

ENERGIA: Impianto eolico - Autorizzazione unica - Danno da ritardo - Prova che l'aspirazione del provvedimento sia destinata ad esito favorevole - Necessità di un giudizio prognostico *ex ante* - Sindacato della P.A. - Principio di riserva dell'amministrazione.

Tar Campania - Napoli, Sez. VII, 7 dicembre 2020, n. 5908

“[...] il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse [...].

[...] Ne deriva [...] l'impossibilità di far discendere dalla positiva conclusione della conferenza di servizi la sicura spettanza del bene della vita richiesto (i.e. l'autorizzazione) dalla società ricorrente [...].

*[...] Dunque, prima ancora di scrutinare l'eventuale carattere colposo del ritardo allegato nella conclusione del procedimento di autorizzazione, dovrebbe essere indagata la possibilità di affermare, mediante un giudizio prognostico *ex ante*, la concreta probabilità di conseguimento del vantaggio sperato, per il caso in cui il procedimento si fosse concluso nella vigenza della disciplina normativa preesistente. La formulazione [...] di tale giudizio prognostico risulta tuttavia impedita dalla connotazione discrezionale dell'attività amministrativa da porre in essere. Infatti, “quanto maggiore è il margine del sindacato rimesso alla scelta della Pubblica Amministrazione tanto maggiore è il rischio per il giudice che l'attivazione del giudizio probabilistico si scontri con il principio di riserva di amministrazione [...]”.*

FATTO e DIRITTO

1. Espone la parte ricorrente, società operante nel campo delle energie rinnovabili:

- di aver presentato, in data 31 ottobre 2007, con prot. n. 922719, un'istanza di autorizzazione per la realizzazione di un impianto eolico da 39MW nel Comune di Vallata, ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 387 del 2003;

- di avere, nelle more del procedimento, ottenuto parere favorevole, con prescrizioni, di Valutazione d'Impatto Ambientale integrata con la Valutazione di Incidenza, per il progetto di realizzazione di un impianto eolico composto da n. 16 aerogeneratori per una potenza complessiva di 48MW nei Comuni di Scampitella e Vallata, con decreto dirigenziale n. 21 del 4 marzo 2015, nel quale si precisava che la questione della superficie gravata da uso civico per pascolo dovesse essere valutata in sede di conferenza di servizi;

- che l'ultima delle riunioni tenutesi dalla conferenza di servizi (appositamente convocata in data 15 novembre 2011, 31 marzo 2015, 21 settembre 2015, 9 ottobre 2015 e 23 ottobre 2015) si concludeva *“ai sensi dell’art. 14 ter, comma 6 bis della L.241/90 e smi, con esito positivo a prevalenza”*;
- di avere, con pec del 25 gennaio 2016, sollecitato all'emissione del decreto di autorizzazione alla realizzazione dell'impianto la Regione Campania, che tuttavia non provvedeva;
- che, con nota prot. n. 804041 del 9 dicembre 2016, la Regione Campania le comunicava il *“preavviso di archiviazione con esito negativo dell’istanza presentata con prot. 2007.0922719 del 31/10/2007”*, atteso che *“con D.G.R. n. 533 del 04/10/2016, la Regione Campania, in attuazione del comma 1 dell’art. 15 della Legge n. 6/2016, ha emanato i criteri per l’individuazione delle aree non idonee all’installazione di impianti eolici con potenza superiore a 20KW”*, in base ai quali *“sono sempre considerate aree non idonee e precluse in modo assoluto quelle situate in Comuni definiti saturi”*, individuati con il successivo decreto dirigenziale n. 442 del 5 dicembre 2016, tra i quali figuravano i Comuni di Vallata e Scampitella;
- che questa Sezione, con la sentenza n. 398 del 2018, respingeva il ricorso proposto avverso i provvedimenti sopra richiamati, ritenendo che:
 - a) *“a prescindere dall’improprio nomen iuris adottato dall’amministrazione regionale (la nozione di preavviso di rigetto implicherebbe l’adozione di un successivo atto definitivo), costituisce la determinazione definitiva dell’amministrazione in merito all’istanza della Ecoenergia srl e dunque rappresenta provvedimento immediatamente lesivo idoneo a determinare l’interesse ad impugnare”*;
 - b) *“il ritardo con cui la Regione Campania ha definito il provvedimento [non] può implicare l’applicazione ultrattiva di un regime regolamentare ormai novellato; la legittimità del provvedimento amministrativo deve essere valutata sulla base delle norme di legge e regolamento vigenti al momento della sua emanazione – secondo il noto brocardo tempus regit actum – e non può invece essere ricavata da comportamenti anteriori dell’Amministrazione”*;
 - c) *“il criterio non può dirsi, in astratto, illegittimo; questione diversa è se esso risulti in concreto eccessivo, irragionevole o sproporzionato; nel qual caso la Regione non potrebbe vietare l’istallazione dell’impianto appellandosi all’esistenza del criterio in parola. Ma, per l’appunto, la società ricorrente avrebbe dovuto dimostrare la sproporzionalità o irragionevolezza del criterio in concreto; in particolare, si sarebbe dovuto dimostrare che il criterio in questione comporta l’impossibilità di installare tali impianti in porzioni troppo ampie del territorio regionale, ovvero che nell’area in questione non c’è una eccessiva concentrazione di impianti, ben potendo essere*

installato un impianto ulteriore senza che si determini il cd. "effetto selva". Tale prova, tuttavia, non è stata fornita".

2. Alla luce di tutto quanto sopra rappresentato, la società ricorrente agisce per il risarcimento del danno asseritamente derivante dalla mancata tempestiva conclusione del procedimento (nel termine di cui all'articolo 12 del decreto legislativo n. 387 del 2003 e al punto 14.16 del D.M. del 10 settembre 2010) – che ha determinato l'applicazione della normativa regionale sopravvenuta e il rigetto dell'istanza – a far data dal 23 ottobre 2015, *i.e.* dalla conclusione con esito positivo della conferenza di servizi, che avrebbe invece determinato *"il formale riconoscimento del diritto ... alla realizzazione dell'impianto eolico"* (pagina 4 del ricorso).

3. Il ricorso è infondato.

Come già affermato dalla Sezione in ordine a una fattispecie analoga, *"il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse (così Cons. Stato, Sez. IV, n. 3068/2017; nello stesso senso anche T.A.R. Sicilia Catania Sez. IV, 01-06-2017, n. 1281; T.A.R. Campania Salerno Sez. II, 12-06-2017, n. 1054). Dunque, il mero ritardo nell'adozione del provvedimento non giustifica, di per sé, il riconoscimento di un danno risarcibile"* (Tar Campania Napoli Sez. VII n. 6075/2017).

3.1. Ciò premesso, con la richiamata sentenza n. 398 del 2018, la Sezione ha ribadito che, ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 387 del 2003, *"l'istituto della conferenza di servizi resta "caratterizzato da una struttura dicotomica, articolata in una fase che si conclude con la determinazione della Conferenza (anche se di tipo decisorio), di valenza endoprocedimentale, e in una successiva fase che si conclude con l'adozione del provvedimento finale, di valenza esoprocedimentale effettivamente determinativa della fattispecie" (così Cons. Stato, Sez. VI, n. 712/2011). Ciò che spiega perché l'autorizzazione (o la mancata autorizzazione) sia atto autonomamente lesivo; ed impedisce di considerare il rilascio dell'autorizzazione come un atto vincolato rispetto all'esito della Conferenza"*.

Ne deriva, ai fini che qui rilevano, l'impossibilità di far discendere dalla positiva conclusione della conferenza di servizi la sicura spettanza del bene della vita richiesto (*i.e.* l'autorizzazione) dalla società ricorrente (ed è appunto per tale ragione che la Sezione ha ritenuto legittimo il provvedimento di rigetto dell'istanza, prot. n. 804041 del 9 dicembre 2016).

3.2. Dunque, prima ancora di scrutinare l'eventuale carattere colposo del ritardo allegato nella conclusione del procedimento di autorizzazione, dovrebbe essere indagata la possibilità di affermare, mediante un giudizio prognostico *ex ante*, la concreta probabilità di conseguimento del vantaggio sperato, per il caso in cui il procedimento si fosse concluso nella vigenza della disciplina normativa preesistente. La formulazione, in questa sede, di tale giudizio prognostico risulta tuttavia impedita dalla connotazione discrezionale dell'attività amministrativa da porre in essere. Infatti, *“quanto maggiore è il margine del sindacato rimesso alla scelta della Pubblica Amministrazione tanto maggiore è il rischio per il giudice che l'attivazione del giudizio probabilistico si scontri con il principio di riserva di amministrazione”*; ne deriva che *“per le ipotesi in cui il riconoscimento della spettanza del bene della vita azionato sia subordinato alla riedizione di un'attività amministrativa discrezionale, resta del tutto precluso al giudice amministrativo l'espletamento del giudizio probabilistico ex ante sulla possibilità di riconoscimento di un provvedimento favorevole. E difatti si è al riguardo affermato che nell'interesse legittimo pretensivo, l'oggetto della posizione, tale da definirne il contenuto sostanziale (nel cd. lato interno della relazione), non è un "bene" già esistente nel patrimonio giuridico del titolare, bensì la stessa possibilità di conseguimento di un'utilitas per il tramite dell'esercizio del potere amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2011 n. 4644)”* (T.A.R. Campania, sezione VIII, sentenza n. 884 del 2015).

Applicando le predette coordinate ermeneutiche al caso in esame (e ribadita l'insufficienza, a tal fine, della positiva conclusione della conferenza di servizi), deve pertanto escludersi la possibilità di formulare un giudizio prognostico, *ex ante*, sulla spettanza del bene della vita anelato dalla ricorrente – nel regime giuridico precedente alla legge regionale n. 6 del 2016 – dal momento che la valutazione circa la sussistenza dei presupposti per il rilascio del titolo costituisce esercizio di attività riservata all'Amministrazione procedente.

4. Tutto ciò premesso, in ordine al comportamento asseritamente dilatorio dell'Amministrazione, deve, comunque, rilevarsi quanto segue:

- le riunioni della conferenza di servizi convocate anteriormente a quella del 23 ottobre 2015 non erano sfociate in determinazioni conclusive per l'assenza di alcune delle condizioni previste dalle Linee guida, di cui al D.M. del 10 settembre 2010, nonché per la necessità di risolvere, in via preventiva, *“la questione degli usi civici”*; del resto, la stessa ricorrente formula la propria istanza risarcitoria *“a partire dal 23.10.2015 (data di positiva conclusione della conferenza di servizi)”* (pagina 4 del ricorso);

- a tal punto, l'*iter* procedimentale è proseguito in concomitanza con quello relativo all'adozione della nuova disciplina della materia in questione, sfociato nella citata legge regionale n. 6 del 5

aprile 2016, recante “*Prime misure per la razionalizzazione della spesa e il rilancio dell’economia campana - Legge collegata alla legge regionale di stabilità per l’anno 2016*”.

All’articolo 15 (*Misure in materia di impianti eolici e di produzione energetica con utilizzo di biomasse*) di tale legge si prevedeva:

- la definizione, con delibera di Giunta regionale, dei criteri di realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica di potenza superiore a 20KW – applicabili, espressamente, anche ai procedimenti per il rilascio dell’autorizzazione unica di cui all’articolo 12 del decreto legislativo n. 387 del 2003 non ancora conclusi – e l’individuazione delle aree non idonee a tal fine;

- la sospensione del rilascio di nuove autorizzazioni per impianti eolici nel territorio regionale, nelle more dell’approvazione delle predette deliberazioni.

Alla luce di tutto quanto sopra rappresentato, il Collegio ritiene di non doversi discostare dalle conclusioni già raggiunte in relazione a fattispecie analoghe, laddove si è affermato che “*la disposta sospensione è espressione di scelte politiche tradotte in norme regionali, vincolanti per l’Amministrazione (in tal senso Cons Stato n. 271/2019), almeno fino a quando con la sentenza n. 177 del 26 luglio 2018, la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l’articolo 15, comma 3 ... Quanto all’applicazione della norme sopravvenute alle istanze presentate ... il ritardo con cui la Regione Campania ha definito il provvedimento non può implicare l’applicazione ultrattiva di un regime regolamentare ormai novellato ... Tali elementi inducono ad escludere la sussistenza dell’elemento soggettivo in capo alla Regione, atteso il mutamento del quadro normativo di riferimento contestuale allo sviluppo procedimentale relativo alle istanze della ricorrente, espressione, come detto, di scelte politiche vincolanti per l’amministrazione nel corso della loro vigenza.*

Secondo condivisa giurisprudenza, in presenza di funzioni di carattere ampiamente discrezionale il difettoso funzionamento dell’apparato pubblico deve essere riconducibile a comportamenti gravemente negligenti in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, di cui all’art. 97 Cost., che nel caso in esame emergono in forma attenuata.

È stato in proposito sostenuto che “affinché sia ravvisabile la colpa imputabile all’amministrazione occorre che la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e sulla base di un quadro normativo e giuridico tali da escludere la sussistenza di qualunque dubbio interpretativo. In sostanza, la negligenza e l’imperizia dell’organo debbono risultare palesi, per la sussistenza di una situazione di fatto priva di complessità che richiede l’applicazione di norme e

principi giuridici che non presentino dubbi interpretativi o contrasti giurisprudenziali “(ex multis Consiglio di Stato sez. IV, 4 aprile 2012, n. 1985; Sez. V, 20 ottobre 2008 n. 5124; T.A.R. Puglia Bari, sez. III, sent. 157 del 29.01.2015; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, sentenza 13 febbraio 2013, n. 1559).

Per tutto quanto esposto non si ravvisa, nel caso in esame, la violazione dei doveri di correttezza e lealtà da parte della pubblica amministrazione, anche nella loro accezione più ampia come riconosciuta dal Consiglio di Stato, dovendosi escludere la sussistenza di un comportamento scorretto imputabile. L’Adunanza Plenaria n. 5/2018, infatti, nell’attribuire rilevanza al c.d. danno da mero ritardo come "fattispecie di danno da comportamento e non da provvedimento" ha ribadito che alla prova del ritardo deve necessariamente accompagnarsi la dimostrazione della sussistenza degli elementi costitutivi delle responsabilità” (sentenza n. 888 del 2019, confermata dal Consiglio di Stato, sezione IV, con sentenza n. 6401 del 2020).

5. Giova, da ultimo, aggiungere che la ricorrente non ha azionato gli strumenti forniti dall’ordinamento avverso l’inerzia dell’amministrazione. Tanto induce a dubitare anche della condotta della società in termini di violazione del canone comportamentale cristallizzato dall’articolo 1227, comma 2, del codice civile (come recepito dall’art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, per il quale “*nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti*”).

6. La domanda risarcitoria deve, pertanto, essere respinta.

Sussistono tuttavia giusti motivi, attese la peculiarità e la risalenza della vicenda, per compensare interamente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (n. 5221/2018 r.g.), lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2020 con l’intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente

Michele Buonauro, Consigliere

Valeria Ianniello, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Valeria Ianniello

IL PRESIDENTE

Michelangelo Maria Liguori

IL SEGRETARIO