stato manifestato, già nel corso del primo grado, l'interesse all'accertamento dell'asserita illegittimità dell'atto in funzione di una (futura) domanda risarcitoria.

Rimane quindi da valutare se, in mancanza di domanda risarcitoria ma in presenza della manifestazione di un interesse risarcitorio, la declaratoria di improcedibilità del ricorso sia da confermare o da riformare.

13.1. Sul punto il Collegio rileva che, a partire dall'entrata in vigore del c.p.a., si sono confrontati diversi orientamenti giurisprudenziali in merito alla portata prescrittiva della regola processuale contenuta nell'art. 34 comma 3 c.p.a., considerato anche il disposto dell'art. 104 c.p.a. (*"nel giudizio di appello non possono essere proposte nuove domande, fermo quanto previsto nell'art. 34 comma 3"*).

Gli orientamenti sono molteplici ma sono riconducibili a due impostazioni, quella più rigorosa, che richiede la proposizione della domanda risarcitoria, e il più recente orientamento, che ritiene sufficiente la manifestazione

dell'interesse a fini risarcitori.

Il Collegio ritiene di confermare l'adesione a questo secondo, e più recente, orientamento ("il giudice è tenuto all'esame dei motivi di ricorso laddove, come nel caso di specie, la parte abbia espressamente dichiarato un suo interesse alla pronuncia a fini risarcitori", così CGARS 16.2.2021 n. 116).

Sul piano sistematico, infatti, diversamente opinando, verrebbe ridotta la portata del principio di autonomia dell'azione risarcitoria enucleato dall'art. 30 c.p.a. e verrebbe svuotata di senso l'eccezione al divieto di domande nuove effettuata dall'art. 104 comma 1 c.p.a. attraverso il richiamo all'art. 34 comma 3 c.p.a. Ciò in quanto, posto che quest'ultima non si intende, come già illustrato, in termini di facoltà di presentare in appello la domanda di risarcimento danni, l'unico contenuto che può attribuirsi è nel senso che sia ammissibile (in appello, e quindi a maggior ragione in primo grado) la manifestazione dell'interesse all'accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori.

Pertanto, posto che, nel caso di specie, detto interesse (risarcitorio) è stato manifestato già nel corso del primo grado di giudizio, così non ponendosi un problema di mutabilità *ex officio* del giudizio di annullamento e quindi di violazione del principio dispositivo (Cons. St., sez. III, 3.3.2021 n. 1802), il Collegio ritiene di riformare la statuizione di improcedibilità del ricorso.

Ne consegue che occorre accertare la legittimità, o meno, del provvedimento impugnato sulla scorta dei motivi del ricorso introduttivo riproposti in appello.

13.2. L'appello merita quindi di essere accolto, in punto di rito, così riformandosi la sentenza del Tar di improcedibilità.

14. Passando all'esame del merito, i motivi contenuti nel ricorso introduttivo possono essere sintetizzati nei termini che seguono.

I) Il Comune resistente avrebbe provveduto all'annullamento del titolo abilitativo violando le regole di esercizio del potere di autotutela contenute negli artt. 21-*octies* e 21-*novies* l. n. 241/1990.

II) L'Amministrazione comunale, attivando l'istruttoria relativa al procedimento *de quo* sette mesi dopo la presentazione dell'istanza *ex art.* 6 d. lgs. n. 28/2011, avrebbe omesso ogni esame specifico tecnico sull'impianto senza acquisire le specifiche tecniche, le immissioni previste e senza neppure effettuare un sopralluogo.

III) Il provvedimento impugnato si fonderebbe sull'errata applicazione dell'art. 5 d.m. 6.7.2012: il Comune intimato avrebbe errato nel ritenere che l'intervento programmato dalla parte ricorrente, ai fini della determinazione della potenza, dovesse cumularsi con i *realizzandi* impianti limitrofi.

IV) Il Comune di Militello in Val di Catania, riportandosi in modo inesatto al d.m. 6.7.2012, al fine di individuare le soglie oltre le quali la P.A.S. non sia procedura sufficiente all'ottenimento del titolo abilitativo, avrebbe ignorato le previsioni del d. lgs. 3.3.2011 n. 28 e del d.P.R.S. 18.7.2012, n. 48.

V) Il Comune avrebbe avviato un procedimento di revoca del titolo abilitativo, chiudendolo e aprendone, contestualmente, uno nuovo, stavolta per l'annullamento, fondato su identiche motivazioni del precedente: la duplicazione del procedimento, solo nominalmente diverso, non sarebbe altro che il tentativo dell'Amministrazione di sottrarsi al dovere di conclusione del procedimento nel termine di 30 giorni, in violazione dell'art. 2 l. n. 241/1990.

14.1. Il Collegio principia a scrutinare le censure riguardanti i vizi più radicali (attinenti al contenuto dell'atto), di cui sopra *sub IV*).

Il provvedimento impugnato è motivato in ragione del fatto che la potenza dell'impianto controverso, se cumulata alla potenza degli impianti contigui, supera i 200 Kw e richiede l'autorizzazione unica regionale, allo stato non sussistente.

Detta motivazione non è conforme ai principi normativi di settore nei termini di seguito illustrati.

Ai sensi dell'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003 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, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, sono soggetti ad una autorizzazione unica. Il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica è regolamentato dalla Linee guida di cui all'art. 12 comma 10 d. lgs. n. 387/2003.

L'art. 6 comma 1 d. lgs. n. 28/2011 prevede che la procedura abilitativa semplificata si applichi per l'attività di costruzione ed esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di cui ai paragrafi 11 e 12 delle linee guida, adottate ai sensi dell'art. 12 comma 10 d. lgs. 29.12.2003 n. 387.

Tra questi sono espressamente previsti gli impianti alimentati da biomasse, quale è quello per il quale parte appellante ha usufruito della P.A.S.

Il comma 9 del citato art. 6 prevede espressamente che le regioni e le province autonome possano estendere la soglia di applicazione della P.A.S. agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico.

Il d.P.R.S. n. 48/2012, richiamato anche nel provvedimento impugnato, individua le soglie applicabili in Sicilia e prevede, all'art. 3, che, ai sensi e per gli effetti del citato art. 6 comma 9 d. lgs. n. 28/2011, la costruzione, l'esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza nominale fino a 1 MW e delle opere connesse, ubicati in aree destinate ad uso agricolo ovvero in aree non industriali, sono assoggettati alla procedura abilitativa semplificata, così come disciplinata dall'art. 6 comma 1 d. lgs. n. 28/2011.

L'Amministrazione resistente ritiene non applicabile detta previsione regolamentare in ragione dei criteri di gerarchia delle fonti, che non consentono a una norma di rango secondario (regionale) di attribuire poteri in violazione della norma

primaria.

Il Collegio non può convenire, ritenendo di dover applicare il regolamento suddetto.

I regolamenti amministrativi sono atti sostanzialmente normativi e formalmente amministrativi. Sicché il regime dell'efficacia di questi ultimi e delle forme rimediali avverso i medesimi è analogo a quello apprestato nei confronti della generalità degli atti amministrativi.

Essi sono efficaci fino ad annullamento giurisdizionale o a ritiro da parte della stessa Amministrazione: questa è l'impostazione più tradizionale.

L'impostazione tradizionale si è quindi orientata in senso contrario alla disapplicazione dei regolamenti da parte del g.a.

In ogni caso, almeno per il caso di *“regolamenti in contrasto con il diritto eurounitario, non risulta predicabile alcuna preclusione per il Giudice amministrativo nel rilevare la non applicabilità della disposizione in contrasto con il diritto UE”* (Ad. plen. 25.6.2018 n. 9). Ciò in quanto la giurisprudenza costituzionale ha ammesso la disapplicazione *ex officio* della norma interna (anche di fonte regolamentare) in contrasto con il diritto UE, conformemente – del resto – a consolidati orientamenti della Corte di giustizia dell'UE (con la sentenza 10 novembre 1994, n. 384 la Corte costituzionale ha chiarito che *“[le] norme contrarie al diritto comunitario (...) dovrebbero comunque essere disapplicate dai Giudici e dalla P.A.”*).

A partire dai primi anni novanta del secolo scorso è maturato un diverso indirizzo giurisprudenziale favorevole alla disapplicazione dei regolamenti illegittimi non impugnati in controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, sul rilievo che, stante la maggior forza della norma primaria, il regolamento illegittimo non è idoneo ad innovare sulle statuizioni da essa poste (Cons. St., sez. V, 26.2.1992 n. 154, pronuncia riferita ad ipotesi di regolamento illegittimo e atto applicativo conforme a legge, c.d. antipatia, e Cons. St., sez. V, 24.7.1993 n. 799, riferita invece ad ipotesi di regolamento illegittimo e atto applicativo conforme al regolamento, c.d. simpatia).

Successivamente la disapplicazione regolamentare, in quanto correlata in sé al principio di gerarchia delle fonti, è stata estesa anche alle fattispecie coinvolgenti interessi legittimi (Cons. St., sez. IV, 2.2.1996 n. 222).

Persistono tuttavia nelle pronunce successive tanto il filone interpretativo che correla la disapplicazione regolamentare alle sole controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi (Cons. St., sez. V, 24.3.2014 n. 1430; Id., sez. IV, 14.4.2006 n. 2142), quanto quello che ritiene invece che essa trovi spazio quali che siano le situazioni giuridiche soggettive lese (Cons. St., sez. IV, 8.2.2016 n. 475; Id., sez. V, 20.5.2003 n. 2750; Id., sez. VI, 2.2.2018 n. 677).

Detto ciò in termini generali, il tema della disapplicazione si pone nel caso di specie in modo particolare.

Innanzitutto non vi è un contrasto fra la fonte di rango primario e la fonte regolamentare.

La prima facoltizza le regioni a prevedere limiti più ampi di applicabilità della P.A.S. (*“Le Regioni e le Province autonome possono estendere la soglia di applicazione della procedura di cui al comma 1 agli impianti di potenza nominale fino ad 1 MW elettrico”*, così l'art. 6 comma 9 d. lgs. n. 28/2011).

La Regione Siciliana ha esercitato detta facoltà con un regolamento che ha ampliato la P.A.S. alla costruzione e all'esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza nominale fino a 1 MWe (*“Ai sensi e per gli effetti dell'art. 6, comma 9, del decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28, la costruzione e l'esercizio degli impianti alimentati da fonti rinnovabili di potenza nominale fino a 1 MWe e delle opere connesse”* aventi una determinata ubicazione, con esclusione di alcune tipologie di impianti ivi indicate, così l'art. 3 del d.P.R.S. n. 48/2012).

Non vi è quindi un'antinomia fra la fonte di rango primario o equiparata (il d. lgs. n. 28/2011), che facoltizza la Regione ad ampliare la P.A.S. senza indicare la specifica modalità attraverso la quale provvedere a detto ampliamento, e il regolamento regionale che amplia l'ambito di applicabilità dell'istituto.

Né può ritenersi che sussista un contrasto fra il decreto regionale e il richiamato (dall'art. 105 l.r. n. 11/2010) d. lgs. n. 387/2003, in quanto quest'ultimo è stato poi integrato dall'art. 6 d. lgs. n. 28/2011, che facoltizza l'ampliamento regionale dell'ambito di applicabilità della P.A.S.

La mancanza di antinomia fra legge di rango primario e regolamento regionale è resa evidente anche dal fatto che l'atto ritirato con il provvedimento impugnato a causa della presunta illegittimità derivante dall'utilizzo della P.A.S. in luogo della procedura per l'autorizzazione unica non contrasta in modo diretto con alcuno dei due provvedimenti normativi: non contrasta con l'art. 3 d.P.R.S. n. 48/2012 in quanto si avvale proprio della facoltà ivi riconosciuta e non contrasta con l'art. 6 d. lgs. n. 28/2011 in quanto esso demanda alla regione la possibilità di ampliare l'ambito di applicazione del P.A.S. senza nulla disporre in ordine alla modalità con la quale deve essere operato detto ampliamento.

Pur non rinvenendosi quindi un'antinomia fra legge e regolamento regionale, si delinea piuttosto un tema di (possibile) contrasto di quest'ultimo con il principio di gerarchia delle fonti e/o con lo Statuto regionale.

Il decreto regionale trova fonte infatti nella legge regionale, che si limita a disporre che *“Il Presidente della Regione disciplina con proprio decreto le modalità di attuazione nel territorio della Regione degli interventi da realizzarsi per il raggiungimento degli obiettivi nazionali, derivanti dall'applicazione della direttiva 2001/77/CE del 27 settembre 2001, del Parlamento e del Consiglio pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea serie 283 del 27 ottobre 2001, e nel rispetto del decreto legislativo 29 dicembre 2003, n. 387 di recepimento della predetta direttiva. Tale decreto definisce, altresì, le misure di cui all'articolo 1, commi 4 e 5, della legge 23 agosto 2004, n. 239 ed è adottato nella forma prevista dall'articolo 12 dello Statuto regionale, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. Fino*

alla data di entrata in vigore del suddetto decreto, trova applicazione il D.P.Reg. 9 marzo 2009, di emanazione della Delib.G.R. 3 febbraio 2009, n. 1, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana del 27 marzo 2009, n. 13” (art. 105 l.r. n. 11/2010).

Il legislatore regionale pertanto non sceglie, con legge, di ampliare la facoltà prevista dall’art. 6 comma 9 d. lgs. n. 28/2011, né cita la suddetta fonte normativa statale, limitandosi in termini generali a delegare al Presidente della Regione di disciplinare, attraverso un regolamento “per l’esecuzione delle leggi formate dall’assemblea regionale” (così l’art. 12 dello Statuto regionale) la disciplina delle modalità di attuazione nel territorio della Regione degli interventi da realizzarsi per il raggiungimento degli obiettivi nazionali, derivanti dall’applicazione della direttiva 2001/77/CE del 27.9.2001, nel rispetto del d. lgs. n. 387/2003 di recepimento della predetta direttiva e definendo le misure di cui all’art. 1 commi 4 e 5 l. 23.8.2004 n. 239.

In tal senso il regolamento regionale, più che violare il d. lgs. n. 28/2011, può costituire una modalità di regolamentazione della P.A.S. non rispettosa delle prerogative dell’assemblea elettiva siciliana.

Viene quindi a mancare il presupposto primo della disapplicazione, cioè l’antinomia fra fonte primaria e fonte secondaria. La disapplicazione, da parte del giudice amministrativo, della norma secondaria di regolamento ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo impugnato è infatti uno strumento per la risoluzione delle antinomie tra fonti del diritto che trova fondamento nel principio della graduazione della forza delle diverse fonti normative tutte astrattamente applicabili e, pertanto, presuppone che il precetto contenuto nella norma regolamentare si ponga in contrasto diretto con quello contenuto in altra fonte di grado superiore (Cons. St., sez. VI, 5.1.2015 n. 1).

Quando l’atto impugnato si riflette con esiti opposti (conformità/difficoltà rispetto al parametro normativo) in disposizioni che siano l’una di norma primaria e l’altra di norma secondaria, il giudice che è chiamato a giudicare della legittimità di un provvedimento conforme al regolamento ma in contrasto con la norma primaria, o viceversa, deve dare prevalenza a quest’ultima, in ragione della gerarchia delle fonti.

Ma “tutto ciò presuppone un’effettiva antinomia tra fonti rispetto alla posizione della regola iuris che costituisce il parametro di valutazione della legittimità del provvedimento amministrativo impugnato” (Cons. St. sez. II 9.1.2020 n. 219) e non un’invalidità di altro tipo del regolamento, per cui quest’ultimo possa essere illegittimo sotto un diverso profilo (come può essere nel caso di disposizioni regolamentari che siano soltanto *praeter legem*, così Cons. St. sez. VI 29.5.2008 n. 2536).

Posto che nel caso di specie non si ravvisa antinomia fra la fonte (statale) di rango primario e regolamento regionale, non può disapplicarsi la norma secondaria.

La non percorribilità della disapplicazione del regolamento regionale deriva altresì da un’ulteriore considerazione.

Si premette che meriterebbe di essere approfondita la tematica della disapplicazione dei regolamenti da parte dell’Amministrazione e della disapplicazione del giudice. Quanto al soggetto pubblico, infatti, richiedono di essere adeguatamente temperate e soppesate, in una prospettiva sistematica, il principio di efficacia del provvedimento amministrativo (anche illegittimo) fino all’annullamento e i criteri informativi della responsabilità amministrativa, che presuppongono l’efficacia dell’atto illegittimo (salvo che in particolari casi).

Il principio *iura novit curia* (su cui è fondata la disapplicazione del giudice) si basa sulla possibilità di discernere con certezza gli atti regolamentari e, in genere, gli atti di fonte secondaria dai rimanenti atti amministrativi aventi contenuto generale (in un sistema che è andato via via acquisendo nuove tipologie di atti volti a predeterminare le regole da seguire nei singoli casi) e sconta la scelta di attribuire un generale potere di annullamento al giudice amministrativo, compiuta a far tempo dal 1889 (legge 31.3.1889 n. 5992) e confermata dagli artt. 7, 29 e 34 c.p.a., volta a presidiare con particolare incisività la certezza dei rapporti di diritto pubblico, a fronte di un sistema processualistico che attribuisce al giudice il potere di pronunciare sentenze costitutive nei soli casi previsti dalla legge (art. 2908 c.c.), di norma correlati alla sussistenza di diritti potestativi.

Nondimeno la risoluzione della presente controversia non richiede l’approfondimento della suddetta tematica, in quanto l’aspetto peculiare della “disapplicazione” che viene qui in evidenza risiede nel fatto che avrebbe dovuto essere effettuata dal privato, al quale si richiede (in tesi) di non considerare efficace un regolamento regionale in quanto invalido (per supposta violazione del principio di gerarchia delle fonti), così introducendo un’ipotesi di sindacato diffuso di legittimità della fonte del diritto di grado secondario.

E’ qui impugnato infatti un atto di autotutela, con il quale l’Amministrazione ha ritirato il titolo formatosi su istanza del privato, che ha usufruito della procedura abilitativa semplificata di cui all’art. 6 d. lgs. n. 28/2011 (cosiddetta “P.A.S.”). In particolare, l’atto impugnato reca nell’epigrafe “*provvedimento di annullamento in autotutela di titolo abilitante*”: con esso è stato ritirato il titolo abilitante formatosi sull’istanza presentata ai sensi del d. lgs. n. 28/2011 e dell’art. 3 d.P.R.S. n. 48/2012, “*avente ad oggetto una procedura abilitativa semplificata concernente la realizzazione di un impianto di biomassa, alimentato da cippato di legno, da 100 kw*”, sul presupposto della non utilizzabilità nel caso di specie della P.A.S. in luogo della procedura per l’autorizzazione unica regionale.

Si premette che, con riferimento al caso di specie, per “autotutela” deve intendersi una nuova valutazione, operata attraverso il provvedimento impugnato, delle circostanze che hanno portato alla formazione del titolo abilitante, rendendo quindi recessiva la circostanza che il provvedimento di autotutela è tradizionalmente un ulteriore atto amministrativo



(rispetto al primo, quello riesaminato) che regola il caso mentre nella presente controversia il titolo ritirato è un atto del privato che integra la fattispecie legislativa abilitante.

Il presupposto dell'autotutela controversa è che il privato non potesse utilizzare la P.A.S., pur essendo legittimato a farlo sulla base del regolamento regionale, ma dovesse, non applicando il regolamento regionale, richiedere l'autorizzazione unica regionale. Pertanto l'Amministrazione ha ritenuto che il privato avesse (indebitamente, in tesi) ritenuto di conformarsi al regolamento, invece di considerarlo *tamquam non esset* e quindi di "disapplicarlo".

L'impostazione non è sostenibile, pena la stessa tenuta del sistema. Se già la disapplicazione da parte dell'Amministrazione presenta profili controversi, ancor più è a dirsi della disapplicazione da parte del privato, che renderebbe priva di forza cogente la decisione amministrativa, oltre a creare un diffuso senso di incertezza dei rapporti giuridici di diritto pubblico, a tutto nocumento del sistema e delle posizioni degli stessi privati.

Né si può ritenere che la semplificazione amministrativa di cui all'art. 19 l. n. 241/1990, alla quale è riconducibile anche la P.A.S., rimettendo al privato la formazione del titolo abilitante allo svolgimento di una determinata attività, attribuisca al medesimo, in ragione del permanere della regolamentazione pubblicistica di detta attività, la posizione dell'Amministrazione: l'atto compiuto dal privato è considerato infatti un atto di natura privata, non pubblica, quanto in particolare al regime di formazione del negozio (con specifico riferimento ai vizi del consenso).

Considerato quanto sopra, la motivazione dell'atto impugnato non supera il vaglio di legittimità.

Il provvedimento impugnato, con il quale è stato ritirato il titolo abilitante formatosi sull'istanza presentata ai sensi del d. lgs. n. 28/2011 e dell'art. 3 d.P.R.S. n. 48/2012, "*avente ad oggetto una procedura abilitativa semplificata concernente la realizzazione di un impianto di biomassa, alimentato da cippato di legno, da 100 kw*", reca quale motivazione principale proprio il superamento del limite di 200 Kw di cui all'art. 6 d. lgs. n. 28/2011 in ragione del cumulo dei cinque impianti, soffermandosi in particolare sulle circostanze che renderebbero possibile detto cumulo e sulle conseguenze in ordine all'obbligo di richiedere l'autorizzazione unica alla Regione (non potendosi avvalere della P.A.S.).

I cinque impianti (quattro oltre quello di parte appellante) da cumulare secondo l'impostazione dell'Amministrazione (così come emerge dal provvedimento impugnato) recano, ciascuno, una potenza di 100 Kw.

La somma della potenza di ciascuno di essi, pari a 500 Kw, è inferiore a quel 1 MWe di cui all'art. 3 d.P.R.S. n. 48/2012 che costituisce il limite di applicabilità della P.A.S.

Pertanto la mancata utilizzazione della procedura per l'autorizzazione unica regionale (e l'utilizzo invece della P.A.S.) non può essere posta a fondamento della decisione di autotutela (e ciò senza necessità di valutare la concreta cumulabilità dei cinque impianti ai fini di individuare la procedura applicabile).

Viene quindi meno quanto argomentato nel provvedimento impugnato in ordine agli impianti da cumulare, alle ragioni del cumulo, al mancato svolgimento della procedura di autorizzazione unica regionale e ai connessi documenti da presentare ai fini di quest'ultima.

Residuano, a sorreggere la determinazione di autotutela assunta dall'Amministrazione, le ragioni degli interessi pubblici alla salute e all'ambiente, da sole non sufficienti a giustificare il ritiro del titolo abilitante, in quanto, a prescindere dalla ricorrenza in concreto di dette necessità collettive, esse, nell'economia del provvedimento impugnato, sono deputate a giustificare l'attualità dell'interesse pubblico al ritiro, laddove la ragione principale di esso è proprio da rinvenire nella tematica della mancanza dell'autorizzazione unica regionale. Invero il provvedimento impugnato è un provvedimento di annullamento in autotutela, quindi fondato su ragioni di illegittimità dell'atto, appunto la carenza dell'autorizzazione regionale e l'indebito utilizzo della P.A.S.

14.2. Tanto basta per accogliere l'appello e dichiarare illegittimo il provvedimento impugnato.

15. Sono pertanto assorbite le restanti censure, relative alla pretesa violazione delle regole procedurali dell'autotutela.

16. In conclusione, l'appello è in parte inammissibile e per la restante parte deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accertata l'illegittimità del provvedimento impugnato nei termini sopra illustrati.

17. La particolarità della questione giuridica giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio, fermo il diritto di parte ricorrente al recupero del contributo unificato dei due gradi a carico del Comune resistente.

(Omissis)