

**ENERGIA: Impianto eolico - Titolo ottenuto mediante PAS - Tutela del terzo - Potere sollecitatorio nei confronti della P.A. - Obbligo della P.A. di provvedere - Facoltà di esperire azione per silenzio inadempimento in caso di inerzia.**

**Tar Calabria - Catanzaro, Sez. I, 16 maggio 2021, n. 1243**

*“[...] rispetto al titolo ottenuto mediante PAS – che è assimilabile, quanto meno sotto questo profilo, alla SCIA – la tutela del terzo è conformata dall’art. 19 comma 6-ter l. n. 241 del 1990 [...].*

*Il terzo che si ritiene leso non può impugnare un provvedimento amministrativo, in quanto la procedura delineata dal legislatore, che ha liberalizzato l’attività, come correttamente indicato dalla difesa comunale, non porta alla formazione un provvedimento amministrativo tacito.*

*Piuttosto, a lui viene assicurato un potere sollecitatorio nei confronti dell’amministrazione; la sua azione non sfocia in un mero esposto teso a far valere l’interesse diffuso al ripristino della legalità violata, ma costituisce strumento di tutela della sua posizione giuridica, sicché all’esito del suo esposto l’amministrazione è obbligata ad iniziare il procedimento di controllo e in caso di inerzia, il terzo può esperire azione avverso il silenzio inadempimento della stessa [...].”*

**FATTO e DIRITTO**

1. – In data 7 agosto 2015 Aldo Luciano ha presentato al Comune di Isola di Capo Rizzuto comunicazione in regime di procedura abilitativa semplificata (PAS) di cui all’art. 6 d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, per la realizzazione di un impianto eolico nel territorio comunale, alla località Riitani, e precisamente sull’area meglio individuata in catasto al foglio 28, particella 404. Successivamente, in data 20 e 31 agosto 2015 ha integrato la documentazione allegata alla comunicazione.

2. – In data 26 novembre 2016 Pitagora S.r.l., che è titolare di un parco eolico insistente nella zona interessata dal nuovo impianto, su area di proprietà del Comune di Isola di Capo Rizzuto e su cui essa vanta il diritto di superficie in forza di convenzione stipulata in data 30 marzo 2010, ha chiesto all’Ente locale citato di esercitare i poteri inibitori e ripristinatori previsti dalla legge nei confronti dell’iniziativa imprenditoriale di Aldo Luciano.

Infatti, l’aerogeneratore da questi progettato e quindi installato si trova a distanza inferiore da quella minima rispetto a due aerogeneratori appartenenti a Pitagora S.r.l., circostanza taciuta nella documentazione da questi allegata alla comunicazione ai fini della PAS.

3. – Il Comune di Isola di Capo Rizzuto ha svolto, in contraddittorio con la ricorrente, attività istruttoria in ordine all’istanza da essa formulata.

Non essendo però sfociata tale attività in un provvedimento, Pitagora S.r.l. si è rivolta a questo Tribunale Amministrativo Regionale ai sensi dell'art. 117 c.p.a., domandando l'accertamento dell'illegittimità del silenzio.

Con sentenza del 27 gennaio 2017, n. 86, il Tribunale ha accolto il ricorso avverso l'inerzia, dichiarando l'obbligo del Comune di provvedere sull'istanza della ricorrente entro 120 giorni.

4. – Il Comune, in affermata ottemperanza alla pronuncia giurisdizionale, ha quindi adottato il provvedimento meglio indicato in epigrafe, con il quale si è determinato a non esercitare alcun potere rispetto al PAS avviato da Aldo Luciano.

Ha giustificato la propria determinazione in ragione della correttezza dell'*iter* procedurale seguito, l'aderenza della richiesta ai dettati normativi, la bontà delle verifiche effettuate sulle dichiarazioni ricevute, l'impossibilità per l'amministrazione di ingerirsi su questioni civilistiche.

Ha inoltre specificato che, al momento della proposizione dell'istanza di intervento da parte di Pitagora S.r.l. il titolo autorizzativo si era già formato e che l'impianto eolico di Aldo Luciano "*non rientra tra le aree dell'impianto di Pitagora S.r.l.*".

5. – La società più volte citata è insorta avverso tale provvedimento, impugnandolo d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale.

A sostegno della domanda di annullamento ha proposto tre motivi.

5.1. – Con il primo, segnala che il provvedimento impugnato è stato emesso in contraddizione con la nota del 28 giugno 2016, prot. 11065, in cui il Comune aveva dato conto di aver dato avvio al procedimento di annullamento in autotutela della PAS controversa.

L'inversione di rotta avrebbe dovuto comportare la notifica di una nuova comunicazione in favore della Pitagora S.r.l., consentendole di intervenire ai sensi degli artt. 10 e 10-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241.

A ciò si aggiunga che non vi è alcuna motivazione circa le ragioni che hanno indotto l'amministrazione comunale a mutare avviso rispetto al preannunciato intervento inibitorio sull'iniziativa del controinteressato.

5.2. – Con il secondo motivo si deduce l'inconsistenza della motivazione contenuta nel provvedimento impugnato. Al contrario di quanto ritenuto dal Comune intimato, la falsa rappresentazione degli elementi di fatto abilita l'amministrazione a un intervento repressivo ai sensi degli artt. 19, 21 e 21-*nonies* l. n. 241 del 1990.

Nel caso di specie, l'intervento sarebbe stato doveroso, stante il fatto che il nuovo aerogeneratore si trova, rispetto a quelli della ricorrente, a distanza inferiore a quella imposta dalla lettera *n*) del punto 3.2. delle Linee Guida Nazionali di cui al d.m. 10 settembre 2010, recepite nella Regione Calabria

con deliberazione della Giunta regionale del 29 dicembre 2010, n. 871, come integrata dalla deliberazione della Giunta regionale del 13 marzo 2012, n. 81; e che tale collocazione arreca pregiudizio alla produzione di energia elettrica ad opera degli aerogeneratori della ricorrente.

5.3. – Con il terzo motivo si contesta che la PAS avviata da Aldo Luciano si sia perfezionata, non essendo stata munita da tutti gli assensi amministrativi necessari.

5.4. – Pitagora S.r.l. ha accompagnato la richiesta di annullamento del provvedimento impugnato con la domanda di risarcimento dei danni provocati dalla presenza dell'aerogeneratore del controinteressato.

6. – Il Comune di Isola di Capo Rizzuto, costituitosi, ha contestato le avverse domande.

Ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità del ricorso perché non notificato al controinteressato e per carenza di interesse. A tale ultimo proposito, previa ricostruzione della PAS come istituto di liberalizzazione delle attività, ha dedotto che Pitagora S.r.l. avrebbe dovuto impugnare il titolo formatosi in capo ad Aldo Luciano e che, non avendolo tempestivamente fatto, non vi sarebbe interesse all'odierno ricorso, essendo peraltro decorso il termine per l'esercizio dei poteri di autotutela.

Difetterebbe, inoltre, la giurisdizione di questo giudice amministrativo, in quanto la domanda riguarderebbe la violazione del dovere, previsto della convenzione per la costituzione del diritto di servitù stipulato tra Comune di Isola di Capo Rizzuto e Pitagora S.r.l., a non rilasciare ulteriori autorizzazioni o concessioni nell'area di insediamento. Si tratterebbe, quindi, di contenzioso su diritti soggettivi, devoluto alla cognizione del giudice ordinario.

Nel merito, il ricorso sarebbe infondato. Il provvedimento impugnato sarebbe stato preceduto dalla nota del Responsabile del Settore Urbanistica e Gestione del Territorio del Comune del 14 gennaio 2016, prot n. 749, e sarebbero chiare e corrette le ragioni di mancato esercizio dei poteri sollecitati dalla società ricorrente.

7. – Previo scambio di memorie, il ricorso è stato discusso il 14 aprile 2021 ai sensi del combinato disposto dell'art. 4, comma 1, periodi quarto ss. d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. con mod. con l. 25 giugno 2020, n. 70, così come richiamato dall'art. 25, comma 1 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con mod, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176.

8. – In via pregiudiziale, il Tribunale rileva che la convenzione con cui in data 30 marzo 2010 è stato attribuito alla società ricorrente il diritto di superficie, grazie al quale ha poi potuto erigere gli aerogeneratori che costituiscono il parco eolico di cui è titolare, è indicata nel ricorso introduttivo. Tuttavia, al Tribunale Amministrativo Regionale adito non viene richiesto di accertare la violazione delle pattuizioni contenute nella convenzione, bensì di verificare la conformità a legge dell'operato

dell'amministrazione rispetto alla richiesta di esercizio di poteri inibitori e repressivi di un'iniziativa avviata in regime di PAS.

Non vi possono essere dubbi, quindi, sull'attribuzione della giurisdizione a questo plesso di giustizia, vertendo il sindacato sul potere amministrativo e sugli interessi legittimi che si stagliano a fronte dell'esercizio di detto potere.

9. – Si può fin d'ora aggiungere, poi, che rispetto al titolo ottenuto mediante PAS – che è assimilabile, quanto meno sotto questo profilo, alla SCIA – la tutela del terzo è conformata dall'art. 19 comma 6-ter l. n. 241 del 1990 (cfr. TAR Toscana, Sez. II, 5 giugno 2018, n. 794).

Il terzo che si ritiene leso non può impugnare un provvedimento amministrativo, in quanto la procedura delineata dal legislatore, che ha liberalizzato l'attività, come correttamente indicato dalla difesa comunale, non porta alla formazione un provvedimento amministrativo tacito.

Piuttosto, a lui viene assicurato un potere sollecitatorio nei confronti dell'amministrazione; la sua azione non sfocia in un mero esposto teso a far valere l'interesse diffuso al ripristino della legalità violata, ma costituisce strumento di tutela della sua posizione giuridica, sicché all'esito del suo esposto l'amministrazione è obbligata ad iniziare il procedimento di controllo e in caso di inerzia, il terzo può esperire azione avverso il silenzio inadempimento della stessa.

Ciò è esattamente quanto accaduto nel caso di specie, ond'è evidente l'interesse per Pitagora S.r.l., che già si è vista costretta a esperire il rimedio avverso il silenzio, a impugnare il provvedimento con cui l'amministrazione ha dato risposta alla sua sollecitazione.

D'altra parte, poiché la tesi della società ricorrente è che l'amministrazione non abbia ancora perduto i poteri inibitori e ripristinatori rispetto all'installazione dell'aerogeneratore del controinteressato, non può dirsi che la pronuncia del giudice sia per essa ininfluyente.

10. – Ancora in via preliminare va precisato che Pitagora S.r.l. ha dato prova di aver regolarmente notificato il ricorso al controinteressato in data 30 ottobre 2017, e quindi il contraddittorio è regolarmente instaurato.

11. – Nel merito, il Tribunale ritiene di potersi concentrare sul secondo motivo di ricorso.

Le considerazioni *supra* riportate al § 9 inducono ad affermare l'erroneità del provvedimento impugnato, laddove ritiene non esercitabili i poteri sollecitati dalla Pitagora S.r.l. per essersi formato il titolo abilitativo.

Al contrario, poiché la società ricorrente ha utilizzato l'unico strumento di tutela dei propri interessi che il legislatore ha accordato al terzo che si ritenga leso dall'installazione di un impianto di produzione di energia elettrica in regime di PAS, il Comune di Isola di Capo Rizzuto avrebbe

dovuto adeguatamente considerare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri inibitori e repressivi previsti dagli artt. 19, 21 e 21-*nonies* l. n. 241 del 1990.

Ciò è tanto più vero in quanto l'odierna ricorrente deduce, e il Comune sul punto non contesta, che la comunicazione presentata da Aldo Luciano in regime di PAS è corredata da una falsa rappresentazione dei fatti, non essendo indicata la presenza del parco eolico della Pitagora S.r.l.

12. – Vanno aggiunte ancora alcune considerazioni.

Innanzitutto, la circostanza che un titolo abilitativo non sia idoneo a pregiudicare i diritti dei terzi esime l'amministrazione da svolgere complesse istruttorie per verificare se l'abilitazione richiesta possa ledere il diritto di qualcuno. Ma non comporta anche che l'amministrazione possa ignorare la lesione della posizione giuridica di terzi, ove questa sia percepibile *ictu oculi* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2546)

Sotto altro profilo, il mancato rispetto delle distanze prescritte dalla legge è senza dubbio questione di rilievo civilistico. Tuttavia, essa rileva anche come parametro di valutazione della legittimità del titolo abilitativo (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 316).

13. – Sussiste, pertanto, il difetto di motivazione denunciato dalla società ricorrente con il secondo motivo di ricorso e il provvedimento impugnato, illegittimo, deve essere annullato.

Il Comune di Isola di Capo Rizzuto dovrà quindi riesercitare il potere attribuitogli, adottando un nuovo provvedimento espresso.

Con esso dovrà valutare se ricorrano i presupposti per l'esercizio dei poteri inibitori e repressivi sollecitati.

Nel fare ciò, dovrà tenere conto della falsa rappresentazione della realtà denunciata dalla società ricorrente e, soprattutto, dovrà verificare se sussista la violazione delle distanze allegata dalla società ricorrente, posto che la prescrizioni contenute nella lettera *n*) del punto 3.2. delle Linee Guida Nazionali di cui al d.m. 10 settembre 2010, recepite nella Regione Calabria con deliberazione della Giunta regionale del 29 dicembre 2010, n. 871, sono dettate a mitigazione dell'impatto sul paesaggio.

14. – La domanda di risarcimento del danno non può essere, allo stato, accolta, in quanto compete ancora all'amministrazione verificare se spetti alla Pitagora S.r.l. il bene della vita ambito, e cioè l'esercizio dei poteri inibitori e repressivi che porti alla rimozione dell'aerogeneratore installato da Aldo Luciano.

15. – Le spese di lite tra le parti costituite sono regolate secondo il principio della soccombenza sulla domanda principale di annullamento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il decreto dirigenziale del Comune di Isola di Capo Rizzuto del 6 luglio 2017, n. 2.

Condanna il Comune di isola di Capo Rizzuto, in persona del Sindaco in carica, alla rifusione, in favore di Pitagora S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 3.200,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario, Estensore

Francesca Goggiamani, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Francesco Tallaro**

**IL PRESIDENTE**

**Giancarlo Pennetti**

**IL SEGRETARIO**