

ENERGIA: Impianti eolici - Aree non idonee - Giunta regionale Sardegna - Delibera - Legittimità.

Cons. Stato, Sez. IV, 31 dicembre 2021, n. 8754

- in *Il Foro italiano*, 3, 2022, pag. 176 e ss.

“[...] la Regione autonoma della Sardegna, con la gravata d.g.r., ha attuato la competenza legislativa primaria, statutariamente prevista, in tema di tutela paesistico-ambientale, elencando le aree non idonee all’esito di una approfondita istruttoria su ogni singolo sito di interesse, che, del tutto legittimamente, ben può ricomprendere anche le ragioni di tutela della identità culturale della popolazione insediata sul territorio;

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 [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo e della Regione autonoma della Sardegna;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l’ordinanza cautelare della Sezione n. 578 del 2021;

Vista l’istanza di passaggio in decisione depositata in data 11 ottobre 2021 dalla Regione autonoma della Sardegna;

Relatore, nell’udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2021, il consigliere Michele Pizzi e udito per l’appellante l’avvocato Carlo Comandè;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto innanzi al Tar per la Sardegna, notificato il 20 febbraio 2020 e depositato il 3 marzo 2020, la Erg Wind Sardegna s.r.l. (d’ora in avanti la Erg) ha esposto:

- di operare nel settore della produzione di energia da fonti rinnovabili, di essere titolare e di gestire, dall'anno 2004, un parco eolico situato in Sardegna, nei Comuni di Nulvi, Ploaghe e Osilo, costituito da 51 aerogeneratori per una potenza complessiva pari a 43,35 Mw;
- di aver presentato un'istanza di valutazione d'impatto ambientale avente ad oggetto il progetto di "*Potenziamento del parco eolico Nulvi Ploaghe*";
- che il progetto in questione, da qualificare come *repowering*, consiste nella sostituzione di tutti i 51 aerogeneratori con 27 aerogeneratori di nuova generazione (ciascuno di potenza pari a 4,5 Mw), da collocare nei Comuni di Nulvi e di Ploaghe, per una potenza complessiva massima pari a 121,50 Mw;
- che il progetto prevede altresì la posa dei cavidotti interrati di collegamento tra gli aerogeneratori con l'esistente stazione elettrica, nonché l'adeguamento della viabilità di accesso esistente;
- che la Commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale –VIA e VAS del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ha espresso il parere n. 3136 del 4 ottobre 2019, con il quale si è affermato che "*gli aerogeneratori ricadono in aree idonee per l'installazione di impianti FER*";
- che il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo-Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio-Servizio V, con nota prot. n. 38636-P del 23 dicembre 2019, ha comunicato alla società istante, ai sensi dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza;
- che la società proponente ha presentato le proprie osservazioni con nota del 2 gennaio 2020, successivamente integrate con nota del 17 gennaio 2020, previa concessione di un'ulteriore termine di dieci giorni ad opera della nota ministeriale prot. n. 533-P dell'8 gennaio 2020.

2. La Erg ha quindi impugnato la menzionata nota ministeriale prot. n. 38636-P del 23 dicembre 2019, nonché il parere endoprocedimentale prot. n. 12008 del 4 novembre 2019 della Soprintendenza archeologia, belle arti e paesaggio per le province di Sassari e Nuoro, unitamente alla d.g.r. della Sardegna n. 40/11 del 7 agosto 2015, deducendo un unico ed articolato motivo, con il quale è stata lamentata la violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, la violazione delle Linee guida adottate con d.m. 10 settembre 2010, eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione, violazione dei criteri di cui all'allegato 4, paragrafo 3.2, lettera m), del d.m. 10 settembre 2010, violazione della d.g.r. 40/11 del 7 agosto 2015, violazione del p.p.r. della Regione Sardegna, ambito di paesaggio 14 "Golfo dell'Asinara", violazione dell'art. 142, comma 1, lettere b), g) ed h), del d.lgs. n. 42/2004.

3. Con successivo ricorso per motivi aggiunti notificato il 22 aprile 2020 e depositato il 7 maggio 2020, la società ricorrente ha impugnato il definitivo parere tecnico istruttorio negativo prot. n. 7830-P del 28 febbraio 2020 del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo-Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio-Servizio V, nonché i pareri endoprocedimentali resi dalla Soprintendenza archeologia, belle arti e paesaggio per le Province di Nuoro e Sassari (prot. n. 1058/2020) e dai Servizi II e III della Direzione generale archeologia, belle arti e paesaggio (note prot. n. 5580/2020 e prot. n. 4968/2020), unitamente alla d.g.r. della Regione Sardegna n. 40/11 del 7 agosto 2015, deducendo un unico ed articolato motivo, analogo a quello dedotto con il ricorso introduttivo, con il quale è stata lamentata la violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, la violazione delle Linee guida adottate con d.m. 10 settembre 2010, eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione, violazione dei criteri di cui all'allegato 4, paragrafo 3.2, lettera m), del d.m. 10 settembre 2010, violazione della d.g.r. 40/11 del 7 agosto 2015, violazione del p.p.r. della Regione Sardegna, ambito di paesaggio 14 "Golfo dell'Asinara", violazione dell'art. 142, comma 1, lettere b), g) ed h), del d.lgs. n. 42/2004.

3.1. In particolare la ricorrente ha dedotto che:

a) le Amministrazioni precedenti avrebbero tenuto in considerazione unicamente le priorità paesaggistiche afferenti al territorio interessato, senza tenero conto delle mitigazioni previste dalla società proponente e previste nello studio d'impatto ambientale e che comunque, nell'area interessata dall'intervento di *repoweing*, già insiste un impianto eolico, che continuerà ad esistere nell'attuale configurazione per tutto il periodo di vita utile;

b) si rinverrebbe il *trait d'union* tra i singoli motivi ostatici nella maggiore altezza delle nuove turbine di cui al progetto di *repowering* (alte 180 metri), rispetto a quelle attualmente esistenti, la cui altezza massima è pari a 76 metri; in particolare il Ministero, lamentando la compromissione del paesaggio e dell'integrità visiva nel raggio di 9 km dal parco (50 volte l'altezza massima degli aerogeneratori), si sarebbe "*limitato a sindacare il progetto in ragione di una asserita maggiore percezione degli aerogeneratori basata su un parziale elemento di indagine consistente soltanto nella loro maggiore altezza rispetto a quelli esistenti, senza svolgere alcuna puntuale e complessiva valutazione sul minor pregiudizio in concreto che ne avrebbero i beni sottoposti a tutela ricadenti all'interno dell'area contermina, in ragione della prevista riduzione del numero di aerogeneratori e della loro più ordinata collocazione nel contesto territoriale rispetto a quelli esistenti, e dunque senza sviscerare il diverso e minor impatto che avrebbe in concreto il progetto potenziato*" (pag. 8 del ricorso per motivi aggiunti);

c) le Linee guida del 2010 non connoterebbero la intervisibilità degli impianti, dai beni aventi rilievo culturale o paesaggistico, quale condizione precludente la loro realizzazione, considerato poi che il *repowering* dell'impianto avverrà all'interno di un'area del territorio già antropizzata dalla presenza del parco eolico sul quale la società intende intervenire;

d) la riduzione del numero degli aerogeneratori e la loro più ordinata collocazione nel contesto territoriale, eliminerebbe "*l'effetto selva*" ed avrebbe quale conseguenza un minor impatto sul paesaggio che si vuole tutelare, anche e soprattutto sotto il profilo della sua reale visibilità, in conformità a quanto previsto dal paragrafo 3.2 dell'allegato 4 al d.m. 10 settembre 2010;

e) il quadrante visivo – nel raggio di 9 km – che sarebbe interessato dagli aerogeneratori di cui al progetto in esame, risulta comunque occupato dal parco esistente, nella sua attuale consistenza; inoltre la maggior altezza delle turbine sarebbe temperata dal minor numero delle turbine stesse e dalla maggiore distanza (mediamente 440 metri) cui queste saranno tra loro collocate;

f) non sarebbe applicabile il d.m. 13 febbraio 1968, recante "*Dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'intero territorio comunale di Osilo*", considerato sia il fatto che tale d.m. non ha precluso la realizzazione, nell'anno 2004, del parco eolico attualmente esistente (che integrerebbe ormai una caratteristica stessa del paesaggio), sia che gli aerogeneratori non interessano direttamente il territorio comunale di Osilo;

g) il parere tecnico istruttorio non terrebbe in debita considerazione il fatto che:

g.1) il progetto di *repowering* ha previsto la collocazione dei nuovi aerogeneratori al di fuori delle aree sottoposte a vincolo archeologico;

g.2) alcuni aerogeneratori puntualmente individuati (R-NU02, R-NU03, R-NU07, R-NU08, R-PLG01, R-PLG02, R-PLG05 e R-PLG014) sono collocati al di fuori delle aree di rispetto dei nuraghi individuati; in particolare "*l'unico aerogeneratore situato nell'area di rispetto di un nuraghe è quello denominato R-PLG014. Tuttavia, tale singola fattispecie avrebbe potuto essere risolta mediante l'adozione di una specifica prescrizione relativa allo spostamento di tale aerogeneratore*" (pag. 14 del ricorso per motivi aggiunti), considerato poi che, con riguardo all'aerogeneratore R-NU07 si avrebbe, rispetto alla situazione attuale, un allontanamento di circa 100 metri dal nuraghe più vicino;

h) il parere negativo sarebbe basato sulla scorta della ipotetica presenza di beni archeologici su aree esterne al perimetro di tutela dei nuraghi e, nelle aree contermini a quelle sottoposte a tutela, il Ministero per i beni e le attività culturali, ai sensi dell'art. 14.9 delle Linee guida e dell'art. 152 del d.lgs. n. 42 del 2004, può prescrivere le distanze, le misure e le varianti ai progetti in corso d'esecuzione, ma non può imporre divieti;

i) non sarebbe corrispondente al vero che la realizzazione dei nuovi aerogeneratori andrebbe a “spezzare l’unità visiva tra i beni”, considerato che, nella medesima area, già da 15 anni insiste un parco eolico che farebbe oramai parte del paesaggio locale e che “già oggi l’unità visiva tra i singoli nuraghi è inframezzata dalla presenza degli aerogeneratori e le distanze tra i nuraghi descritte nel parere sono tali da rendere l’altezza delle torri del tutto irrilevante sotto tale punto di vista” (pag. 16 del ricorso per motivi aggiunti);

l) il Ministero, al precipuo fine di impedire l’aggiornamento tecnologico del parco eolico esistente, avrebbe illegittimamente ed implicitamente apposto *ex novo* due vincoli (archeologico e paesaggistico) sull’area in questione, nonostante il fatto che – a parte singoli beni puntuali sottoposti a vincolo archeologico – non esisterebbe alcun vincolo esteso all’intera area in esame;

m) il Ministero si sarebbe basato su meri “sospetti” non dimostrati circa la presenza di beni da tutelare, ed avrebbe risposto in modo assertivo, in mancanza di istruttoria ed in difetto di una propria indagine *in loco*, ai rilievi mossi dalla società proponente, la quale aveva evidenziato che le aree in esame sono interessate da presenze rocciose, che non comproverebbero l’esistenza di beni meritevoli di tutela, ovvero sono connotate da beni la cui riconducibilità all’epoca nuragica sarebbe dubbia;

n) i fotoinserimenti compiuti nello studio d’impatto ambientale avrebbero dimostrato l’equivalenza fra lo stato attuale e la simulazione di progetto, per quanto riguarda il paesaggio fruibile dalla chiesa della SS. Trinità di Saccargia, dal Castello Malaspina di Osilo, dal Castello dei Doria a Chiaramonti, dalla chiesa di Nostra Signora del Regno ad Ardara, come già esposto dalla società nelle osservazioni del 17 gennaio 2020; inoltre l’amministrazione non avrebbe valutato le opere di compensazione proposte dalla società, concernenti la valorizzazione dell’Abbazia di Saccargia, della chiesa di San Michele di Salvenero e della tomba dei giganti di Fiorosu;

o) la mera intervisibilità delle torri eoliche non sarebbe di per sé un motivo ostativo alla realizzazione del *repowering* ai sensi del d.m. 10 settembre 2010, considerato che già oggi l’area di interesse è caratterizzata dalla presenza e dunque dalla visibilità delle torri che compongono l’impianto esistente;

p) il Ministero si sarebbe basato su valutazioni aprioristiche e preconette, laddove ha ritenuto che l’area in esame, ove già insistono tre parchi eolici, sarebbe un’area degradata, senza considerare che le aree destinate a parco eolico diverrebbero esse stesse “nuovo paesaggio”;

q) il Ministero avrebbe illegittimamente ritenuto inattendibili i fotoinserimenti compiuti dalla società, ed avrebbe basato le proprie decisioni sulle valutazioni d’esperienza dei propri funzionari,

senza tuttavia svolgere una controistrutturoria tecnica, per indicare le ragioni della asserita inattendibilità dei fotoinserimenti;

r) l'area in esame si troverebbe all'esterno dell'Ambito di paesaggio 14 indicato nel p.p.r. della Regione Sardegna, e comunque il suddetto Ambito non precluderebbe a monte la realizzazione del parco eolico;

s) la disciplina regionale di cui alla d.g.r. n. 40/11 del 7 agosto 2015, che individua le "aree non idonee" all'installazione di parchi eolici "*può trovare applicazione, anche solo al fine di <suscitare maggiore attenzione> sul sito, solo ai progetti afferenti alla realizzazione di nuovi impianti, su aree libere, ma non anche ai progetti di repowering di impianti già esistenti ed insistenti su aree che da tali opere sono state oramai caratterizzate, seppur successivamente qualificate come non idonee*" (pag. 26 del ricorso per motivi aggiunti); diversamente opinando la suddetta d.g.r. si porrebbe in contrasto con l'articolo 17, comma 1, delle Linee guida del 2010, non potendosi fare applicazione della menzionata d.g.r. per la valutazione di non idoneità di aree ove già insistono parchi eolici, ai fini dell'ammodernamento dei parchi stessi, dovendo la d.g.r. 40/11 essere applicata solo per la valutazione di non idoneità delle aree libere;

t) il Ministero avrebbe illegittimamente obliterato 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, soprattutto con riguardo ai progetti di *repowering* che "*consentono di implementare la produzione di energia da fonti rinnovabili mediante interventi che, essendo operati su impianti già esistenti, consentono di perseguire tale obiettivo garantendo, al contempo, di non consumare ulteriormente il suolo per la realizzazione di nuovi parchi*" (pag. 28 del ricorso per motivi aggiunti);

u) le aree sulle quali andranno realizzati i futuri aerogeneratori non sarebbero gravate da usi civici né sarebbero aree boscate, considerato poi che, ai sensi dell'art. 142 del d.lgs. n. 42/2004, il regime vincolistico non si estende alle aree contermini e limitrofe alle aree sopra indicate;

v) non vi sarebbero effetti negativi sulla chiroterofauna e, per quanto concerne l'avifauna, sarebbero garantiti corridoi più ampi tra le turbine ed una maggiore visibilità degli ostacoli; inoltre la situazione - relativa alle segnalazioni luminose per la sicurezza area - sarebbe migliorata con il nuovo impianto, che necessiterebbe di un minore numero di dispositivi di segnalazione, posti ad un'altezza da terra non inferiore a 100 metri;

z) il Ministero avrebbe illegittimamente negato la possibilità che soluzioni alternative (*sub specie* di rinuncia ad alcuni aerogeneratori) potessero essere compatibili.

4. Il Tar per la Sardegna, con la gravata sentenza n. 647 del 2020, ha respinto integralmente sia il ricorso introduttivo sia i motivi aggiunti, condannando la ricorrente al pagamento delle spese di lite.
5. Con ricorso in appello notificato il 5 gennaio 2021 e depositato l'8 gennaio 2021, la Erg ha impugnato la suddetta sentenza del Tar per la Sardegna n. 647 del 2020, riproponendo le censure già dedotte in primo grado.
6. Si sono costituiti in giudizio il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo e la Regione autonoma della Sardegna, chiedendo entrambi il rigetto dell'appello.
7. La Sezione, con ordinanza n. 578 del 2021, ha respinto l'istanza cautelare, ritenendo prevalente l'interesse pubblico al mantenimento della *res adhuc integra*.
8. L'appellante e la Regione intimata, in data 13 settembre 2021, hanno depositato memorie difensive, insistendo ciascuna nelle rispettive difese; in particolare la Regione ha eccepito l'inammissibilità della produzione documentale dell'appellante del 3 settembre 2021.
9. La Erg ha altresì depositato una memoria di replica in data 21 settembre 2021, insistendo per l'accoglimento dell'appello.
10. La Regione autonoma della Sardegna, in data 11 ottobre 2021, ha depositato istanza di passaggio in decisione.
11. All'udienza pubblica del 14 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.
12. In via preliminare, con riguardo alla produzione documentale dell'appellante depositata il 3 settembre 2021 (doc. 23, "*Relazione esplicativa in ordine alla insistenza del progetto di RPW nello stesso sito dell'impianto eolico ed al rispetto dei parametri di riduzione minima del numero degli aerogeneratori e dell'altezza massima dei nuovi aerogeneratori*"), il Collegio osserva che tale documento, pur non essendo inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a., in quanto basato sulla normativa sopravvenuta di cui alla legge n. 108 del 2021, è comunque irrilevante nel presente giudizio, dovendosi esaminare le censure dedotte nel ricorso sulla base della disciplina previgente, applicabile *ratione temporis*.
13. Ancora in via preliminare, a cagione della proposizione dell'appello e della reiterazione di tutti i motivi dedotti in prime cure, il Collegio osserva che è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, che perimetra necessariamente il processo di appello ex art. 104 c.p.a., sicchè, per ragioni di economia dei mezzi processuali e semplicità espositiva, secondo la logica affermata dalla decisione della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2015, il Collegio prende direttamente in esame gli originari motivi posti a sostegno del ricorso introduttivo (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 1137 del 2020).

14. Venendo quindi all'esame delle censure articolate in primo grado, deve essere innanzitutto dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto il parere interlocutorio del 23 dicembre 2019, adottato ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990, è stato assorbito e superato dal parere definitivo del 28 febbraio 2020, impugnato con il ricorso per motivi aggiunti.

14.1. Tale impugnativa sarebbe stata in ogni caso inammissibile, *ab origine*, in quanto rivolta avverso un atto presupposto endoprocedimentale (cfr. sul punto *ex plurimis* Cons. Stato, sez. 1558 del 2016; sez. V, n. 7246 del 2009; n. 2876 del 2009; Cass. civ., sez. un., 7702 del 2016), con il quale – a differenza del successivo parere tecnico istruttorio del 28 febbraio 2020 impugnato con i motivi aggiunti – il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo non aveva ancora definitivamente manifestato il proprio parere all'interno della procedura di valutazione d'impatto ambientale attivata dalla Erg, rimanendo l'amministrazione “a disposizione per ogni ulteriore informazione in merito, in attesa della eventuale presentazione per iscritto delle osservazioni della Società Erg Wind Sardegna s.r.l. ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990 [...]”.

15. Il ricorso per motivi aggiunti, riproposto con il ricorso in appello (pagg. 5-34 dell'appello), è infondato.

15.1. In primo luogo occorre esaminare le censure dedotte avverso la delibera di Giunta della Regione autonoma della Sardegna n. 40/11 del 7 agosto 2015, adottata ai sensi dell'art. 42, comma 2, della legge regionale n. 8 del 2015, ed a tal fine è opportuno preliminarmente enucleare i principi evincibili delle numerose sentenze della Corte costituzionale che si sono occupate della normativa statale e regionale in punto di installazione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

15.1.1. Al riguardo la Corte costituzionale ha precisato che:

a) l'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003 – attuativo della normativa europea in materia di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili (direttiva n. 2001/77/CE del 27 settembre 2001, poi abrogata e sostituita dalla direttiva n. 2009/28/CE del 23 aprile 2009, e da ultimo la direttiva di rifusione n. 2018/2001/UE dell'11 dicembre 2018) – costituisce un principio fondamentale della materia *de qua*, ricadente nella competenza legislativa concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, della Costituzione, e concernente la “*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*” (*ex plurimis*, sentenze n. 192 del 2011, n. 124 del 2010 e n. 282 del 2009);

b) l'armonizzazione profilata nell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, tra competenze statali, regionali e provinciali, costituisce una modalità di equilibrio rispettosa delle competenze di tutti gli enti

coinvolti nella programmazione e nella realizzazione delle fonti energetiche rinnovabili (sentenza n. 224 del 2012);

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).

15.1.2. Alla luce dei menzionati principi espressi dal Giudice delle leggi, risultano destituite di fondamento tutte le censure mosse dalla società ricorrente avverso la d.g.r. Sardegna n. 40/11 del 7 agosto 2015, non riscontrando il Collegio il lamentato contrasto della menzionata d.g.r. né con l'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2010, né con le linee guida di cui al d.m. del 10 settembre 2010, considerato che:

a) la gravata d.g.r. indica le aree "*non idonee*" all'insediamento degli impianti eolici, senza tuttavia porre alcun vincolo né preclusione di carattere generale, limitandosi solo ad indicare – a beneficio degli operatori privati – le aree ove vi è "*un'elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni in sede di autorizzazione*", non potendo quindi le fasce di rispetto (c.d. *buffer*) essere interpretate come distanze minime inderogabili;

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;

c) la Regione autonoma della Sardegna, con la gravata d.g.r., ha attuato la competenza legislativa primaria, statutariamente prevista, in tema di tutela paesistico-ambientale, elencando le aree non idonee all'esito di una approfondita istruttoria su ogni singolo sito di interesse, che, del tutto legittimamente, ben può ricomprendere anche le ragioni di tutela della identità culturale della popolazione insediata sul territorio;

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.

15.1.3. Inoltre non è condivisibile la tesi dell’appellante secondo cui la d.g.r. in esame, nell’indicare le aree “*non idonee*” alla installazione di parchi eolici, troverebbe applicazione solo per le “*aree libere*” e non anche per quelle aree ove già insistono parchi eolici costruiti in precedenza, dal momento che l’esistenza di un parco eolico non preclude né impedisce all’amministrazione di valutare la compatibilità, sotto il profilo ambientale e paesaggistico, di interventi di ammodernamento e di sostituzione dei parchi eolici, almeno tutte le volte in cui – come avvenuto nel presente caso – 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 (sull’ammodernamento degli impianti in senso proprio, rispetto alla progettazione di un nuovo impianto, cfr. Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 4062 del 2017, confermata da Cass. civ. sez. un., sent. n. 18829 del 2019; da ultimo sez. IV, sent. n. 1619 del 2018 sulla nozione di adeguamento funzionale in materia ambientale).

15.1.4. Quanto esposto, oltre a condurre al rigetto delle censure avverso la d.g.r. della Sardegna n. 40/11 del 7 agosto 2015, evidenzia altresì l’inammissibilità delle censure stesse sotto un duplice profilo: sia perché la gravata d.g.r. non incide direttamente sulla posizione soggettiva della società ricorrente, costituendo solo uno strumento di ausilio in sede di valutazione di impatto ambientale, sia perché le doglianze mosse dalla Erg impingono nel merito di valutazioni pianificatorie ad alto contenuto di discrezionalità tecnico amministrativa come tali sindacabili dal giudice amministrativo solo nei casi di manifesta abnormità, illogicità ed errore di fatto, insussistenti nella presente fattispecie.

15.1.5. Tanto è vero questo che di recente è stato necessario intervenire con provvedimenti normativi *ad hoc* – inapplicabili *ratione temporis* al presente caso - per conciliare le prerogative delle Amministrazioni preposte alla tutela del paesaggio (nell’ampia accezione delineatasi nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa) con l’esigenza di implementare la produzione di energia da fonti rinnovabili, onde perseguire gli obiettivi di decarbonizzazione (e quindi pure di tutela della salubrità dell’ambiente), condivisi a livello internazionale ed europeo.

15.1.6. Si pensi alle innovazioni portate *in subiecta materia* dalla legge n. 108 del 2021, di conversione con modificazioni del decreto-legge n. 77 del 2021, nonché dal d.lgs. n. 199 del 2021.

15.1.7. A titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, si consideri:

a) l’inserimento, nel corpo dell’art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, del comma 3-*bis*, che espressamente consente la realizzazione di *“progetti aventi ad oggetto impianti alimentati da fonti rinnovabili, comprese le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all’esercizio degli stessi impianti”*, che siano localizzati *“in aree sottoposte a tutela, anche in itinere, ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, nonché nelle aree contermini ai beni sottoposti a tutela ai sensi del medesimo decreto legislativo”*, con la precisazione che, in tali ipotesi, il Ministero della cultura deve partecipare al procedimento unico di autorizzazione ai sensi del menzionato articolo 12;

b) la natura obbligatoria ma non vincolante del parere reso dal Ministero della cultura per la realizzazione degli impianti in questione *“localizzati in aree contermini a quelle sottoposte a tutela paesaggistica”*, con l’ulteriore previsione che, in caso di silenzio del predetto Ministero, l’amministrazione competente *“provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”* (art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 77 del 2021);

c) la nuova disciplina, in sostituzione del d.m. 10 settembre 2010, concernente l’individuazione *“delle superfici e delle aree idonee e non idonee all’installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC”*, con la previsione della *“ripartizione della potenza installata fra Regioni e Province autonome”* (art. 20, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 199 del 2021);

d) la previsione secondo cui *“nelle more dell’individuazione delle aree idonee, non possono essere disposte moratorie ovvero sospensioni dei termini dei procedimenti di autorizzazione”* (art. 20, comma 6, del d.lgs. n. 199 del 2021);

e) la precisazione secondo cui *“le aree non incluse tra le aree idonee non possono essere dichiarate non idonee”* (art. 20, comma 7, del d.lgs. n. 199 del 2021);

f) la semplificazione della disciplina autorizzatoria per gli impianti da installare nelle *“aree idonee”*, ai sensi dell’art. 22 del d.lgs. n. 199 del 2021.

15.1.8. Tali innovazioni normative, tutte ispirate dal chiaro *favor* per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, sono state introdotte dal legislatore con norme di rango primario, come detto inapplicabili *ratione temporis* alla presente fattispecie, dovendosi esaminare le censure dedotte nell’odierno giudizio secondo il quadro normativo previgente.

15.1.9. Pertanto l'appello, nella parte in cui ripropone le censure avverso la d.g.r. della Sardegna n. 40/11 del 7 agosto 2015, deve essere dichiarato inammissibile e comunque respinto.

15.2. Venendo all'esame delle restanti censure, devono essere innanzitutto dichiarate inammissibili per difetto di interesse le doglianze mosse avverso quelle questioni che, sulla base di quanto esposto dalla stessa ricorrente, pur presenti nel preavviso di rigetto del 23 dicembre 2019, non sono contenute nel successivo parere istruttorio definitivo del 28 febbraio 2020 del Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, o perché ritenute superate o perché rientranti nella competenza di altre amministrazioni preposte alla cura degli specifici interessi pubblici: ovvero le questioni concernenti la tutela della avifauna, della chiroterofauna, degli usi civici e delle aree ricomprese nella Rete natura 2000.

15.3. Le ulteriori censure – che vengono esaminate in modo unitario - sono infondate.

15.4. Infatti:

15.4.1. - La valutazione di impatto ambientale è espressione di ampia discrezionalità tecnico amministrativa da parte dell'amministrazione (da ultimo Cons. Stato, sez. IV, n. 3597 del 2021; conformi *ex multis* sent. n. 7917 del 2020; sent. n. 1640/2012) e deve prendere in considerazione tutte le evidenze ambientali rilevanti ai sensi del decreto legislativo n. 152 del 2006, senza limitare l'analisi alla eventuale presenza di un singolo bene oggetto di uno specifico vincolo, ben potendo la suddetta valutazione espandersi all'ambiente circostante, oltre il ristretto perimetro del bene culturale in questione, come correttamente affermato nel provvedimento impugnato; al riguardo è stato chiarito che, nel rendere il giudizio di valutazione di impatto ambientale, l'amministrazione esercita una amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica *tout court* sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti; la natura schiettamente discrezionale della decisione finale risente dunque dei suoi presupposti sia sul versante tecnico che amministrativo. Le posizioni soggettive delle persone e degli enti coinvolti nella procedura sono pacificamente qualificabili in termini di interesse legittimo ed è altrettanto assodato che le relative controversie non rientrano nel novero delle tassative ed eccezionali ipotesi di giurisdizione di merito sancite oggi dall'art. 134 c.p.a. (cfr., sotto l'egida della precedente normativa, identica *in parte qua*, Cons. St., ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1).

Premesso che a seguito della storica decisione di questo Consiglio (cfr. sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601), è pacifico che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione possa svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da

quest'ultima, sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo, è necessario precisare che il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto *extrinsecus*, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'amministrazione.

Sulla scorta di ricevuti principi (cfr. negli esatti termini, Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, nn. 2312 e 2313; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 175; Cons. St., sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 871), cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co.1, e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.:

a) la sostituzione, da parte del giudice amministrativo, della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità dell'amministrazione costituisce ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla p.a., quand'anche l'eccesso in questione sia compiuto da una pronuncia il cui contenuto dispositivo si mantenga nell'area dell'annullamento dell'atto;

b) in base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, solo l'amministrazione è in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure;

c) conseguentemente, il sindacato sulla motivazione delle valutazioni discrezionali:

c.i) deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti;

c.ii) non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa;

c.iii) deve tenere distinti i profili meramente accertativi da quelli valutativi (a più alto tasso di opinabilità) rimessi all'organo amministrativo, potendo esercitare più penetranti controlli, anche mediante c.t.u. o verifica, solo avuto riguardo ai primi.

Da quanto esposto deriva l'inammissibilità delle censure – che impingono nel merito amministrativo - mosse dalla Erg avverso le valutazioni altamente discrezionali compiute dal Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, con riguardo alla visibilità dei nuovi e più alti aerogeneratori e la loro idoneità a “spezzare” il panorama visivo da determinati punti di interesse, avendo la ricorrente basato il proprio ragionamento non su evidenti e macroscopici errori valutativi compiuti dall'amministrazione, quanto piuttosto sulla riduzione “*dell'effetto selva*”, riduzione che in quanto tale (seppur auspicabile) non è tuttavia idonea a far emergere i lamentati profili di eccesso di potere nelle valutazioni compiute dal Ministero preposto alla cura del paesaggio e delle matrici culturali ivi insistenti.

15.4.2. - Il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo ha evidenziato, in linea generale, la sua missione di tutela e di recupero dei valori culturali espressi dal paesaggio, in sintonia con quanto previsto dall'art. 131, comma 4, del d.lgs. n. 42 del 2004, non potendosi argomentare – come sembra erroneamente fare la ricorrente – che la costruzione di nuovi parchi eolici (anche se presentata come ammodernamento di precedenti installazioni) sia attualmente il modo migliore per invertere “*i nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati*” ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 42 del 2004.

15.4.3. - Il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, nella salvaguardia dei contesti archeologici, ha condivisibilmente ritenuto di non limitare l'analisi di compatibilità del parco eolico e dei suoi aerogeneratori alla sola tangenza fisica con i siti archeologici, reputando degno di tutela anche il contesto di giacenza dei siti stessi, essendo precipuo dovere del menzionato Ministero quello di perseguire la più efficace cura e tutela dei valori culturali e storici propri delle aree sottoposte a vincolo archeologico; a tal fine è richiesta una valutazione unitaria e complessiva dell'intera area vincolata, per verificare la compatibilità della realizzazione di un parco eolico da far sorgere in aree limitrofe, proprio sulla base degli impatti sull'intero contesto di giacenza, all'esito di una necessaria valutazione di sintesi, senza che a tale necessaria valutazione possa ostare il fatto della preesistenza di un parco eolico (di taglia più piccola) sull'area interessata, almeno tutte le volte in cui – come nel presente caso – l'asserito ammodernamento del parco eolico si traduca nella realizzazione di torri di altezza più che raddoppiata (da 76 a 180 metri), con il necessario raddoppio delle relative fondazioni e basamenti e con il maggior impatto sul paesaggio circostante che ne deriva.

15.4.4. - L'assistenza archeologica, se è idonea a garantire la gestione di eventuali ritrovamenti in corso d'opera, è comunque irrilevante ai fini dell'assentibilità del progetto, tutte le volte in cui, come nel presente caso, la stessa esistenza del più alto ed impattante aerogeneratore è idonea di per sé a compromettere il bene archeologico tutelato, come evidenziato nel gravato parere istruttorio; risulta esente dai lamentati profili di illegittimità la valutazione compiuta dal Ministero circa la non mitigabilità dei nuovi aerogeneratori, data la loro oggettiva e rilevante altezza (180 metri), sia sotto il profilo paesaggistico, sia sotto il profilo archeologico, in quanto, come già esposto, la presenza di un archeologo, può mitigare il rischio archeologico in sede di realizzazione del parco eolico, ma non fa venir meno il rilevante impatto negativo sul contesto di giacenza dei siti archeologici; inoltre 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.

15.4.5. - Non è possibile riscontrare alcun eccesso di potere laddove il Ministero, nel gravato parere istruttorio, nel valutare l'impatto visivo degli aerogeneratori ai fini della tutela del paesaggio, ha tenuto conto delle future segnalazioni cromatiche e luminose che dovranno essere apposte per la sicurezza aerea, considerato che la doverosità delle suddette segnalazioni non esime né esonera il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo dal valutarle, ai fini della migliore tutela del paesaggio, che può essere compromesso dalle dette segnalazioni cromatiche e luminose.

15.4.6. - Non risulta manifestamente illogica la decisione compiuta dall'amministrazione, nell'esercizio della sua ampia discrezionalità *in subiecta materia*, laddove ha ritenuto non idonea l'alternativa progettuale presentata dalla ricorrente (circa la rinuncia ad alcuni aerogeneratori), non venendo meno il rilevante impatto negativo sul paesaggio circostante.

15.4.7 - 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.

16. In definitiva l'appello deve essere respinto.

17. Le spese di lite del presente giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 146/2021, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del presente giudizio, liquidate in euro 10.000,00 (diecimila), oltre IVA, CPA e spese generali al 15%, se dovuti, in favore di ciascuna delle due parti costituite in giudizio (Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo e Regione autonoma della Sardegna).

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

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

Vito Poli, Presidente

Luca Lamberti, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Michele Pizzi

IL PRESIDENTE

Vito Poli

IL SEGRETARIO
