

# Istanza di valutazione di impatto ambientale avente ad oggetto il progetto di potenziamento di un parco eolico

T.A.R. Sardegna, Sez. II 29 novembre 2022, n. 814 - Lensi, pres.; Serra, est. - Regione Autonoma della Sardegna (avv.ti Pani, Secchi, Parisi) c. Ministero della transizione ecologica ed a. (Avv. distr. Stato) ed a.

**Ambiente - Istanza di valutazione di impatto ambientale avente ad oggetto il progetto di potenziamento di un parco eolico.**

(*Omissis*)

## FATTO e DIRITTO

1. La Regione Autonoma della Sardegna ha esposto che la società Erg Wind Sardegna S.r.l. (subentrata alla società Erg Wind Energy S.r.l.) (ERG) aveva presentato un'istanza di valutazione di impatto ambientale avente ad oggetto il progetto di "potenziamento del parco eolico di Nulvi Ploaghe", sul dichiarato presupposto di gestire dall'anno 2004 un parco nel medesimo sito.

In particolare, il progetto prevedeva la sostituzione dei 51 aerogeneratori in esercizio (con altezza complessiva di metri 76 della potenza singola nominale pari a 0,85 MW), con 27 aerogeneratori, ma ciascuno di potenza pari a 4,5 MW per una potenza complessiva triplicata pari a 121,50 MW e con un'altezza di 180 metri oltre ad una profondità delle fondazioni di oltre 26 metri.

Nonostante i pareri tecnici contrari della Regione Sardegna, della Provincia di Sassari e del Comune di Nulvi, la Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale VIA-VAS del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare aveva espresso il parere favorevole n. 3136 del 4.10.2019; a fronte di esso però, il Ministero per i beni e le attività culturali e il turismo – Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio – Servizio V, aveva espresso parere negativo definitivo (n. 7830 del 28.02.2020).

Tale parere e gli atti endoprocedimentali sfavorevoli erano stati impugnati dalla ERG davanti al T.A.R. Sardegna, che ha respinto il ricorso con la sentenza n. 647 del 26 novembre 2020, la quale è stata confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 8754 del 31 dicembre 2021.

2. Pur così conclusasi la vicenda processuale, il neo costituito Ministero della Transizione Ecologica (MITE), che ha sostituito, in forza del D.L. n. 22/2021, il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare, ha richiesto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con note dell'aprile 2021, dunque successive alla sentenza di primo grado e nelle more della definizione del giudizio d'appello, di attivare il meccanismo di cui all'art. 5, comma 2, lett. c-bis) della legge 400/1988, al fine di risolvere il contrasto emerso tra il Ministero dell'Ambiente e il Ministero della Cultura.

Su tale base, il Consiglio dei Ministri, nella riunione del 10 marzo 2022 ha deliberato "di fare propria la posizione del ministero della transizione ecologica in merito alla compatibilità ambientale del progetto di potenziamento del Parco eolico Nulvi Ploaghe, localizzato nei comuni di Nulvi, Ploaghe e Osilo (SS), con una potenza complessiva pari a 121,5 MW, presentato dalla società Erg Wind Sardegna S.r.l.", superando anche il ribadito parere negativo espresso dal Ministero della Cultura nella riunione del 31 maggio 2021.

Di conseguenza, il MITE ha adottato il giudizio positivo al progetto di compatibilità ambientale di cui sopra a mezzo del decreto n. 174 del 4.05.2022.

La Regione, nell'impugnare gli atti ora citati, ha evidenziato anche come, in una zona sostanzialmente limitrofa a quella per cui è causa, altra società abbia presentato un progetto per la realizzazione di un impianto eolico composto da 9 aerogeneratori di 150 metri di altezza e una turbina del diametro di 100 metri, ricevendo il diniego da parte della Regione e della Soprintendenza; atti impugnati davanti al T.A.R. Sardegna, che ha rigettato il ricorso con sentenza n. 573 del 23 ottobre 2021, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2464 del 4 aprile 2022.

3. Ciò posto – e premessa la propria legittimazione ad agire – la Regione Sardegna ha dedotto in diritto:

- I Violazione di legge, art. 5, comma 2, lett. c-bis) della legge 400/1988. *Eccesso di potere per carenza dei presupposti, contraddittorietà, insufficienza e perplessità dell'istruttoria, omessa motivazione, assenza dell'interesse pubblico. Carenza assoluta di potere amministrativo*, in quanto il meccanismo di cui all'art. 5, comma 2, lett. c-bis) L. 400/1988 è stato illegittimamente attivato dal MITE, senza alcuna istanza del privato, che aveva invece scelto di percorrere la via del ricorso giurisdizionale, che è stato, come visto, rigettato sia in primo grado che in grado d'appello.

A fronte di una tale situazione dunque, il MITE ha coltivato un interesse proprio del privato, che aveva scelto di tutelarsi in altra sede, e non già un interesse generale, nonché agito in carenza di potere, posto che sulla medesima questione era ormai pendente ricorso giurisdizionale, peraltro già definito in primo grado e concluso in grado d'appello ben prima dell'adozione della deliberazione del Consiglio dei Ministri e del conseguente provvedimento del MITE, qui impugnati.

- II Violazione di legge, art. 5, comma 2, lett. c-bis) della legge 400/1988 e art. 3 della legge 241/1990. *Violazione dell'art.*



9 e 41 della Costituzione. Violazione dell'art. 22 del d.lgs. 152/2006. Eccesso di potere per errore di fatto, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, carenza dei presupposti, insufficienza e perplessità dell'istruttoria, omissione e inadeguatezza della motivazione, assenza dell'interesse pubblico. Manifesta illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà dell'agire amministrativo.

In ogni caso, la deliberazione del Consiglio dei Ministri è viziata da una grave carenza di presupposti ovvero, comunque, da una forte contraddittorietà delle ragioni che ne hanno giustificato l'utilizzo, in quanto disposta per il non consentito scopo di eludere ben due sentenze dei giudici amministrativi (T.A.R. e Consiglio di Stato) ovvero, comunque, per superare il contrasto tra queste sentenze e il parere del MITE.

Inoltre, la suddetta facoltà di rimessione è ammissibile, in presenza di un contrasto tra due soggetti pubblici, ma solo in ordine ad atti e valutazioni "non definitive", laddove, nel caso di specie, il parere del MIC era divenuto definitivo, come peraltro affermato chiaramente sia dalla sentenza del T.A.R. Sardegna che da quella del Consiglio di Stato, e già impugnato in sede giurisdizionale, essendosi peraltro già conclusi entrambi i gradi di giudizio al momento dell'adozione della deliberazione del Consiglio dei Ministri impugnata.

Ancora, la Regione evidenzia comunque il difetto di istruttoria e motivazione da cui è affetta la deliberazione del Consiglio dei Ministri, in quanto delibera di riconoscere una prevalenza alla posizione assunta dal MITE senza tuttavia procedere ad un riesame del progetto, senza nessuna reale comparazione tra le diverse posizioni e senza adeguatamente motivare, pur a fronte di un parere negativo del MIC molto consistente (n. 98 pagine), che ha poi infatti superato il vaglio giurisdizionale.

Peraltro, a palesare il difetto di istruttoria e motivazione è altresì la circostanza per cui i provvedimenti impugnati non danno conto dei molteplici e diversi pareri negativi regionali afferenti ad ambiti di competenza differenti.

Contesta poi, nel merito, le poche motivazioni rese dal Consiglio dei Ministri, che risultano peraltro contraddette, senza motivazione in merito, dalle sentenze intervenute nella vicenda oltre che da tutti gli atti endoprocedimentali adottati dal MIC e dalla Regione.

La Regione dunque evidenzia anche la violazione dell'art. 22 del d.lgs. 152/2006 e l'eccesso di potere in relazione all'omessa valutazione di alternative di progetto e/o di omessa individuazione di altro sito più idoneo alla realizzazione del progetto imprenditoriale proposto, compresa l'alternativa "zero", con indicazione delle ragioni principali alla base dell'opzione riproposta pur a fronte dei pronunciamenti del Consiglio di Stato e prendendo in considerazione gli impatti sul contesto archeologico, architettonico, paesaggistico e culturale.

- III Violazione dell'art. 9, 41 e 116 della Costituzione, dell'art. 1 e 4 dello Statuto Sardo e delle relative norme di attuazione. Violazione del paragrafo 1, dell'art. 6, della direttiva 2011/92/UE. Violazione dell'art. 12, comma 4, del d.lgs. 387/2003 dall'art. 8, d.lgs. 152/2006. Eccesso di potere per errore di fatto, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, carenza dei presupposti, contraddittorietà, insufficienza e perplessità dell'istruttoria, omessa motivazione, assenza dell'interesse pubblico. Manifesta illogicità, irragionevolezza ed arbitrarietà. Violazione del principio di leale collaborazione.

In tal senso, deduce la ricorrente che la Regione Sardegna gode di una competenza primaria in materia di tutela del paesaggio in relazione alle iniziative di installazione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. Di tal che, sono illegittimi gli atti impugnati in quanto non compiono un'effettiva valutazione non solo della compatibilità del progetto in esame con i principali temi che riguardano la tutela ambientale, ma ha pure omesso di comparare tali aspetti con l'esplicazione di quale sia l'effettiva esigenza (regionale e nazionale) di realizzare opere infrastrutturali adeguate per l'approvvigionamento e la distribuzione di energia elettrica e senza coinvolgere la Regione Sardegna.

Infatti, è erroneo il decreto nella parte in cui si dà atto dell'acquisizione di pareri favorevoli dell'Assessorato dei Trasporti, che ha rilevato invece numerose criticità, nonché dell'Assessorato della difesa dell'ambiente, che non ha reso alcun parere, mentre risulta la contestuale presenza dei diversi pareri negativi regionali citati afferenti ad ambiti di competenza plurimi e comunque differenti tra loro.

Infine, la Regione evidenzia come la stessa non abbia potuto fattivamente partecipare al procedimento amministrativo svoltosi in seno alla Commissione Tecnica di Verifica dell'Impatto Ambientale VIA e VAS, dapprima con riferimento al parere n. 3136 del 4.10.2019, posto peraltro che il rappresentate regionale dichiarato "assente" in detta sede era stato collocato in quiescenza sin dal 2014; del pari è a dirsi con riferimento al successivo parere n. 3305 del 17.04.2020, con il quale la Commissione ha modificato la prescrizione relativa alle terre e rocce da scavo, assunto anch'esso senza la partecipazione di nessun rappresentante della Regione.

4. Resistono in giudizio il Ministero della Transizione Ecologica e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, che hanno richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato, evidenziando in particolare che:

- il potere previsto dall'art. 5, comma 2, lett. c-bis l. 23 agosto 1988 n. 400 è prerogativa esclusiva del Presidente del Consiglio dei Ministri e non soffre i limiti del giudicato già intervenuto in quanto esso attiene solo alla legittimità del parere reso dal MIC, mentre il provvedimento impugnato ha operato un bilanciamento tra i diversi interessi pubblici di cui sono portatrici le Amministrazioni a diverso titolo competenti e il cui dissenso ha portato proprio all'attivazione del rimedio di cui all'art. 5 cit.;

- è irrilevante l'omessa proposizione dell'istanza da parte del privato, posta la natura tutta interna al Governo del potere in

esame;

- l'atto impugnato è sostenuto da una congrua motivazione, che dà anche conto del giudicato intervenuto, immune da vizi, anche per il suo carattere di atto di alta amministrazione.

5. Si sono costituite in giudizio le controinteressate ERG Wind Energy S.r.l. e ERG Wind Sardegna S.r.l, che hanno richiesto il rigetto del ricorso siccome infondato, evidenziando in particolare che:

- il giudizio odierno non attiene alla legittimità dei singoli pareri, come quello già definito dal Consiglio di Stato, ma a un diverso provvedimento di composizione del conflitto tra i pareri resi dai Ministeri;

- di qui, il procedimento è legittimo, non sussistendo alcun ostacolo alla sua attivazione e ciò anche se attivato prima che il MITE avesse concluso il procedimento con provvedimento di VIA negativo, nonché essendo inconferente il fatto che non l'abbia richiesto la parte privata, invero priva del potere di farlo;

- il fatto che fosse stata confermata in sede giurisdizionale la ragionevolezza del parere del MIC non può inficiare, in ogni caso, l'esercizio di tale autonomo potere governativo, ove vengono in rilievo e bilanciate tra loro, oltre alle valutazioni svolte dal MIC medesimo, anche quelle operate dal MITE (ex MATTM) in sede di valutazione di impatto ambientale del progetto, al fine di addivenire ad una composizione del contrasto;

- la motivazione del provvedimento è ampia e congrua e dunque rispettosa dei principi che governano gli atti di alta amministrazione e il sindacato preteso dalla Regione è in realtà precluso al giudice amministrativo.

6. All'udienza pubblica dell'8 novembre 2022, in vista della quale le parti hanno illustrato le proprie difese con memorie, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. La presente controversia involge la legittimità dell'esercizio del potere, da parte del Consiglio dei Ministri, previsto dall'art. 5, comma 2, lett. c-bis l. 23 agosto 1988 n. 400, che dispone testualmente che: *"Il Presidente del Consiglio dei ministri, ai sensi dell'articolo 95, primo comma, della Costituzione: (...) può deferire al Consiglio dei Ministri, ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti in ordine alla definizione di atti e provvedimenti;"*.

In merito ad esso, giova riassumere, come pure fatto dalle parti nei rispettivi scritti difensivi, gli assunti ermeneutici resi dalla giurisprudenza in materia, al fine di inquadrare l'istituto in esame.

In tale direzione, per chiarezza espositiva, è sufficiente richiamare quanto recentemente ben compendiato dal Consiglio di Stato nei termini seguenti:

*"La norma poc'anzi citata enuclea un potere di composizione dei conflitti ("armonizzazione") nell'ambito del Governo, consentendo attraverso una deliberazione collegiale del Consiglio dei Ministri, organo competente a determinare i principi essenziali dell'indirizzo politico e amministrativo del Governo, sollecitata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, di esprimere in maniera unitaria quella che è la sintesi degli interessi coinvolti nella vicenda devoluta all'esame del Consesso di vertice del Potere Esecutivo dello Stato.*

*16.2. Il Consiglio dei Ministri è, infatti, competente a fissare l'indirizzo politico-governativo ed è, pertanto, anche competente a valutare quale, fra due o più posizioni in contrasto, garantisca meglio gli interessi pubblici coinvolti e le priorità della politica governativa, dovendo dunque prevalere.*

*In sostanza, mediante l'adozione dell'atto di alta amministrazione contemplato dalla norma in esame, il Consiglio dei Ministri può apprezzare unitariamente quelli che sono gli interessi coinvolti nella vicenda e operarne, se del caso, una sintesi, individuando, altrimenti, ove questo tentativo fallisca, quello o quelli prevalenti.*

*16.3. Nell'ambito di un ordinamento amministrativo che, sul versante organizzativo, in ragione della complessità del sistema normativo e dei molteplici, e talvolta antitetici, interessi chiamati a dover essere gestiti, si connota per essere, sempre più, come è stato icasticamente affermato, una "costellazione multilivello e policentrica di apparati", risulta oltremodo necessario un momento di delibazione finale e definitiva, ove si decida qual è l'interesse che debba prevalere, da perseguire non soltanto a vantaggio dello Stato, ma nel "preminente interesse nazionale" (arg. ex art. 118 Cost., che alloca la funzione amministrativa richiamando i principi di sussidiarietà e adeguatezza, e, con riferimento alla normativa vigente razione temporis, ex art. art. 14-quater Legge del 7 agosto 1990, n. 241, che puntualizza che "Se l'intesa non è raggiunta entro trenta giorni, la deliberazione del Consiglio dei Ministri può essere comunque adottata"; adesso, si cfr. l'art. 14-quinquies e, in particolare, il sesto comma).*

*16.4. Si individua, insomma, "nel vertice dell'apparato amministrativo (nazionale) la figura chiamata a comporre il dissenso" attribuendo ad esso "una ponderazione comparativa degli interessi coinvolti, resa possibile dalla collocazione istituzionale dell'organo decidente, il cui orizzonte è tale da poter considerare, in un'ottica di sintesi, tutte le diverse posizioni di interesse (quelle ambientali, paesaggistiche, energetiche, urbanistiche, industriali, ecc.). La disposizione, in altri termini, esprime una tipica regola di sussidiarietà verticale, realizzando un'allocatione del meccanismo di coordinamento che coniuga il profilo dell'attività con quello dell'organizzazione" (Cons. Stato Sez. IV, 2 marzo 2020, n.1486, che peraltro ha citato, quale spunto argomentativo della tesi accolta, anche la sentenza del T.a.r. per il Lazio n. 10936 del 2017, che ha deciso, in primo grado, un contenzioso relativo alla presente vicenda)" (Cons. Stato, Sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3112).*

Su tali basi, possono ora esaminarsi le censure spiegate dalla Regione Sardegna avverso il provvedimento con cui il

Consiglio dei Ministri ha deliberato di fare propria la posizione espressa dal Ministero della Transizione Ecologica, favorevole alla realizzazione, con prescrizioni, del progetto di potenziamento del Parco Eolico Nulvi Ploaghe, così attribuendogli prevalenza rispetto alla posizione, di segno negativo, espressa dal Ministero della Cultura; deliberazione sulla cui base è poi stato adottato dal Ministero della Transizione Ecologica il provvedimento di giudizio positivo di compatibilità ambientale del progetto, con prescrizioni.

8. Con un primo motivo di ricorso, sopra illustrato, la Regione Sardegna solleva diverse questioni di carattere procedimentale e di compatibilità "astratta" dell'istituto con la vicenda che occupa.

8.1. Esaminandole partitamente, è infondata la prima deduzione con cui la Regione censura l'attivazione dell'istituto di cui all'art. 5 *cit.* da parte del MITE in relazione ad un parere di segno negativo reso dal Ministero della Cultura, ormai divenuto definitivo e che avrebbe concluso perciò il procedimento, mentre la composizione del conflitto non potrebbe che avvenire in costanza di esso (motivo peraltro replicato in parte del motivo sub. II); vieppiù che il privato presentatore del progetto aveva proposto ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento del MIC e il MITE non poteva perciò sostituirsi alla valutazione già fatta dal privato circa il rimedio da adottare.

Tale impostazione non può essere condivisa.

In senso contrario, è sufficiente richiamare quanto statuito dal Consiglio di Stato in merito proprio alle modalità di avvio del procedimento in esame, che determina la legittimità della procedura avviata dal MITE, con l'istanza presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri, che ha poi avviato il procedimento di cui all'art. 5, comma 2, lett. c-bis) in seno al Consiglio dei Ministri:

*"20.1.1. Effettivamente, per dare rigorosa esecuzione della norma, dopo l'emanazione del parere negativo da parte del MIC, il MATTM avrebbe dovuto formalizzare il parere negativo di V.I.A. e poi rivolgere la richiesta al Presidente del Consiglio di avviare il procedimento di cui all'art. 5.*

*Nondimeno, poiché, in seguito all'emanazione del parere negativo del MIC, l'esito del sub procedimento è oramai vincolato (secondo quanto afferma, per l'appunto, parte appellante), dovendo il MATTM necessariamente emanare il parere negativo di V.I.A., vi sono le condizioni per ritenere il vizio procedimentale irrilevante, ai sensi dell'art. 21 octies, primo comma, Legge n. 241 del 1990, oltre che in base a quanto sinora già osservato.*

*Infatti, la circostanza che il MATTM abbia domandato il deferimento della questione al Consiglio dei Ministri prima di emanare un parere oramai vincolato sia sull'an che sul quid, si connota come mera irregolarità: da un eventuale annullamento dell'atto gravato, da parte di questo Consiglio, scaturirebbe, infatti, soltanto la retrocessione del procedimento al momento in cui il MATTM avrebbe dovuto emanare il parere di V.I.A., la conseguente doverosa emanazione del suddetto parere negativo e, successivamente all'adozione di questo atto, la richiesta di formale intervento del Consiglio dei Ministri: nulla si innoverebbe, dunque, sul versante sostanziale, sì che il "contenuto dispositivo" dell'atto "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato" (art. 21 octies, primo comma, legge n. 241 del 1990) o, comunque, nulla è affermato al riguardo dagli appellanti.*

*20.1.2. Circa l'ulteriore censura contenuta nel terzo motivo di appello, in aggiunta a quanto osservato in materia di semplificazione, va rilevato che l'art. 5, comma 2, lett. c-bis, legge n. 400 del 1988, non dispone alcunché circa la specifica competenza ad inoltrare alla competente Presidenza del Consiglio la richiesta di convocazione del Consiglio dei Ministri.*

*20.2. Sempre con riferimento al secondo motivo, si osserva che, contrariamente a quanto asserisce l'appellante, l'esito del sub procedimento di V.I.A. non è stato influenzato da altre amministrazioni non coinvolte nel procedimento, tant'è vero che il MIC ha potuto emanare il suo parere negativo e ribadire il contenuto in sede di Consiglio dei Ministri (salvo, rimettersi alla decisione che sarebbe stata votata in sede di alta amministrazione). Semplicemente, è stato attivato il meccanismo di superamento del dissenso e di composizione degli interessi, previsto dall'ordinamento" (Cons. Stato, n. 3112/2021 *cit.*).*

Come si vede dunque, lungi dal costituire un ostacolo la definitiva espressione di parere negativo da parte del MIC, al più potrebbe discutersi della legittimità della scelta del MITE di attivare il meccanismo di superamento del dissenso prima di rendere un definitivo parere negativo di VIA.

Tale censura, peraltro non formulata dalla Regione, è comunque infondata proprio al lume di quanto chiarito dal Consiglio di Stato, che ha affermato che il vizio è irrilevante ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2 L. n. 241/1990, stante la natura vincolata del provvedimento, di segno negativo, che il MITE avrebbe poi dovuto adottare sulla compatibilità ambientale del progetto a seguito del parere contrario del MIC.

Natura vincolante del parere definitivo del MIC che, proprio in direzione diametralmente opposta a quanto dedotto dalla Regione, non impedisce l'attivazione dello strumento di superamento del dissenso, bensì l'abilità, poiché prima di esso non vi è contrasto definitivo da superare da parte del vertice del Governo.

Del pari, il Consiglio di Stato ha chiarito come la norma non indichi alcuna competenza specifica in merito alla richiesta da formulare al Presidente del Consiglio per l'attivazione del potere *ex art. 5 cit.*, confermando perciò la legittimità dell'istanza formulata in tal senso dal MITE.

8.2. Nello stesso solco di considerazioni, la Regione ha poi evidenziato come, comunque, l'adozione del provvedimento del Consiglio dei Ministri fosse preclusa dalla presenza di un giudicato, formatosi a seguito della sentenza del Consiglio

di Stato n. 8754/2021 di conferma della sentenza di questa Sezione n. 647/2020; sentenza del Consiglio di Stato intervenuta successivamente all'avvio del procedimento "compositivo" del conflitto tra amministrazioni, ma prima dell'adozione del provvedimento definitivo.

Anche tale impostazione non può essere condivisa dal Collegio nella sua portata assoluta: non può infatti affermarsi che la pendenza di un contenzioso giurisdizionale o financo il giudicato intervenuto prima dell'adozione della deliberazione del Consiglio dei Ministri, in merito alla legittimità del parere del MIC in seno ad un procedimento di compatibilità ambientale di un progetto, impedisca *tout court* la possibilità per il Consiglio dei Ministri di esercitare il potere *ex art. 5*, comma 2, lett. *c-bis* cit.

In questo senso, si è infatti già espresso ancora il Consiglio di Stato con la più volte citata sentenza n. 3112/2021, su questione assimilabile alla presente, nella quale veniva contestata la violazione del giudicato con cui il Consiglio di Stato aveva annullato un parere favorevole del MIC, il quale in sede di riesercizio del potere aveva poi espresso parere negativo, ma tale parere era stato superato dal Consiglio dei Ministri con il potere di cui all'art. 5 *cit.*

Orbene, il Consiglio di Stato, chiamato a valutare la legittimità di tale *modus operandi*, ha chiarito che "*la sentenza n. 3652 del 2015 in nessun capo o punto ha pronunciato l'annullamento di altri atti dell'articolato procedimento amministrativo di autorizzazione unica alla realizzazione o gestione dell'infrastruttura della rete elettrica oppure del sub procedimento di V.I.A., riguardando invece esclusivamente soltanto il parere reso dal MIC nell'ambito di quest'ultimo sub procedimento.*

22.3. *Sul versante del diritto sostanziale, costituisce un assunto assodato che il procedimento amministrativo, di regola, consta di più atti e si articola in fasi, e la pronuncia di annullamento del Giudice amministrativo può riguardare singoli atti di ciascuna fase, senza che questo determini una caducazione complessiva del procedimento e, segnatamente, di quegli atti attinenti ad una fase diversa oppure di quegli atti che, pur inseriti nella medesima fase, non sono direttamente toccati dalla pronuncia di annullamento né risultano correlati a quelli annullati da una relazione tale da determinare effetti automaticamente caducanti.*

22.4. *Sul profilo del diritto processuale, la regola generale del processo amministrativo che impone l'impugnazione dei singoli atti, perché ne possa essere pronunciato l'annullamento (ed individua, invece, come eccezione limitata a casi affatto peculiari il prodursi degli effetti caducanti), depone ulteriormente per questa soluzione.*

22.5. *Sul piano dei principi, inoltre, l'interpretazione che qui si indica - e che è quella concretamente adoperata dalle amministrazioni - è inoltre coerente con il principio di conservazione degli atti giuridici (solitamente indicato come immanente e trasversale all'intero ordinamento giuridico; cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 26 luglio 2012, n. 30, § 2; di recente, Cons. Stato, Sez. III, 04 settembre 2020, n. 5358), nonché con quelli, specifici dell'ordinamento amministrativo, dell'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.*

22.6. *Sul piano dell'esegesi letterale della sentenza n. 3652 del 2015, va considerato, ancora, che la sua motivazione è incentrata unicamente sugli aspetti relativi al parere reso dal Ministero dei Beni e delle Attività Culturali, e il dispositivo, espressamente, limita l'accoglimento del ricorso a quanto statuito in motivazione.*

22.7. *Non deve ingannare, poi, il punto della sentenza n. 3652 del 2015, corrispondente al § 24, nel quale si enuncia, quale ulteriore motivo di accoglimento del ricorso, la circostanza che "...la riscontrata impossibilità di soluzioni tecniche alternative non è stata oggetto di adeguata motivazione ad opera del parere, che sotto questo profilo si limita a richiamare e a recepire senz'altro le considerazioni svolte da Terna che ha proposto il progetto. Vizio, anche questo, sufficiente a concretare l'invalidità degli atti, perché sarebbe comunque stato obbligo del MIBAC svolgere la relativa indagine ed esternare le ragioni della sua specifica nuova valutazione"* (ancora Cons. Stato, n. 3112/2021).

Ora, da tale impostazione, seppur resa per escludere la necessità che il procedimento dovesse essere ripetuto per intero e non solo in relazione al parere del MIC, si coglie la diversità di oggetto tra quanto è coperto dal giudicato, *i.e.* la legittimità della valutazione resa dal MIC, e quanto invece oggetto del procedimento *ex art. 5 bis* cit.

Ed infatti, anche in detta vicenda, era intervenuto un giudicato in merito al parere del MIC, ma ciò non ha impedito l'attivazione del rimedio compositivo del conflitto tra Ministeri, in via generale, da parte del Consiglio dei Ministri.

La sua valutazione d'altronde non è volta ad affermare la legittimità o meno del parere del MIC, che costituirebbe sostituzione del giudicato, bensì, posta proprio la legittimità del parere del MIC, esercita il potere previsto dalla legge e volto a verificare quale degli interessi pubblici, pur legittimamente fatti valere dai diversi Ministeri, debba prevalere.

8.3. È dunque nella sua assolutezza che non può essere condivisa la tesi della Regione, ove afferma che la presenza del giudicato sul parere del MIC impedisca in ogni caso l'attivazione del rimedio "compositivo" del Consiglio dei Ministri.

È invece senz'altro vero che, in concreto, nell'esercizio di tale potere, deve essere considerata la presenza del giudicato, nel caso che occupa di natura confermativa della legittimità del diniego espresso dal MIC, in ordine alle motivazioni rese e confermate circa l'incompatibilità ambientale del progetto sotto il profilo paesaggistico.

In altre parole, ammesso l'esercizio del potere del Consiglio dei Ministri, la motivazione che sorregge l'eventuale superamento del parere negativo del MIC, sulla cui legittimità è sceso il giudicato, deve confrontarsi con tale situazione, dovendo perciò essere esposte le ragioni che consentono di ritenere che le valutazioni, pur legittime, del MIC debbano recedere di fronte ad un altro interesse pubblico.

9. Ed è proprio in merito a tale valutazione concreta resa in motivazione dalla deliberazione del Consiglio dei Ministri

che si appunta in particolare il secondo motivo di ricorso spiegato dalla Regione.

Escluso che la presenza del giudicato e la definitività del parere reso dal MIC possano precludere in astratto l'esercizio del potere del Consiglio dei Ministri, deve essere verificata la legittimità della motivazione resa in detta deliberazione per superare il dissenso del MIC; e ciò anche alla luce dell'intervenuto giudicato sulla legittimità di tale parere.

L'atto impugnato in questa sede è senz'altro un atto di alta amministrazione, ma non per questo sfugge al sindacato giurisdizionale in ordine ai fatti posti a fondamento della decisione, in particolare in merito alla correttezza e completezza dell'istruttoria e della motivazione.

In tal senso, la giurisprudenza, proprio in relazione agli atti di alta amministrazione costituiti da deliberazioni del Consiglio dei Ministri rese per comporre contrasti tra atti dei Ministeri, ha ben chiarito che la natura di alta amministrazione dell'atto qui in esame "non implica che ove la deliberazione del Consiglio dei Ministri contrasti, anche in parte, l'atto di dissenso qualificato, possa prescindere da una motivazione che dia adeguato e congruo conto delle ragioni specifiche per cui gli elementi del giudizio di compatibilità assunti dall'amministrazione dissenziente vanno, in quel concreto caso, diversamente valutati. (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 gennaio 2013, n. 220 ed anche, sez. IV, 26 settembre 2013, n. 4768)"; il sindacato giurisdizionale in merito, "pur avendo natura estrinseca e formale, può essere esercitato sul corretto esercizio del potere anche con riferimento alla verifica della ricorrenza di un idoneo e sufficiente supporto istruttorio, della veridicità dei fatti posti a fondamento della decisione e dell'esistenza di una giustificazione motivazionale che appaia logica, coerente e ragionevole (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4862 e sez. III, 8 settembre 2014, n. 4536)" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 agosto 2017, n. 4062).

10. In questo senso, si impone allora, per la loro centralità, di riportare i passaggi motivazionali della deliberazione del Consiglio dei Ministri rilevanti per la presente controversia.

In merito alla posizione del Ministero della Cultura, il Consiglio dei Ministri ha rilevato che "il Ministero della cultura ha ribadito il parere contrario alla realizzazione dell'impianto in questione evidenziando il rilevante impatto che il progetto avrebbe sull'area che, sebbene non sottoposta a provvedimenti di tutela archeologica ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, né a procedimenti in itinere di tutela ai sensi degli artt. 10, 13, 14 e 4S del citato decreto legislativo, è ricca di insediamenti e di testimonianze di epoca antica che rappresentano un importante patrimonio archeologico (...) le opere previste incidono negativamente sui valori caratterizzanti il paesaggio e che nel bacino visivo di 9 km dal progetto si collocano beni vincolati, tra cui la SS Trinità di Saccargia, l'area di scala di Giocca e la terrazza di San Pietro di Silki (...) gli aerogeneratori ricadono ad una distanza inferiore a 1600 metri dall'area di beni archeologici, fra i quali il complesso archeologico di Fiorosa, composto da un nuraghe e una "tomba di giganti", collocandosi, pertanto, in aree non idonee all'installazione di impianti alimentati da fonti di energia eolica, come individuate dalla citata deliberazione della Giunta regionale n. 40/11 del 7 agosto 2015 (...) i nuovi aerogeneratori risulterebbero di dimensioni sproporzionate rispetto alle alture del contesto in cui si collocano".

In merito alla posizione del MITE, la deliberazione impugnata ha rilevato che "il Ministero della transizione ecologica ha confermato l'interesse pubblico all'incremento di produzione di energia da fonti rinnovabili, quale permanente obiettivo primario a livello nazionale e dell'Unione europea, al cui rispetto contribuisce anche la realizzazione dell'impianto in esame (...) nel citato parere n. 3136 della commissione tecnica di verifica di impatto ambientale VIA-VAS viene indicato che l'area di progetto, identificata dagli strumenti di pianificazione territoriale dei comuni di Nulvi e Ploaghe come zona E agricola, si presenta di tipo collinare e caratterizzata per la maggior parte da pascoli e terreni incolti e, in minima parte, da seminativi, e che la stessa non risulta sottoposta a particolari vincoli ambientali, architettonici o paesaggistici (...) gli aerogeneratori ricadono in aree idonee per l'installazione degli impianti da FER e che il progetto - modificato a seguito delle risultanze degli approfondimenti archeologici che hanno determinato lo spostamento di 6 aerogeneratori rispetto al layout iniziale - rispetta i limiti assoluti applicabili riferiti all'impatto acustico, non ha effetti significativi sia sulla fauna sia sulla componente botanico-vegetazionale del sistema di aree protette prossime all'area di intervento, comunque distanti circa 7 chilometri, e che per gli impatti cumulativi è compatibile con i due altri impianti esistenti nell'area".

Nel prendere atto della sentenza del Consiglio di Stato n. 8754/2021 più volte citata, in merito ad essa e alla sentenza confermata di questo T.A.R. n. 647/2020, il Consiglio dei Ministri ha rilevato che "la predetta sentenza ha ritenuto non viziato per eccesso di potere il parere negativo del Ministero della cultura, considerando condivisibile l'impostazione ministeriale per la quale l'analisi di compatibilità del parco eolico e dei suoi aerogeneratori non possa limitarsi a considerare la sola tangenza fisica con i siti archeologici, reputando degno di tutela anche il contesto di giacenza dei siti stessi, da cui consegue la necessità di procedere ad una valutazione unitaria e complessiva dell'intera area vincolata (...) il Consiglio di Stato ha chiarito che la richiamata DGR n. 40/11 del 7 agosto 2015 costituisce uno strumento di ausilio in sede di valutazione di impatto ambientale e non incide direttamente nelle posizioni soggettive dei proponenti (...) la richiamata sentenza non preclude, in questa sede, al Consiglio dei ministri di dirimere il contrasto tra i Dicasteri interessati, così come richiesto dal Ministero rimettente, ad esito di un'equilibrata valutazione degli interessi coinvolti nel procedimento e del loro necessario contemperamento, con il precipuo fine di raccordare la funzione di governo con quella amministrativa (...) le aree non idonee, identificate dalla citata D.G.R. n. 40/11 del 10 settembre 2015, determinano "nei siti e nelle aree individuati, un'elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni in sede di autorizzazione", non



comportano alcuna preclusione aprioristica; pertanto le fasce di rispetto (c.d. *buffer*) non possono essere interpretate come distanze minime inderogabili, come chiarito dal Tribunale amministrativo regionale della Sardegna nella sentenza n. 647 del 26 novembre 2020 e, da ultimo, dal Consiglio di Stato, nella richiamata sentenza n. 8754 del 2021".

A fronte di tale quadro istruttorio ed ermeneutico, ha svolto infine le seguenti considerazioni al fine di operare la scelta di prevalenza del parere del MITE:

*"CONSIDERATO che nella fattispecie rilevano la libertà di iniziativa economica privata, che l'articolo 41 della Costituzione subordina all'utilità sociale, e il principio di derivazione comunitaria di massima diffusione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, nonché gli obiettivi fissati dall'Unione europea per la produzione di energia, ripartiti fra le Regioni italiane dal decreto 15 marzo 2012 del Ministero dello sviluppo economico, cosiddetto "Burden sharing";*

*CONSIDERATO che i predetti interessi debbono essere bilanciati con l'interesse alla tutela paesaggistico-ambientale, di cui all'articolo 9 della Costituzione;*

*CONSIDERATO che il Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC) ha precisato gli obiettivi sull'energia da fonti rinnovabili al 2030, nella più ampia e complessa strategia relativa al percorso di decarbonizzazione finalizzato a contribuire alla riduzione delle emissioni di gas a effetto serra che hanno determinato una grave emergenza climatica in tutta l'Unione europea, obiettivi con i quali l'Italia si è impegnata ad incrementare fino al 30% la quota di "rinnovabili" su tutti i consumi finali al 2030 e, in particolare, di coprire il 55% dei consumi elettrici con energia da fonti rinnovabili;*

*PRESO ATTO che gli obiettivi indicati dal PNIEC, suddivisi in base alla fonte, prevedono per l'energia da fonte eolica la necessità di installare ulteriori 10 GW di potenza al 2030, con un incremento annuo di 1 GW a partire dall'anno 2021;*

*CONSIDERATO che nella materia della produzione di energia da fonti rinnovabili i principi fondamentali fissati dalla legislazione dello Stato costituiscono attuazione delle direttive comunitarie che manifestano un favore per le fonti energetiche rinnovabili, ponendo le condizioni per un'adeguata diffusione dei relativi impianti; (...)*

*CONSIDERATO che, sebbene l'intervento di repowering in esame prevede l'introduzione di aerogeneratori aventi altezza più che doppia rispetto a quelli esistenti, comporta, allo stesso tempo, una sensibile riduzione del numero degli stessi (dagli attuali 51 a 27), con un significativo risparmio di suolo occupato, e che l'area in esame è costituita per la maggior parte da pascoli e terreni incolti e non è sottoposta a vincoli ambientali, architettonici o paesaggistici, come evidenziato nel parere reso dalla Commissione tecnica VIA e VAS citato;*

*TENUTO CONTO, altresì, che la citata Commissione ha imposto il rispetto di tutti gli interventi di mitigazione individuati nello Studio di Impatto Ambientale, con verifica di ottemperanza, ed ha accertato che, rispetto all'originario progetto, sei degli aerogeneratori previsti sono stati spostati per evitare interferenze con evidenze archeologiche e considerato che il territorio interessato, seppure caratterizzato da una rilevanza archeologica e da una valenza paesaggistica, non può essere qualificato come "originario", in quanto nell'area sono presenti, oltre all'impianto in questione, altri due impianti limitrofi, tutti ormai assorbiti nell'osservazione delle visuali panoramiche;*

*CONSIDERATO che l'intervento in esame consiste nel potenziamento di un impianto esistente e, pertanto, andrebbe ad inserirsi in un territorio già alterato nella propria naturalità in quanto caratterizzato dalla presenza di un parco eolico ormai assorbito nell'osservazione delle visuali panoramiche;*

*CONSIDERATO, infine, che nella ponderazione degli interessi coinvolti occorre tener conto del fatto che nessuno degli aerogeneratori in progetto ricade direttamente in aree sottoposte a tutela paesaggistica;*

*RITENUTO, pertanto, dalla comparazione degli interessi coinvolti nel procedimento in esame, individuati, da un lato, nella tutela paesaggistica e, da un altro lato, nello sviluppo della produzione di energia da fonti rinnovabili, nonché nella valenza imprenditoriale ed economica dell'opera in argomento, di considerare prevalente l'interesse all'incremento dell'energia da fonti rinnovabili e alla realizzazione dell'opera di cui trattasi, condividendo le posizioni favorevoli all'impianto eolico in questione espresse dal Ministero della transizione ecologica;"*

11. Come emerge dalla motivazione citata, gli elementi istruttori concreti, relativi alle specificità evidenziate dai Ministeri coinvolti in relazione ai luoghi interessati, valorizzati dal Consiglio dei Ministri per ritenere prevalente la posizione del MITE, favorevole alla realizzazione dell'impianto, sono dunque in particolare quelli per cui:

- a) pur essendo gli aerogeneratori di altezza più che doppia di quelli sostituiti, vi è una riduzione del numero dagli attuali 51 a 27;
- b) l'area è costituita da pascoli e non è interessata da vincoli diretti, né si tratta di area sottoposta a tutela paesaggistica;
- c) la Commissione VIA ha imposto il rispetto degli interventi di mitigazione e sei aerogeneratori sono stati spostati rispetto al progetto originario;
- d) il parco eolico oggetto del *repowering* è ormai assorbito nell'osservazione delle visuali panoramiche, così come altri due impianti limitrofi;
- e) il giudicato intervenuto (sia la sentenza del T.A.R. Sardegna, che quella del Consiglio di Stato), ha escluso che il fatto che l'area sia ritenuta "non idonea" dalla DGR n. 40/11 del 10 settembre 2015, comporti alcuna preclusione all'approvazione del progetto e che le fasce di rispetto (c.d. *buffer*) costituiscano distanze minime inderogabili.

12. Orbene, tali elementi istruttori posti a fondamento della decisione mostrano, ad avviso del Collegio, il difetto di

istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto in cui è incorso il Consiglio dei Ministri nella propria valutazione, anche ed in particolare alla luce di quanto già affermato tanto da questo T.A.R. con la sentenza n. 647/2020 che dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 8754/2021.

12.1. In ordine al profilo sub. a), considerato particolarmente rilevante in quanto dimostrativo della circostanza per cui a fronte di un impianto esistente l'intervento di *repowering* in realtà riduce il consumo di suolo, impiantando un numero minore di aerogeneratori, esso è stato ampiamente scrutinato dalla sentenza di questa Sezione n. 647/2020 e ritenuto infondato in fatto.

La decisione, sul punto, evidenzia, in primo luogo, che *"benchè sia stato previsto in sede di (a tutti gli effetti) "nuova" riprogettazione, una significativa "riduzione" degli aerogeneratori (da 51 a 27) , veniva, per contro, prevista una quasi triplicazione dell'altezza di ciascuna struttura. (...) Le 27 pale avrebbero dovuto, "necessariamente", collocarsi in modo più distanziato (stante l'obbligo del rispetto del rapporto con l'ampiezza delle pale). (...) I Generatori di nuova generazione, in considerazione della sveltante altezza di 180 metri, determinavano la necessità di valutare un'area "estesa" di 50 volte l'altezza (ex DM 10.9.2020), considerando i Beni culturali situati nell'ambito dei 9 Km, ai fini dell'impatto/compatibilità"*.

A fronte di tali elementi fattuali, è già stato rilevato dal giudicato che *"pur se vi è identità di area utilizzata (con taluni spostamenti di torri), l'analogia delle due strutture (nuova e preesistente) assume connotati radicalmente differenziati"*. Lo stesso Consiglio di Stato, nel confermare la decisione di questa Sezione, con la più volte citata sentenza n. 8754/2021 ha rilevato che *"l'intervento asseritamente di repowering si sostanzia nella realizzazione di un parco eolico del tutto nuovo rispetto al precedente, sia per numero e per dimensione degli aerogeneratori (di altezza più che raddoppiata, con ciò che ne consegue in punto di dimensione delle pale e delle fondazioni), sia per potenza generata"*.

12.2. A tale aspetto, si connette, in termini indissolubili, il profilo motivazionale sub. d), per cui il parco già esistente - e su cui, secondo il Consiglio dei Ministri si interverrebbe in termini "riduttivi", valorizzando il numero degli aerogeneratori e non l'aumento di dimensione degli stessi - sarebbe assorbito nell'osservazione delle visuali panoramiche (così come altri parchi eolici già presenti sull'area).

Ma, tale, assertiva, motivazione si fonda su un presupposto di fatto erroneo e smentito dagli atti già esaminati *funditus* nel giudizio che ha riguardato il parere del MIC.

Si legge in merito nella citata sentenza n. 647/2020 di questa Sezione: *"Come dato essenziale va considerato che l'intervento in progetto sfrutta, in realtà, "solo in minima parte" l'infrastruttura già esistente e si configura, in verità, come "nuovo impianto", avendo le 27 pale caratteristiche geometriche e dimensionali radicalmente differenti.*

*Strutturalmente costituiscono un intervento del tutto diverso, per altezza, ampiezza, strutture di base di sostegno, potenza, con l'effetto di incidere in modo impattante sul territorio, rendendo la sua visibilità notevolmente maggiore. (...)*

*Nel 2003 il panorama normativo era differente rispetto a quello attuale, in quanto le autorizzazioni paesaggistiche rilasciate erano relative (solo) all'area tutelata per legge di cui al vigente art. 142, comma 1, lett. g, del D.Lgs. 42/2004) e, soprattutto, le valutazioni espresse allora si riferivano a una tipologia di macchine e di impianto del tutto differenti, e, per questo motivo, ritenute coerenti con il contesto.*

*Cosa che non può altrettanto ritenersi per gli aerogeneratori proposti; che, nello stesso contesto, sono risultati fuori scala rispetto alla morfologia del paesaggio , presentando un grado di incidenza assai maggiore rispetto all'impianto esistente. (...)*

*Il parco eolico preesistente, sebbene costituito da un più elevato numero di aerogeneratori, risulta visivamente assorbito, in conseguenza delle sue caratteristiche geometriche e dimensionali, dal paesaggio.*

*Contrariamente il nuovo e strutturalmente diverso, Parco eolico in progetto, il cui maggiore impatto visivo è dimostrato dalle simulazioni prodotte dallo stesso proponente.*

*Data la configurazione del terreno, caratterizzato da un paesaggio mosso e variabile e con sfondi costituiti da numerosi rilievi, gli aerogeneratori di tali altezze entrerebbero in una relazione conflittuale con gli elementi del paesaggio circostante, depotenziandone le caratteristiche di pregio. Pertanto, la riduzione meramente quantitativa del numero di pale non poteva essere valutata positivamente a causa del forte aumento della visibilità e del relativo impatto sul contesto a causa della maggiore visibilità determinata dall'altezza e dalla massa del fusto nonché dell'ampiezza delle pale.*

*La differenza di dimensioni delle 27 strutture progettate rendeva non determinante la prevista riduzione "quantitativa" delle torri (51 preesistenti). (...)"*.

12.3. I profili ora in esame si riverberano e collegano anche sul passaggio motivazionale sub. b), per cui l'area oggetto di intervento non è sottoposta a tutela paesaggistica né a vincoli; la motivazione in esame, resa in termini così sintetici come la si esamina, non può essere sufficiente a sorreggere il provvedimento impugnato, poiché sconta il mancato superamento di elementi di fatto e istruttori che già sono stati posti a fondamento del giudicato.

È, infatti, nuovamente centrale il profilo, anch'esso fattuale, della rilevante diversa altezza degli aerogeneratori di nuova installazione rispetto a quelli esistenti, che nel provvedimento del Consiglio dei Ministri viene unicamente valorizzato come elemento fattuale che depona in senso favorevole alla fattibilità del progetto; ma, tale ragione giustificativa, non è suffragata da una congrua motivazione in merito, che sarebbe stata necessaria alla luce delle acquisizioni definitivamente poste a fondamento del giudicato intervenuto sulla medesima vicenda sostanziale, ancorché sul solo parere del MIC.



Risulta ancora infatti dalla sentenza n. 647/2020: "Sebbene il progetto preveda una riduzione consistente, fino al dimezzamento, degli aerogeneratori oggi esistenti, i nuovi aerogeneratori hanno dimensioni notevolmente superiori rispetto a quelli già radicati, passando da macchine alte complessivamente solo 76 metri, posizionate su tralicci, ad aerogeneratori aventi altezza al mozzo tra 107 e 114 m, diametro pala di 145 m e altezza totale di 180 metri.

L'impatto risultante dalla presenza dei generatori eolici sul patrimonio archeologico e sul relativo paesaggio non sarebbe ridotto dal nuovo impianto, ma risulterebbe incrementato (anche in conseguenza dei nuovi lavori di scavo e movimento terra necessari per la posa dei nuovi aerogeneratori e dei cavidotti).

I lavori di scavo per la posa dei nuovi aerogeneratori implicano una nuova fondazione costituita da una platea in calcestruzzo armato di 21 metri di diametro, poggiata su pali di fondazione profondi 26 m. Risulta dunque evidente come il nuovo intervento previsto dal progetto, pur prevedendo una diminuzione del numero dei generatori, richiedendo la posa di opere di fondazione così profonde e estese, comporterebbe nuovi e consistenti impatti sul patrimonio archeologico e relativo paesaggio. (...)

Per quanto concerne la riduzione dell'"effetto selva" (sostenuta dalla ricorrente come effetto migliorativo) risulta che la distanza tra gli aerogeneratori attualmente installati oscilla tra 140 e 300 metri; mentre la distanza tra gli aerogeneratori di nuova costruzione risulterebbe, mediamente, pari a 440 metri. (...)

Il rapporto dimensionale tra gli aerogeneratori dell'impianto esistente e quello di relativo potenziamento in esame è chiaramente desumibile dal confronto delle due figure <Stato attuale> e <Stato di progetto> dell'elaborato ove "l'incombente presenza dei nuovi elementi alti 180 m (rispetto agli esistenti di 76 m) si caratterizza quale capace di ricomprendere in se gran parte del panorama circostante, in tal modo alterandone sostanzialmente la percezione quale ampio e vasto orizzonte di libere vedute, oggetto tra l'altro del riconoscimento operato dal DM 13/02/1968 sopra descritto per il caso di cui trattasi.

La predetta alterazione, si dimostra esistere anche a riguardo dei beni culturali architettonici indicati dalla competente Soprintendenza Archeologia." (...)

Nei medesimi termini si è peraltro espresso il Consiglio di Stato in sede d'appello, che ha, anch'esso, sotto il profilo degli elementi fattuali rilevanti ai fini della decisione, evidenziato che "se è vero che, ai sensi dell'art. 3.2, lett. m), dell'allegato IV al d.m. 10 settembre 2010, a parità di potenza, per evitare "l'effetto selva", è preferibile un impianto eolico con meno aerogeneratori, ciascuno di dimensioni e di potenza unitaria maggiore, tuttavia è anche vero che, da un lato, nel presente giudizio, tale criterio di preferenza è irrilevante, avendo la ricorrente presentato un asserito progetto di repowering di potenza complessiva quasi triplicata (da 43,35 Mw a 121,50 Mw), e dall'altro lato il menzionato criterio di preferenza non è assoluto, dovendo comunque l'altezza degli aerogeneratori essere valutata tenendo conto della tutela del paesaggio e dei valori storico-culturali ivi espressi, in particolar modo quando vengono in rilievo siti archeologici nelle vicinanze". 12.4. Ancora, e muovendo anche verso il profilo motivazionale sub. c), non può che rilevarsi come anch'esso fosse stato esaminato compiutamente in sede di giudicato e, degli elementi fattuali posti a fondamento della decisione giurisdizionale definitivamente intervenuta, non risulta che il Consiglio dei Ministri abbia tenuto conto in sede di esercizio del potere ex art. 5 cit., non risultando dalla motivazione alcun riferimento a tali elementi fattuali.

Invero, in merito alla circostanza per cui comunque siano dettate prescrizioni dalla Commissione VIA e che lo stesso proponente avesse previsto lo spostamento di sei aerogeneratori rispetto al progetto originario, deve rilevarsi come tali elementi siano stati ritenuti, in fatto, inidonei a giustificare l'adesione alla tesi favorevole alla realizzazione del progetto rispetto al parere contrario del MIC.

Le ragioni poste a fondamento della sentenza n. 647/2020 di questa Sezione in merito sono ampie e basate sugli elementi fattuali e documentali acquisiti: "Nonostante le modifiche apportate al progetto dalla proponente, compiute in corso di procedimento, tramite spostamenti di minima entità di un numero ridotto di aerogeneratori (nello specifico, le pale identificate come R-NU 02, R-NU 03, R-NU-08; R-PLG 01; R-PLG 02; R-PLG 08), la dislocazione dei 27 aerogeneratori restava, nonostante alcuni spostamenti migliorativi proposti, comunque non compatibile. (...)

E' vero che, nel corso del procedimento, la società aveva previsto (con le integrazioni trasmesse in data 31.05.2019 e in data 12.06.2019), lo "spostamento" di n. 6 aerogeneratori rispetto al layout trasmesso con il progetto originario depositato ai fini della procedura di VIA il 03.08.2018.

Gli aerogeneratori che hanno subito una variazione di collocazione erano quelli con il Codice:

R-NU02, R-NU03, R-NU08, R-PLG01, R-PLG02, R-PLG08. (...)

Gli spostamenti hanno permesso solamente di posizionare le turbine appena all'esterno delle aree tutelate ai sensi della parte II del D. Lgs. 42/2004, ma non al di fuori del relativo contesto di giacenza a valenza paesaggistica (definito dal PPR), ovvero dal relativo rischio archeologico accertato. (...)

Nonostante lo spostamento dei 6 aerogeneratori almeno 3 di essi continuavano a ricadere a brevissima distanza dai perimetri fissati dai decreti di dichiarazione di particolare interesse.

In particolare:

° L'aerogeneratore RELG01, spostato di circa 95 m rispetto al progetto iniziale, non ricadeva più entro l'area di vincolo archeologico diretto del Nuraghe Malettori (DM 8), ma risultava, comunque, posto a distanza inferiore ai 100 m (circa 30 m). L'aerogeneratore (con altezza di 180 m) era, inoltre, collocato a circa 130 m dal perimetro di vincolo archeologico

diretto del Nuraghe Mariarmicu;

° l'aerogeneratore RPLG-14 ricadeva all'interno del perimetro di 100 m, in salvaguardia dell'art. 49 delle NTA del PPR, dal limite del vincolo del Nuraghe Fiorosu (DPCR 1) e poco più di 100 m dal vincolo della Tomba di giganti di Fiorosu (DM 1).

Questo aerogeneratore, oltre a ricadere all'interno dell'area di rispetto da considerare attorno al vincolo, interrompeva anche la continuità storica e culturale esistente fra il Nuraghe e la pertinente Tomba di giganti;

° l'aerogeneratore RNU-09 risultava posizionato a circa 60 m da Punta Furcadittos (bene paesaggistico di cui al PPR 27).

Il livello di rischio archeologico risulta "alto" il per 5 aerogeneratori (R-NU03, R-NU07, R-NU08, R-PLG01, R-PLG14) e "medio" quello relativo a 2 aerogeneratori (R-PLG02 e R-PLG08).

Inoltre l'aerogeneratore R-NU03 si trovava ad appena 118 m di distanza dal circolo megalitico di Monte Iscoba; e l'installazione del nuovo aerogeneratore comprometterebbe la tutela archeologica e paesaggistica di questa struttura.

L'aerogeneratore R-NU07 era collocato a 115 m dal Nuraghe Furcadittos, ed il nuovo aerogeneratore andrebbe a collocarsi ad una distanza maggiore dal Nuraghe (rispetto a quello esistente). Ma la fondazione della nuova macchina è prevista con platea in cls armato di 21 metri di diametro, poggiata su pali di fondazione profondi 26 m.; con l'effettuazione di consistenti nuove operazioni di scavo in area di rischio archeologico alto.

Per l'aerogeneratore R-NU08, il rischio medio è stato attribuito in virtù dell'attribuzione ad epoca nuragica delle strutture visibili in superficie.

Per quanto concerne l'aerogeneratore R-NU08 la sua posizione ricade soli 17 m al di fuori del perimetro di 100 m, imposto dall'art. 49 delle NTA del PPR» del Nuraghe Chirispada (PPR 26).

Con, anche qui qualificazione del rischio archeologico alto.

Per quanto riguarda l'aerogeneratore RPLG-02 la sua posizione (che in origine ricadeva a meno di 100 m dal perimetro del decreto di dichiarazione di interesse del Nuraghe Mariarmicu), è stata spostata solo di pochi metri, continuando a permanere a poco più di 100 m dal suddetto perimetro; è inoltre risulta prossimo anche al Nuraghe Malettori. (...)

Inoltre, nel caso di specie non era percorribile la soluzione, per l'Amministrazione, di dettare (mere) "prescrizioni" (come richiesto dalla società), a tutela dei beni direttamente tutelati nelle aree "contermini" al perimetro del Parco, in considerazione dell'impostazione strutturale del nuovo impianto, nella sua complessità di grande impatto per la sua "taglia" (con insufficienza di spostamenti di sedime per talune delle torri da 180 metri d'altezza).

Dunque la tesi sostenuta dalla ricorrente che il Parco-repowering avrebbe dovuto essere percepito come un "paesaggio" <in continuità> con il precedente, solo rinnovato per "obsolescenza", e con una collocazione "più ordinata" delle torri, non solo non è condivisibile ma non si appalesa neppure suggestiva, contrastando frontalmente con gli elementi strutturali e fondamentali dell'opera progettata (già ampiamente descritti)".

Ora, come si vede, pur a fronte di un giudicato che ha analizzato nel dettaglio i profili fattuali e istruttori rilevanti, il provvedimento impugnato si limita a mere affermazioni generali, peraltro già poste a fondamento del ricorso giurisdizionale proposto dalla società, senza motivare in ordine alla superabilità degli elementi istruttori esaminati nel giudizio e sulle ragioni per cui tali elementi istruttori non sono rilevanti per la presenza di ulteriori e diversi profili, fattuali e giuridici, che consentono di prescindere.

Limitarsi a valorizzare la circostanza che la società aveva previsto lo spostamento di sei aerogeneratori a fronte di una sentenza passata in giudicato che esamina specificamente la questione relativa a ciascun aerogeneratore spostato, chiarendo l'irrelevanza fattuale della circostanza in ordine ai profili critici rilevati dal MIC, non può essere sufficiente a fondare il provvedimento, pur altamente discrezionale, del Consiglio dei Ministri qui impugnato.

Come visto sopra infatti, un controllo giurisdizionale è consentito e doveroso proprio in ordine ai profili istruttori e alla veridicità dei fatti posti a fondamento dell'esercizio del potere, come risultanti dalla motivazione del provvedimento; d'altronde, a ragionar diversamente, affermando per la sola esistenza di una motivazione l'insindacabilità dell'esercizio del potere, l'atto non assumerebbe natura di atto di alta amministrazione, bensì di atto politico, unico insindacabile ex art. 7, comma 1, ult. alinea cod. proc. amm.

Dunque, senz'altro il Consiglio dei Ministri potrebbe esercitare il proprio potere "compositivo" anche laddove un giudicato sia intervenuto in merito alla legittimità di uno degli atti ministeriali che costituiscono il contrasto da dirimere, ma nel far ciò non può prescindere da un consistente onere motivazionale in merito agli elementi fattuali e istruttori che sono stati posti a fondamento del giudicato.

Di tal che, tale onere motivazionale sarà tanto più approfondito quanto più approfondito è stato l'esame dei ridetti elementi fattuali e istruttori nel corso del giudizio, conclusosi con la decisione passata in giudicato.

Ad avviso del Collegio, nel caso di specie, come si evince dal confronto tra la motivazione posta a fondamento del provvedimento impugnato e le ragioni sin qui richiamate della sentenza n. 647/2020 di questa Sezione e n. 8754/2021 del Consiglio di Stato, nella parte in cui hanno ampiamente esaminato i medesimi elementi istruttori richiamati, ma in senso contrario, dal Consiglio dei Ministri, tale onere motivazionale – e, a monte istruttorio circa l'accertamento dei fatti – non è stato adempiuto dal Consiglio dei Ministri.

12.5. D'altronde, come emerge dalla motivazione del provvedimento, il Consiglio dei Ministri ha ritenuto di richiamare

le sentenze intervenute sul parere del MIC, che è stato ritenuto subvalente rispetto a quello del MITE, unicamente in relazione al profilo per cui non è preclusiva la circostanza che l'area sia ritenuta "non idonea" dalla DGR n. 40/11 del 10 settembre 2015 della Regione Sardegna e che le fasce di rispetto (c.d. buffer) non costituiscano distanze minime inderogabili.

Tali affermazioni però, oltre a non apparire una sufficiente base motivazionale alla luce degli elementi fattuali ed istruttori sopra citati e a non superare il già rilevato deficit istruttorio in merito, appaiono il frutto di una lettura solo parziale della sentenza del Consiglio di Stato n. 8754/2021.

In termini generali infatti, in primo luogo, il Consiglio di Stato ha ricordato la particolare rilevanza della competenza delle Regioni a Statuto Speciale, quale la Regione Sardegna, in materia: "c) il principio di derivazione comunitaria della massima diffusione degli impianti di energia a fonte rinnovabile può trovare eccezione in presenza di esigenze di tutela della salute, paesaggistico-ambientale e dell'assetto urbanistico del territorio (sentenze n. 13 del 2014 e n. 224 del 2012), ma la compresenza dei diversi interessi coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti, ha come luogo elettivo di composizione il procedimento amministrativo, come previsto al paragrafo 17.1 delle linee guida, approvate con d.m. 10 settembre 2010, ai sensi del comma 10 del citato articolo 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, poiché è nella sede procedimentale che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora con ulteriori interessi di cui sono titolari i singoli cittadini e le comunità (sentenza n. 69 del 2018);

d) il menzionato decreto legislativo n. 387 del 2003 e le linee guida approvate con d.m. del 10 settembre 2010, si rivolgono nella loro "interezza" alle sole Regioni ordinarie (sentenza n. 224 del 2012);

e) le competenze delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e di Bolzano sono fatte salve in forza della "clausola di salvezza" di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 387/2003, ma purtuttavia la competenza legislativa delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome deve coesistere con la competenza statale in materia di tutela dell'ambiente e con quella concorrente in materia di energia (sentenza n. 275 del 2011);

f) la competenza primaria attribuita ad una Regione speciale o ad una Provincia autonoma, in materia di tutela del paesaggio, da un lato rende inapplicabili alle suddette autonomie speciali le linee guida nella loro interezza, ma dall'altro lato non esonera le medesime autonomie speciali dall'osservanza delle disposizioni a carattere generale contenute nelle menzionate linee guida (sentenze n. 224 del 2012 e n. 168 del 2010);

g) non sono comunque ammissibili, nei confronti delle autonomie speciali, "vincoli puntuali e concreti" da parte dello Stato (sentenza n. 275 del 2011);

h) a fronte della generale utilizzabilità di tutti i terreni per l'insediamento degli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, le scelte di diverso avviso ad effetto limitativo – compiute in particolare dalle Regioni a statuto speciale tributarie di una competenza legislativa primaria in determinate materie, nell'ambito delle quali vengono poste particolari limitazioni alla diffusione dei suddetti impianti – devono essere valutate "non alla stregua dei criteri generali validi per tutte le Regioni, ma in considerazione dell'esigenza di dare idonea tutela agli interessi sottesi alla competenza legislativa statutariamente attribuita" (sentenza n. 224 del 2012);

i) in particolare la Regione autonoma della Sardegna, in base al proprio Statuto, ha competenza legislativa primaria nel disciplinare gli aspetti paesistico-ambientali del proprio territorio, in ciò differenziandosi dalle Regioni cui tale competenza non è attribuita, ben potendo quindi la suddetta Regione individuare, con maggiore autonomia rispetto alle Regioni ordinarie, le aree non idonee all'insediamento di impianti eolici (sentenza n. 224 del 2012), considerato che la puntuale applicazione delle linee guida statali, nei confronti della Regione autonoma della Sardegna, incontra il limite di competenza inerente ai profili di tutela del paesaggio (sentenza n. 199 del 2014);

l) rimane fermo il divieto, valido anche per le Regioni a statuto speciale, di invertire il criterio stabilito dal legislatore statale, dovendo comunque le Regioni indicare le aree "non idonee" alla installazione degli impianti (sentenza n. 199 del 2014), e non potendo comunque introdurre divieti aprioristici di carattere generale all'insediamento degli impianti de quibus (sentenze n. 148 del 2019, n. 69 del 2018 e n. 13 del 2014)".

Su tali basi, ha poi evidenziato, rispetto al caso di specie, che "b) in ossequio al punto 17 delle linee guida ed all'allegato n. 3, gli impianti eolici vengono distinti per "taglia" e per "potenza degli aerogeneratori", essendo evidente la maggiore difficoltà di insediamento degli impianti eolici di grande taglia, come quello oggetto del presente giudizio; (...)

d) la previsione negativa espressa in termini "probabilistici" in relazione alle aree non idonee (con riguardo agli esiti delle successive valutazioni di impatto ambientale sui singoli progetti di impianti eolici), rende possibile che un determinato impianto, all'esito di una v.i.a., grazie alle proprie caratteristiche strutturali e di potenza generata, possa comunque essere ritenuto compatibile ai fini dell'insediamento in un'area inserita tra quelle "non idonee" nella gravata d.g.r., non essendovi alcuna preclusione aprioristica".

Già questa Sezione, con la decisione di primo grado, aveva affermato che "la valutazione condotta non è basata sulla mera individuazione di "non idoneità" contenuta nella delibera della GR n. 40/11 del 07/08/2015, quale elemento di per sé preclusivo alla realizzazione del progetto proposto con l'istanza del 9/8/2018".

Da tali articolate motivazioni, sulla cui base sono state rigettate le doglianze della società ERG avverso la DGR citata ove affermava la non idoneità dell'area di interesse alla realizzazione dell'impianto, si colgono due profili di assoluto rilievo.

Il primo, attiene alla competenza della Regione Sardegna nell'individuare le aree da considerarsi "non idonee" alla localizzazione degli impianti eolici, che, con riferimento alla DGR n. 40/11, sono considerate aree in cui non è astrattamente e assolutamente preclusa la loro installazione, ma il diniego dell'istanza assume connotati probabilistici, per le caratteristiche dell'area, e può essere superato solo in relazione alle caratteristiche concrete dell'impianto stesso.

Da tale primo profilo si coglie una prima conseguenza in ordine alla motivazione del provvedimento impugnato: la circostanza per cui la DGR n. 40/11 non escluda *tout court* la realizzabilità dell'impianto e che le fasce di rispetto ivi previste non costituiscano distanze minime inderogabili non può costituire di per sé motivazione idonea a ritenere realizzabile il progetto, in quanto, anzi, resta valida e confermata la previsione per cui "probabilisticamente" l'impianto non può essere realizzato, ma è necessario esaminare le sue caratteristiche concrete, in base alle quali potrà comunque accogliersi l'istanza.

Se così è, si coglie la centralità del secondo profilo che discende dal giudicato già intervenuto sul parere, oggi superato dal Consiglio dei Ministri, del MIC, per cui assumono rilievo centrale gli elementi istruttori fattuali e concreti che caratterizzano l'impianto da realizzarsi ai fini della sua assentibilità.

E, nel caso di specie, si è già ampiamente rilevato come gli elementi istruttori richiamati dal Consiglio dei Ministri non siano sufficienti a giustificare e motivare l'atto impugnato, in quanto scontano i vizi di difetto di istruttoria e travisamento dei fatti come risultanti dalle sentenze intervenute sulla medesima vicenda.

In altre parole, ciò che si desume dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 8754/2021 è la centralità delle caratteristiche concrete dell'impianto al fine di valutare la sua realizzabilità pur a fronte della probabile inidoneità dell'area ai sensi della DGR n. 40/11.

Dunque, se così è, il Consiglio dei Ministri non avrebbe potuto limitarsi a richiamare la sentenza del Consiglio di Stato in ordine alla natura non preclusiva, in senso assoluto, della DGR n. 40/11, rispetto alla realizzazione dell'impianto, poiché essa invero afferma che tale realizzazione può essere assentita unicamente in ragione delle eventuali caratteristiche dell'impianto.

Ciò avrebbe importato la necessità di una congrua istruttoria e motivazione in merito agli elementi fattuali che caratterizzano il progetto in esame, tenendo conto di tutto quanto già emerso nei due gradi di giudizio ove è stata scrutinata la legittimità del parere del MIC.

Istruttoria e motivazione che, ad avviso del Collegio, non possono essere considerate sufficienti, poiché si limitano, in estrema sintesi, a richiamare genericamente profili fattuali, la cui insussistenza, in termini appunto fattuali, è già stata affermata da questa Sezione e dal Consiglio di Stato; tali elementi fattuali non sono stati né valutati, non risultando ciò dalla motivazione, né in merito ad essi si è argomentato circa la loro superabilità, da parte del Consiglio dei Ministri nell'esercizio del potere *ex art. 5 cit.*

13. Per completezza, è poi appena il caso di rilevare che le medesime considerazioni possono essere svolte in merito ai richiami, seppur generali, fatti dal Consiglio dei Ministri, in apertura di motivazione, al Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e agli obiettivi "*per cui l'Italia si è impegnata ad incrementare fino al 30% la quota di "rinnovabili" su tutti i consumi finali al 2030 e, in particolare, di coprire il 55% dei consumi elettrici con energia da fonti rinnovabili; obiettivi che "prevedono per l'energia da fonte eolica la necessità di installare ulteriori 10 GW di potenza al 2030, con un incremento annuo di 1 GW a partire dall'anno 2021"*.

Anche tale assunto infatti è stato già oggetto di scrutinio giurisdizionale nella sentenza ampiamente citata del Consiglio di Stato n. 8754/2021, in punto di non decisività dello stesso, ove si legge infatti che "*gli obiettivi energetici ed ambientali del Paese di cui alla Strategia Energetica Nazionale 2017 ed alla Proposta di piano nazionale integrato per l'energia ed il clima del 31 dicembre 2018 non comportano affatto la doverosità dell'approvazione del progetto presentato dalla Erg*". Pur potendo essere dunque rilevante per le valutazioni da compiersi, esso non è, di per sé, in grado di superare i necessari profili istruttori concreti da porre a fondamento della valutazione, pur se di alta amministrazione, attribuita al Consiglio dei Ministri in questa sede; e, svolte le superiori argomentazioni in merito al difetto di istruttoria e motivazione circa gli elementi istruttori specifici posti a fondamento della decisione, essi non possono essere superati dal solo generico richiamo al PNIEC.

Ora, se così è, è evidente che il Consiglio dei Ministri, limitandosi a un tale generico richiamo, non abbia reso una sufficiente motivazione circa la rilevanza del PNIEC quale elemento istruttoria idoneo a far prevalere il parere favorevole del MITE su quello negativo del MIC, laddove un tale onere di motivazione rafforzato, alla luce delle considerazioni già espresse dal giudicato in merito, si deve imporre sull'organo di alta amministrazione.

Il giudicato infatti, pur non preclusivo del potere compositivo, come sopra ampiamente rilevato, non può essere considerato *tamquam non esset* in seno al procedimento *ex art. 5 cit.*, avente ad oggetto proprio il diniego ministeriale già giudicato legittimo dal giudice amministrativo con sentenza definitiva.

14. Appaiono allora pertinenti, al caso che si esamina, le considerazioni di autorevolissima, ancorché risalente, dottrina, che affermava il rilievo del giudicato amministrativo come "fatto": tale impostazione, negando che il giudicato potesse costituire un limite assoluto, in quanto "atto" intervenuto, al riesercizio del potere – e limitandone perciò la portata applicativa – riteneva che il giudicato rilevasse appunto come "fatto", cioè come uno fra i vari vincoli da tenere in considerazione e bilanciare nell'ottica della nuova attuazione in concreto del precetto; ciò in quanto il contenuto

d'accertamento delle specifiche condizioni concrete di emanazione di quell'atto amministrativo singolo e storicamente collocato s'inserisce come circostanza (fra le altre) limitante il potere amministrativo che, se non tenuta in debita considerazione, potrebbe essere fonte di uno specifico motivo di ricorso avverso il nuovo atto nelle forme dell'eccesso di potere.

Dunque, il giudicato amministrativo, se non preclude *tout court* il possibile riesame dell'atto amministrativo in seguito ad un intervenuto giudicato di rigetto dell'impugnativa giurisdizionale, pone semmai condizionamenti "di fatto" sull'esercizio del (nuovo e diverso) potere da tenere in considerazione, in sede amministrativa, nell'accertamento delle circostanze e nel bilanciamento discrezionale dei vari elementi.

14.1. La tesi è stata peraltro ripresa dal Consiglio di Stato in un precedente, relativamente recente, inerente ai limiti della discrezionalità amministrativa in sede di riesercizio del potere (si badi, il medesimo potere su cui è già intervenuto il giudicato), ove si è affermato che "*il susseguirsi di tre giudicati di annullamento ha comunque l'effetto di «svuotare» l'amministrazione del proprio potere discrezionale. Con la precisazione che il giudicato costituisce, in tale ipotesi, un vincolo alla discrezionalità amministrativa operante come "fatto" e non come "atto"*" (Cons. Stato, Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 1321).

14.2. È noto al Collegio come tale richiamo al giudicato come "fatto", anche in relazione alla sentenza del Consiglio di Stato ora citata, sia andato incontro alle critiche della dottrina, che ha rilevato come la teorica in esame non possa più essere oggi predicata, essendo stata accolta la diversa impostazione del giudizio amministrativo non come giudizio sul mero "atto", oggetto dell'impugnazione, bensì sul "rapporto" amministrativo ad esso sotteso. Tale tesi era dunque limitativa della tutela giurisdizionale del privato, poiché postulava sempre la riesercitabilità del potere amministrativo, sul quale il giudicato poteva unicamente rilevare come "fatto" intervenuto e che lo condizionava, ma non in senso preclusivo assoluto ed era stata infatti affermata dall'Autore rispetto a un sistema di diritto positivo processuale ritenuto, criticamente, «*decisamente inadeguato*» rispetto al modello costituzionale di tutela.

14.3. Tuttavia, ad avviso del Collegio, tale critica, volta peraltro ad attribuire una portata preclusiva al giudicato ancor più profonda in sede di riesercizio del potere, non è comunque rilevante nel caso di specie, in quanto non si controverte sul riesercizio del medesimo potere su cui è intervenuto il giudicato, *i.e.* il parere del MIC, bensì sul diverso potere del Consiglio dei Ministri di "comparazione" di tale posizione del MIC con quella del MITE, in insanabile contrasto tra loro, e propendendo per una delle due posizioni in conflitto (salvo non ritrovare una possibile soluzione condivisa, circostanza non verificatasi nel caso di specie).

Tale ragione è, d'altronde, proprio quella in forza della quale si è sopra esclusa la fondatezza della censura spiegata in ricorso circa la violazione del giudicato, inteso come "atto", che avrebbe privato *tout court* il Consiglio dei Ministri del potere di provvedere *ex art. 5 cit.*

Una preclusione siffatta non può considerarsi operante, stante la diversità di poteri in esercizio, come affermato dal Consiglio di Stato nel precedente sopra citato proprio in merito all'*art. 5 cit.*; pur tuttavia, non si ravvisano ragioni per dover invece escludere la rilevanza del giudicato intervenuto su un atto rilevante per l'esercizio del (diverso) potere oggetto di ricorso giurisdizionale: rilevanza che si pone in termini di "fatto", che necessariamente deve essere considerato dall'amministrazione nello svolgimento dell'istruttoria, con riferimento in particolare a ciò che è stato definitivamente accertato nel giudicato stesso in merito agli elementi fattuali istruttori rilevanti per l'esercizio del potere del Consiglio dei Ministri, ancorché "compositivo" tra gli interessi pubblici in conflitto portati dai Ministeri.

Ciò proprio in linea con il rinnovato modello processuale amministrativo, ormai teso a garantire pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, che si ponga in termini di definizione delle questioni giuridiche che sorgono in relazione al "rapporto" e non al solo "atto" (da ultimo Cons. Stato, Sez. III, 28 luglio 2022, n. 6633)

Perciò, anche laddove, come nel caso di specie, il giudicato non intervenga quale diretto paradigma del nuovo esercizio del potere, in quanto diverso da quello su cui il giudicato è stato reso, ciò nondimeno tale giudicato ha riguardato la medesima vicenda sostanziale, *i.e.* il progetto di Potenziamento del Parco eolico Nulvi Ploaghe, proposto dalla Società ERG Wind Sardegna s.r.l.

Ed allora, tale giudicato, reso su un diverso segmento procedimentale, pur non pregiudicando in astratto l'esercizio del potere del Consiglio dei Ministri *ex art. 5 cit.*, lo condiziona, in concreto, nel senso proprio di dover considerare (anche) le acquisizioni fattuali e istruttorie definitivamente poste a suo fondamento, quali elementi di cui indefettibilmente il vertice governativo deve tenere conto nell'esercizio del suo potere.

15. Le superiori argomentazioni e considerazioni conducono il Collegio a ritenere illegittima la deliberazione del Consiglio dei Ministri impugnata, per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti e conseguente difetto di motivazione, in ragione dell'insufficienza e assenza di riscontro fattuale degli elementi istruttori sulla cui base la deliberazione è stata adottata, anche in considerazione degli accertamenti definitivi contenuti nella sentenza del Consiglio di Stato n. 8754/2021 e del T.A.R. Sardegna n. 647/2020.

Di tal che, pur rilevando l'infondatezza del primo motivo di ricorso, è fondato il secondo motivo di ricorso, nella parte in cui denuncia i vizi sopra citati e il cui accoglimento, in ragione della sua natura e portata, determina l'assorbimento del terzo e ultimo motivo di ricorso.

16. In conclusione, il ricorso deve essere accolto, nei sensi e limiti ora esposti e, per l'effetto, deve essere annullata la

deliberazione del Consiglio dei Ministri del 10 marzo 2022 e il conseguente decreto del MITE n. 174 del 4.05.2022, sulla cui base era stato adottato il giudizio positivo al progetto di compatibilità ambientale.

17. La assoluta complessità e peculiarità delle questioni trattate, nonché l'assenza di precedenti giurisprudenziali decisivi ai fini della soluzione della controversia, costituiscono eccezionali ragioni, anche alla luce della sentenza della Corte Cost. 19 aprile 2018 n. 77, che giustificano la compensazione delle spese di lite.

*(Omissis)*

