

Sulla legittimità del silenzio di un'Amministrazione in relazione ad una richiesta di autorizzazione unica riguardante un impianto eolico

Cons. Stato, Sez. IV 4 luglio 2022, n. 5560 - Poli, pres.; Martino, est. - Lesina Wind Energy s.r.l. (avv. Rucireta) c. Provincia di Foggia (avv. Martino) ed a.

Ambiente - Silenzio dell'Amministrazione in relazione ad una richiesta di autorizzazione unica riguardante un impianto eolico.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, allibrato al n.r.g. 689/2021, la società Dea s.r.l. chiedeva la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dalle Amministrazioni intime (Regione Puglia e Provincia di Foggia) in relazione ad una richiesta di autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003, riguardante un impianto eolico da realizzarsi nel Comune di Lesina (FG) della potenza di 12 MW.

1.1. Il primo giudice - dopo avere rilevato che, con nota prot. n. 4638 del 5 maggio 2021 (impugnata dall'originaria ricorrente con separato ricorso avente r.g. n. 695/2021), la Regione Puglia aveva provveduto espressamente sulla richiesta di autorizzazione unica in esame, chiarendo la propria posizione amministrativa sulla fattispecie oggetto di causa - ha ritenuto non più sussistente alla data di presentazione del ricorso (1° luglio 2021) il silenzio inadempimento della Regione. Pertanto ha dichiarato integralmente inammissibile il ricorso e compensato tra le parti le spese di lite.

2. La sentenza è stata appellata dalla società Lesina Wind Energy s.r.l., avente causa dalla società Dea s.r.l.

2.1. L'appellante ha in primo luogo richiamato le complesse vicende che hanno riguardato l'istanza di autorizzazione dell'impianto di cui trattasi, ricordando anzitutto che, contestualmente all'istanza di VIA presentata dalla società dante causa, è entrato in vigore il d.lgs. 104/2017 (pubblicato in G.U. il 6 luglio 2017).

Tra le novità introdotte da questo decreto, vi è l'istituto del provvedimento autorizzatorio unico regionale - c.d. P.a.u.r. - di cui all'art. 27 bis del d.lgs. n. 152 del 2006.

In sintesi, la nuova disciplina, con evidenti intenti di semplificazione, ha previsto che il procedimento autorizzativo ed il sub procedimento di VIA confluiscono in un unico procedimento, all'interno del quale vengono espletati tutti gli incombenzi istruttori, incluse le formalità di pubblicazione e partecipative tipiche della procedura di VIA.

2.2. Ai sensi della disciplina transitoria prevista dall'art. 23 del d.lgs. n. 104 del 2017, le nuove disposizioni si applicano anche "ai procedimenti di verifica di assoggettabilità a VIA e ai procedimenti di VIA avviati dal 16 maggio 2017".

2.3. Nel caso di specie, l'interpretazione fornita dagli Enti territoriali pugliesi ha tuttavia paradossalmente condotto ad una stasi procedimentale.

È accaduto infatti che la Provincia di Foggia abbia proseguito il subprocedimento di VIA secondo la disciplina previgente, portandolo a conclusione in data 16 novembre 2018.

A questo punto la Dea ha potuto caricare sul portale telematico regionale la documentazione richiesta.

La Regione Puglia, a sua volta, con nota AOO_159/5295 del 17 dicembre 2019, ha disposto ulteriori incombenzi istruttori, tempestivamente espletati dalla società.

La Regione, però, non ha più dato seguito al procedimento.

Pertanto, con nota pec del 17 febbraio 2021 la società ha invitato l'Amministrazione regionale a convocare la conferenza di servizi decisoria ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003.

Non avendo avuto alcun riscontro, in data 12 aprile 2021, l'originaria ricorrente, ai sensi dell'art. 2, comma 9 bis della l. n. 241/90, ha assegnato alla Regione il termine di giorni 15 per provvedere.

La Regione Puglia, con nota prot. n. 4638 del 5 maggio 2021, ha comunicato che, secondo la propria interpretazione dell'art. 23 del d.lgs. n. 104/2017, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 27 bis del d.lgs. n. 152/2006, il procedimento di autorizzazione dovrebbe confluire nel procedimento di p.a.u.r. di competenza della Provincia di Foggia.

La nota è stata inviata, oltre che all'originaria ricorrente, anche alla suddetta Provincia.

2.4. L'appellante ha tempestivamente riscontrato questa nota in data 25 maggio 2021 invitando entrambe le Amministrazioni a porre in essere immediatamente ogni opportuno atto di intesa e di concertazione al fine di individuare il procedimento da seguire e comunque, in ogni caso, a concludere il suddetto procedimento mediante l'emissione del provvedimento autorizzativo finale.

2.5. Entrambe le Amministrazioni sono rimaste inerti, ragion per cui la società ha agito in primo grado ai sensi dell'art. 117 c.p.a., al fine di ottenerne la condanna ad adottare ogni atto di rispettiva competenza al fine di pervenire all'adozione del provvedimento autorizzativo dell'impianto, comunque denominato.

Contemporaneamente, con il separato ricorso allibrato al n.r.g. 695/2021, la Dea ha impugnato la nota regionale prot. n.

4638/2021, contestandone l'effetto di arresto procedimentale.

L'istanza di misure cautelari proposta nell'ambito di questo secondo ricorso è stata respinta dal T.a.r., con ordinanza che è stata successivamente appellata innanzi a questo Consiglio di Stato (n.r.g. 7373/2021).

2.6. La sezione, con ordinanza n. 5145 del 2021, ha respinto l'istanza cautelare sul rilievo che la competenza a provvedere appartenga alla Provincia di Foggia, facendo peraltro salvi gli esiti del procedimento di VIA e l'istruttoria già condotta per il rilascio dell'autorizzazione unica da parte della Regione Puglia.

3. Ciò posto, avverso la declaratoria di inammissibilità dell'azione avverso il silenzio – inadempimento, resa dal T.a.r., l'appellante ha dedotto:

I. Error in procedendo. *Violazione dell'art. 112 c.p.c. Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto. Difetto di istruttoria e di motivazione.*

Con la nota n. 4638/2021 la Regione Puglia ha dichiarato la sospensione del procedimento di autorizzazione unica ed ha invitato la Provincia di Foggia ad avviare il procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento autorizzatorio unico regionale.

A seguito di questa nota la società Dea ha diffidato entrambe le Amministrazioni ad emettere ogni provvedimento di rispettiva competenza al fine di pervenire alla conclusione del procedimento autorizzatorio, e successivamente, ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 117 c.p.a., sempre nei confronti di entrambe le Amministrazioni.

A prescindere dalla valutazione in merito all'effetto giuridico della nota regionale n. 4638/2021 e delle sue ricadute processuali, il primo profilo che inficia la decisione impugnata, secondo l'appellante, consiste nella violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. poiché il T.a.r. non ha adottato alcuna statuizione nei confronti della Provincia di Foggia.

II. Error in procedendo. *Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto. Difetto di istruttoria e motivazione. Contraddittorietà intrinseca. Illogicità.*

Il T.a.r. ha attribuito alla nota regionale n. 4638 del 2021, l'effetto di atto idoneo a determinare la cessazione del silenzio – inadempimento.

Secondo l'appellante, però, tale nota non avrebbe conseguito l'effetto di rimuovere l'inerzia dell'Amministrazione regionale perché si tratterebbe solo di un atto interlocutorio.

III. Error in procedendo vel in iudicando. *Violazione dell'art. 27 – bis del d.lgs. n. 152 del 2006. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà intrinseca. Illogicità. Ingiustizia manifesta.*

La ricorrente ha contestato la nota regionale 4638 del 2021 con il separato ricorso n. 695/2021, pendente innanzi alla medesima Sezione del T.a.r. per la Puglia.

Per evidenti motivi di coerenza tra giudicati, concentrazione dei giudizi ed effettività della tutela processuale, il T.a.r. avrebbe dovuto disporre la riunione del ricorso ex art. 117 c.p.a. con il predetto ricorso.

Al fine di sottolineare la particolare complessità della fattispecie, l'appellante ha poi evidenziato che questa sezione, con la sentenza n. 6195 del 2021, si è pronunciata in senso contrario alla competenza provinciale in materia di p.a.u.r. affermando che la legge regionale n. 17 del 2007 (recante la delega alle Provincie pugliesi in materia di VIA) non è sufficiente ai fini del trasferimento delle funzioni amministrative in materia.

A seguito di questa pronuncia è peraltro intervenuto il legislatore regionale il quale, con l'art. 3 della l.r. n.33 del 2021, ha fornito una "interpretazione autentica" della l.r. 17 del 2007 tale da ricomprendervi anche la delega in materia di provvedimento autorizzatorio unico regionale.

In definitiva, sarebbe evidente la grave insufficienza della motivazione della decisione appellata, che non ha in alcun modo valutato gli effetti dell'atto interlocutorio emesso dalla Regione Puglia, né, comunque la posizione della Provincia di Foggia.

4. Si è costituita, per resistere, la Provincia di Foggia la quale ha riproposto l'eccezione (non esaminata dal T.a.r.) di illegittimità costituzionale della citata l.r. n.33 del 21 settembre 2021.

5. L'appellante ha depositato una memoria di replica.

6. L'appello, infine, è passato in decisione alla pubblica udienza del 19 maggio 2022.

7. Nell'ordine logico delle questioni viene in rilievo il secondo motivo, con il quale si censura la declaratoria di inammissibilità resa dal T.a.r. sulla base dell'adozione della determinazione regionale n. 4638 del 5 maggio 2021.

7.1 Come già evidenziato dalla Sezione nell'ordinanza cautelare n. 5145 del 2021, resa sull'appello n. 7373 del 2021, tale provvedimento, nell'ottica della Regione, ha definito il procedimento avviato dalla società originaria ricorrente, sia pure determinandone l'arresto.

La Regione Puglia ritiene infatti:

- che, in forza della disciplina transitoria recata dall'art. 23 del d.lgs. n. 104 del 2017, il procedimento di autorizzazione dell'impianto di cui si verte debba essere condotto ai sensi delle sopravvenute disposizioni di cui all'art. 27 – bis del codice dell'ambiente;

- che, a tale fine, sussista la competenza della Provincia di Foggia alla quale ha pertanto rimesso ogni ulteriore determinazione.

E' pertanto evidente che la nota regionale n. 4638 del 2021 non è un atto meramente soprassessorio bensì esprime la posizione definitiva della Regione sulla vicenda.

Il che spiega anche perché tale provvedimento abbia formato oggetto di distinta e autonoma impugnazione da parte della società dante causa dell'odierna appellante.

7.2. Va soggiunto che, anche ove si assuma la competenza dell'Amministrazione rimasta inerte, tale rilievo integra comunque un vizio di legittimità del provvedimento sopravvenuto che deve essere fatto valere con apposita impugnativa (come appunto verificatosi nel caso di specie; cfr., al riguardo, le sentenze della sezione nn. 218 del 12 gennaio 2022 e 7323 del 23 novembre 2020).

In sostanza, ai fini del presente giudizio, avente ad oggetto esclusivamente l'azione avverso il silenzio che avrebbero illegittimamente serbato le Amministrazioni interpellate, è del tutto indifferente che la Regione sia priva di competenza ovvero che sia errato il presupposto da cui muove la stessa, in quanto tali deduzioni configurano semmai vizi di legittimità dell'atto, emanato per evadere la diffida della società, da far valere in via ordinaria (in termini, Cons. Stato, n. 7323 del 2020, cit.).

7.3. Infine, poiché l'esplicita presa di posizione regionale è intervenuta prima della notificazione del ricorso ex art. 117 c.p.a., correttamente il T.a.r., *in parte qua*, ne ha dichiarato l'inammissibilità.

7.4. Sono invece fondati il primo ed il terzo mezzo di gravame.

7.4.1. In primo luogo, è agevole rilevare che il T.a.r. non ha in alcun modo esaminato la domanda di accertamento del silenzio inadempimento proposta nei confronti della Provincia di Foggia.

7.4.2. Inoltre – nonostante la pendenza del ricorso n.r.g. n. 695 del 2021 rappresentata dalle parti nel corso del giudizio – non ha fatto in modo di garantire il *simultaneus processus* in relazione al giudizio proposto dalla Dea avverso il provvedimento negativo esplicito emanato dalla Regione, fondato, come detto, sull'asserita incompetenza della medesima e sulla competenza della Provincia di Foggia.

7.4.3. Tale omissione ha poi impedito al giudice di primo grado di confrontarsi con la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge regionale della Puglia 21 settembre 2021, n. 33, sollevata dalla Provincia di Foggia, e quindi di delibarne, in primo luogo, anche la sola rilevanza.

7.4.4. Le evidenziate carenze della pronuncia di primo grado integrano la fattispecie della motivazione apparente e congetturale della sentenza di primo grado, non suscettibile di essere emendata in sede di appello.

Come messo in luce dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza n. 15 del 2018), il difetto assoluto di motivazione integra un caso di nullità della sentenza, per il combinato disposto degli artt. 88, comma 2, lett. d) e 105, comma 1, c.p.a., non rimediabile attraverso il potere di correzione spettante al giudice d'appello.

Alla luce del principio processuale di cui all'art. 156, comma 2, c.p.c., la motivazione rappresenta infatti l'indispensabile requisito formale/sostanziale affinché la sentenza raggiunga il suo scopo.

La motivazione apparente non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d'imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture.

Una sentenza "congetturale" è, per definizione, una non - decisione giurisdizionale o, se si preferisce e all'estremo opposto, un atto di puro arbitrio e, quindi, un atto di abdicazione della *potestas iudicandi*.

7.5. Ciò posto, nel caso di specie, ai fini dell'esame della domanda di accertamento del silenzio - inadempimento proposta nei confronti della Provincia di Foggia, è necessario rinviare la causa al giudice di primo grado.

In tale sede il T.a.r. valuterà se riunire il giudizio avverso il silenzio – inadempimento con quello impugnatorio avverso la determinazione regionale n. 4638 del 2021, ovvero farli comunque, in diversa guisa, procedere in parallelo.

8. In definitiva, per quanto sopra argomentato, l'appello deve essere accolto in parte, nei sensi di cui in motivazione, con il conseguente annullamento parziale della sentenza impugnata e la regressione della causa al T.a.r., ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a.

9. La novità della questione giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

(Omissis)