

Incompetenza del Comune in favore della Regione per la domanda volta ad ottenere il permesso di costruire quattro serre con impianto fotovoltaico integrato

Cons. Stato, Sez. IV 30 marzo 2023, n. 3294 - Poli, pres.; Gambato Spisani, est. - Agrisemes società agricola a r.l. e Semesteb s.r.l. (avv.ti Bandarin Troi e Azzarita) c. Comune di Udine (avv.ti Faggiani, Martinuzzi e Paoletti) ed a.

Ambiente - Domanda per ottenere il permesso di costruire quattro serre con impianto fotovoltaico integrato - Incompetenza del Comune in favore della Regione.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente appellante- società agricola, ma comunque attiva nel settore delle energie da fonte rinnovabile (doc. 3 in I grado ricorrente appellante, visura camerale, p. 7 del file relativo) - ha presentato il giorno 30 giugno 2011 al Comune di Udine intimato appellato una domanda di rilascio di permesso di costruire per un intervento descritto in sintesi come *“quattro serre con impianto fotovoltaico integrato di potenza nominale 582,36 KW”* (doc. 2 in I grado Comune, domanda, p. 1 del file relativo). Si tratta, più precisamente, di quattro fabbricati con plinti di fondazione in calcestruzzo, struttura portante di acciaio zincato e tamponature laterali trasparenti, di altezza pari a circa tre metri alla gronda e cinque al colmo e superficie complessiva di circa 8.000 mq, con pannelli fotovoltaici integrati nella copertura, nonché di due fabbricati accessori, che contengono la cabina di trasformazione e la cabina di consegna dell'energia prodotta (doc. 3 in I grado Comune, relazione illustrativa, pp. 11 e ss. del file).

2. A fronte di questa domanda, il SUAP comunale ha indirizzato alla Regione Friuli Venezia Giulia la richiesta di parere 29 luglio 2011, *“in ordine alla competenza e alla procedura da adottare per un impianto fotovoltaico i cui moduli sono elementi costitutivi di serre”* motivata nei termini che ora si riassumono (doc. 4 in I grado Comune, p.37 del file).

2.1 Il SUAP ha rilevato che in base al punto 11.1 e al punto 12.2 lettera a) del d.m. 10 settembre 2010, l'impianto sembrerebbe ricadere nel concetto di impianto fotovoltaico realizzato su un edificio, con superficie non superiore a quella del tetto dello stesso, e come tale, a prescindere dalla potenza nominale, risulterebbe sottoposto a semplice denuncia di inizio attività- d.i.a., sostituita dall'art. 6 del d. lgs. 3 marzo 2011 n.28 con la procedura abilitativa semplificata di competenza comunale.

2.2 Tuttavia, lo stesso SUAP ha fatto presente che le serre:

a) ai sensi dell'art. 14 comma 2 e allegato 2 punto 2 del d.m. 5 maggio 2011, sono escluse dalla definizione di edificio;
b) ai sensi dell'art. 4 comma 1 lettera e) punto 2) della l.r. Friuli 11 novembre 2009 n.19, richiedono per essere realizzate il permesso di costruire.

2.3 Il SUAP ipotizza quindi che si tratti di un impianto fotovoltaico non collocato su edifici, autorizzabile in base al procedimento di cui all'art. 12 del d. lgs. 29 dicembre 2003 n.387, che è appunto di competenza regionale.

3. Per chiarezza, vanno riportate le norme appena richiamate.

3.1 Per quanto qui interessa, l'art. 12 comma 5 del d. lgs. 387/2003, espressamente richiamato dall'art. 5 comma 1 del d. lgs. 28/2011, prevede che: *“La costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento totale o parziale e riattivazione, come definiti dalla normativa vigente, nonché le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli impianti stessi, ivi inclusi gli interventi, anche consistenti in demolizione di manufatti o in interventi di ripristino ambientale, occorrenti per la riqualificazione delle aree di insediamento degli impianti, sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, ovvero, per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico”*. Nel caso di specie, è in questione la competenza regionale, dato che l'impianto ha potenza inferiore ai 300 MW e in Friuli Venezia Giulia non era all'epoca stata data alcuna delega alle province (né consta essa sia stata data attualmente).

3.2 Il comma 5 dello stesso art. 12 prevedeva però, per gli impianti di potenza minore, nella specie per gli impianti fotovoltaici di potenza inferiore a 50 KW, una procedura semplificata, rappresentata in origine dalla *“denuncia di inizio attività di cui agli articoli 22 e 23 del testo unico di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni”*.

3.3 Il comma 10, sempre dell'art. 12, prevede poi che *“In Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida”* per lo svolgimento del procedimento autorizzatorio.

3.4 Queste linee guida sono state in concreto approvate con il d.m. 10 settembre 2010, che per quanto qui interessa, ovvero per gli impianti fotovoltaici, prevede al § 11.1 due ulteriori ipotesi di deroga alla necessità dell'autorizzazione di cui all'art. 12 comma 5 sopra citato.

3.5 In primo luogo, al § 12.1, considera attività ad edilizia libera, realizzabile mediante semplice comunicazione al Comune, due categorie di impianti fotovoltaici, ovvero:

a) gli impianti aderenti o integrati nei tetti di edifici esistenti con la stessa inclinazione e lo stesso orientamento della falda e i cui componenti non modificano la sagoma degli edifici stessi, che abbiano superficie non superiore a quella del tetto sui quali vengono realizzati e non ricadano in zona sottoposta a vincolo paesaggistico ai sensi del d. lgs. 22 gennaio 2004 n.42;

b) gli impianti realizzati su edifici esistenti o sulle loro pertinenze, con capacità di generazione compatibile con lo scambio sul posto (ovvero, con qualche approssimazione, modesta, non realizzati nei centri storici).

3.6 In secondo luogo, al § 12.2, considera realizzabili con d.i.a. gli impianti di cui al comma 5 dell'art. 12 del d. lgs. 387/2003, di cui si è già detto, nonché gli impianti, diversi dai precedenti, con moduli *“collocati sugli edifici”* e aventi anche qui superficie non superiore a quella del tetto su cui sono realizzati.

3.7 Sul regime originario appena descritto è poi intervenuto il citato d. lgs. 28/2011, in particolare con il già ricordato art. 6, che al comma 1 ha introdotto la p.a.s.-procedura abilitativa semplificata -in sostanza una segnalazione certificata di inizio attività- s.c.i.a.- per tutti gli impianti previsti ai §§ 11 e 12 delle linee guida 10 settembre 2010, ovvero per quelli esaminati sopra, facendo però salva al comma 11 la disciplina degli impianti soggetti a comunicazione di edilizia libera.

3.8 A seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 28/2011, e quindi anche all'epoca dei fatti per cui è processo, il sistema prevedeva quindi tre modalità per installare impianti fotovoltaici, ovvero l'autorizzazione regionale di cui all'art. 12 d. lgs. 387/2003, la p.a.s. di cui all'art. 6 comma 1 del d. lgs. 28/2011 e la comunicazione di edilizia libera di cui all'art. 6 comma 11 d. lgs. 28/2011 in relazione al § 12.1 delle linee guida 10 settembre 2010.

3.9 Per completezza, va anche detto che ai sensi dell'art. 16 comma 4 lettera f) della l.r. 11 ottobre 2012 n.19, entrata però in vigore successivamente ai fatti di causa, sono state assoggettate in modo espresso a p.a.s. *“le serre fotovoltaiche di potenza inferiore ad un megawatt elettrico”*. Evidentemente però la norma non rileva ai fini del decidere, in base al noto principio *tempus regit actum*, per cui la legittimità dell'atto amministrativo si apprezza in base alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento in cui esso è emanato.

3.10 Ai fini del decidere, rilevano poi le altre due fonti citate nell'atto comunale. In primo luogo, il d.m. 5 maggio 2011, di incentivazione del fotovoltaico, che per gli impianti in questione all'art. 14 comma 2 e all'allegato 2 comma 2 prevede: *“non rientrano nella definizione di edificio le pergole, le serre, le tettoie, le pensiline, le barriere acustiche e le strutture temporanee comunque denominate”*.

3.11 Vi è poi l'art. 4 comma 1 lettera e) punto 2 della l.r. 19/2009, che cita le serre permanenti, intese come *“impianto che realizza un ambiente artificiale che sia costituito da strutture stabilmente ancorate al suolo, dotate di murature o con coperture o chiusure laterali fisse”*. La norma, secondo logica, va letta in collegamento con il precedente art. 3 comma 1 lettera a), che definisce l'edificio come *“costruzione coperta e isolata da vie o da aree libere, oppure separata da altre costruzioni mediante strutture verticali che si elevano senza soluzione di continuità dalle fondamenta al tetto, che disponga di uno o più accessi”*, e quindi definisce l'edificio come concetto generale, in cui non rientra il concetto speciale della serra.

4. Tutto ciò chiarito, si riprende ad illustrare come si sia svolto il procedimento.

4.1 Alla nota comunale 29 luglio 2011, la Regione ha dato risposta con il parere 16 ottobre 2011 prot. n.27455 della Direzione centrale ambiente, energia e politiche per la montagna di cui in epigrafe, nel quale afferma l'applicabilità del regime generale dell'autorizzazione unica di cui all'art. 12 comma 5 del d. lgs. 387/2003, di competenza appunto regionale, con il ragionamento che segue (doc. 5 in I grado Comune, p. 39 del file).

4.1.1 La Regione richiama le disposizioni interpretative - di cui all'art. 20 comma 5 del d.m. 6 agosto 2010 (altro decreto di incentivazione della fonte fotovoltaica), e del già citato art. 14 comma 2 del d.m. 5 maggio 2011 - e ritiene che l'intervento per cui è causa riguardi *“serre fotovoltaiche”*, ai sensi appunto del citato art. 20 comma 5 che le definisce come impianti nei quali *“i moduli fotovoltaici costituiscono gli elementi costruttivi della copertura o delle pareti di manufatti adibiti, per tutta la durata dell'erogazione della tariffa incentivante, a serre dedicate alle coltivazioni agricole o alla floricoltura. La struttura della serra, in metallo, legno o muratura, deve essere fissa, ancorata al terreno e con chiusura eventualmente stagionalmente rimovibile”*.

4.1.2 Ciò posto, la Regione osserva che le serre fotovoltaiche, e quindi anche i manufatti per cui è causa, sono fisse ed ancorate al terreno, e quindi non possono rientrare fra le strutture realizzabili in regime di edilizia libera.

4.1.3 D'altro canto, osserva sempre la Regione, le serre fotovoltaiche ai sensi del già citato allegato 2 punto 2 del d.m. 5 maggio 2011, nemmeno rientrano nel concetto di edificio, e quindi vanno assoggettate al regime generale dell'autorizzazione unica.

4.2 Di conseguenza, il Comune, con il provvedimento 24 agosto 2011 prot. n. PG E 0083133 di cui in epigrafe (doc. 6 in I grado Comune, p. 41 del file), ha trasmesso gli atti alla Regione, dichiarandosi per implicito non competente a provvedere.

4.3 Consta che la ricorrente appellante abbia poi coltivato la pratica presso la Regione, ed abbia ottenuto l'autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 387/2003 con decreto 2 maggio 2012 n.1076 (doc. 7 in I grado Comune p. 45 del file); abbia poi ottenuto con decreto sempre della Regione 9 maggio 2013 n.995 una proroga del termine di inizio dei lavori (doc. 8 in I grado Comune p. 52 del file).

5. La società ha comunque proposto il ricorso di I grado al T.a.r. Friuli (allibrato al n.562/2011 R.G.) contro il provvedimento comunale 24 agosto 2011, per ottenerne l'annullamento ovvero la dichiarazione di illegittimità ai fini di una successiva azione risarcitoria, allegando di non aver potuto, a causa del provvedimento stesso, avvalersi del più favorevole regime di incentivi in vigore all'epoca dei fatti, ovvero del regime previsto dal citato d.m. 5 maggio 2011, cd. Quarto conto energia.

6. Con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il T.a.r. ha respinto il ricorso; in motivazione, ha ritenuto, in sintesi estrema, che al di là degli specifici regimi autorizzatori previsti dalla normativa speciale sugli impianti fotovoltaici, non vi sia la possibilità di individuare in via interpretativa un'ulteriore fattispecie di autorizzazione data dal Comune con il rilascio di un permesso di costruire come quello richiesto.

7. Contro questa sentenza, la società ha proposto impugnazione, con appello che contiene due motivi, così come segue.

7.1 Con il primo di essi, deduce violazione dell'art. 12 del d. lgs. 387/2003 e del d.m. 10 settembre 2010, nella parte in cui quest'ultimo prevede, come si è visto, che siano realizzabili mediante d.i.a. – in realtà, con p.a.s.- a prescindere dalla potenza gli impianti fotovoltaici con moduli “*collocati sugli edifici*” e aventi superficie non superiore a quella del tetto su cui sono realizzati. A dire della parte, le serre sarebbero strutture equiparabili agli edifici, realizzabili come è noto con permesso di costruire; sulle serre così realizzate sarebbe quindi stato possibile con semplice d.i.a. installare i pannelli di cui si è detto. La società allora non avrebbe fatto altro che concentrare questi titoli in uno solo, chiedendo il permesso di costruire per l'intera opera unitariamente considerata.

7.2 Con il secondo motivo, deduce omissione di pronuncia da parte del giudice di I grado, violazione ulteriore dell'art. 12 d. lgs. 387/2003 ed eccesso di potere per falso presupposto. Il giudice di I grado infatti non avrebbe valutato il motivo di ricorso di I grado nel quale la parte sostiene che i propri manufatti sarebbero edifici in senso proprio in base alle norme sull'edilizia, in primo luogo al citato art. 3 della l.r. 19/2009, nonché alla circolare 23 luglio 1960 n.1820 del Ministero dei lavori pubblici e all'art. 2 del regolamento edilizio comunale. In proposito, sostiene che la nozione di edificio si dovrebbe ricavare solo dalle norme in materia di edilizia, e non dalle norme speciali in tema di incentivi sopra citate.

8. Il Comune ha resistito, con atto 30 giugno 2016, e chiesto che l'appello sia respinto.

9. Con atto 17 settembre 2021, si è costituita in luogo dell'originaria appellante altra società, denominata Semesteb S.r.l. Questa è la controllante al 100% della Agrisemes ed ha ricevuto in assegnazione il terreno interessato dall'impianto da quest'ultima società, poi posta in liquidazione e successivamente cancellata dal registro delle imprese. Si è quindi costituita quale successore di essa a titolo universale.

10. Le parti - con memoria 11 gennaio e replica 24 gennaio 2023 per il Comune e con memoria 16 gennaio e replica 26 gennaio 2023 per l'appellante - hanno infine meglio illustrato ovvero ribadito le rispettive difese. In particolare, il Comune ha riproposto le eccezioni di inammissibilità del ricorso respinte in I grado, fondate in primo luogo su una presunta acquiescenza che deriverebbe dall'avere la società richiesto ed ottenuto l'autorizzazione regionale, accettando quindi la competenza della Regione stessa, e in secondo luogo sul presunto carattere endoprocedimentale dell'atto impugnato; nel merito ha poi difeso le tesi condivise dal provvedimento impugnato e dalla sentenza.

11. Alla pubblica udienza del giorno 16 febbraio 2023, la Sezione ha trattenuto il ricorso in decisione.

12. Sono anzitutto infondate e vanno respinte le eccezioni preliminari riproposte dal Comune fermo restando che le medesime – espressamente disattese dall'impugnata sentenza - sono comunque inammissibili perché riproposte non con appello incidentale ma con semplice memoria.

12.1 È infondata la prima di esse, centrata su una presunta acquiescenza ravvisabile nel fatto di essersi poi rivolti alla Regione in quanto ente competente al rilascio del titolo desiderato. Per costante giurisprudenza di questo Consiglio(per tutte sez. V 5 dicembre 2022 n.10635 e sez. VI 31 ottobre 2011 n.5813), l'acquiescenza richiede infatti una volontà liberamente espressa in modo chiaro e inconfutabile di accettare e non contestare gli effetti dell'atto amministrativo che si assume illegittimo. Una simile volontà non si ravvisa nel caso di specie, se non altro perché per il soggetto - che per svolgere la propria attività di impresa necessita di ottenere dall'amministrazione un certo titolo - rivolgersi all'ente indicatogli come competente al rilascio è piuttosto un comportamento necessitato, anche se per parte sua egli ritenga che competente sia un ente diverso.

12.2 È pure infondata la seconda eccezione, centrata sul presunto carattere di atto endoprocedimentale non impugnabile dell'atto oggetto del ricorso, perché per giurisprudenza anche in questo caso costante gli atti endoprocedimentali, come il parere di cui si tratta, sono autonomamente impugnabili in tutti i casi in cui provochino un arresto del procedimento e quindi incidano in modo sfavorevole sulla posizione giuridica del privato (così per tutte C.d.S. sez. VI 8 maggio 2019 n.2982 e sez. V 7 maggio 2013 n.2464).

13. Ciò posto, nel merito l'appello è infondato e va respinto. I due motivi proposti sono infatti connessi, perché prospettano da diverse angolazioni la stessa questione, ovvero individuare la normativa applicabile al caso di specie, vanno esaminati congiuntamente, e risultano entrambi inaccoglibili, per le ragioni che seguono.

13.1 Come si è visto sopra, la disciplina delle autorizzazioni in materia di impianti per la produzione di energie rinnovabili è contenuta nell'art. 12 d. lgs. 387/2003 e nelle norme ad esso collegate che si sono citate. Si tratta di una disciplina speciale di settore - attuativa fra l'altro di direttive europee - volta a garantire la necessaria uniformità di trattamento delle varie fattispecie concrete, e come tale di una disciplina in certo senso chiusa, nel senso che non ammette integrazione da parte di norme generali relative ad altri tipi di attività di costruzione.

13.2 Come pure si è visto, in questa disciplina speciale non vi è alcuna fattispecie in cui il titolo autorizzativo necessario a realizzare i relativi impianti sia costituito da un permesso di costruire rilasciato dal Comune, perché si ragiona o di autorizzazione regionale o di d.i.a. -ovvero della p.a.s. che la ha sostituita- ovvero ancora di comunicazione da effettuare in regime di edilizia libera (cfr. C.d.S. sez. IV 12 febbraio 2015 n.745 e 7 agosto 2013 n.4167 nonché sez. VI 31 marzo 2011 n.2001). Non vi è quindi spazio per un intervento realizzato con permesso di costruire, come se si trattasse di una qualsiasi attività edilizia.

13.3 Tutto ciò in termini generali. Non è poi nemmeno possibile ritenere la competenza del Comune in base ad un apprezzamento del caso particolare, ovvero, in ipotesi, reinterpretando la domanda presentata al Comune stesso come duplice, se pure concentrata in un solo atto, come vorrebbe la parte, ovvero come domanda di rilascio del permesso di costruire, pacificamente necessario per realizzare le serre come manufatti a sé stanti, e come contestuale presentazione di p.a.s. per impianti realizzati sul tetto di edifici. Ciò per due ragioni, una di principio e l'altra relativa alla fattispecie concreta.

13.4 In termini di principio, le serre non sono edifici in senso normativo, come si desume dalle norme sopra citate, ovvero:

- a) dalle norme della l.r. 19/2009, che le distinguono dagli edifici generalmente intesi;
- b) dalle norme del d.m. 5 maggio 2011, pacificamente applicabile dato che si tratta proprio di attribuire incentivi;
- c) dalle norme sopravvenute della l.r. 19/2012, che le disciplinano come opere a sé stanti, ancora una volta diverse dal concetto generale di edificio.

Non va quindi condivisa l'affermazione della parte appellante, per cui la nozione andrebbe ricavata solo dalle norme prettamente edilizie, anzitutto perché esse stesse distinguono in materia, come risulta dalle riportate norme della l.r. 19/2009, e inoltre perché nello specifico settore degli incentivi vanno applicate tutte le norme per esso dettate.

13.5 Con riguardo al caso concreto, è poi evidente che l'intervento di cui si tratta è un "complesso integrato" e la domanda è volta ad ottenere soltanto un permesso di costruire e non ha contenuti diversi. In altre parole, non si tratta di sovrapporre i pannelli fotovoltaici a qualcosa che già esiste ed è stato realizzato con un titolo autonomo, ma di costruire un nuovo manufatto, di cui i pannelli sono parte integrante.

13.6 Si deve allora concludere che, non essendo applicabile la p.a.s. perché non si versa né nel caso di pannelli da installare su edifici propriamente intesi, né nelle altre ipotesi per essa previste, né tantomeno nei casi in cui basta una comunicazione di edilizia libera, era richiesto, all'epoca dei fatti, il titolo maggiore, ovvero appunto l'autorizzazione regionale di cui all'art. 12 d. lgs. 387/2003.

14. La complessità della normativa applicabile nella specifica materia, normativa sulla quale all'epoca in cui il ricorso fu proposto non si era ancora formato un indirizzo giurisprudenziale definito, è giusto motivo per compensare per intero fra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 3468/2016 R.G.), lo respinge.

Spese compensate.

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

(Omissis)