

ENERGIA: Impianto eolico - Impugnazione D.G.R. Campania n. 533/2016 - Concetto di carico insediativo medio regionale e previsione di un limite di “saturazione” del territorio regionale in contrasto con l’art. 12, co. 10, d.lgs. n. 387/03 - Art. 15 l.r. n. 6/2016 - Possibilità di introdurre limiti solo in relazione a situazioni specifiche del territorio - Ritardo nell’adozione degli atti di competenza regionale - Contraddittorietà rispetto al parere favorevole con il quale si era già concluso il procedimento di valutazione d’impatto ambientale regionale – Omessa considerazione delle osservazioni in sede di contraddittorio procedimentale ex art. 10 bis l. n. 241 del 1990 s.m.i. - Illegittimità dell’opposto diniego di a.u.

Cons. Stato, Sez. IV, 24 ottobre 2022, n. 9038

1. “[...] La Corte costituzionale si è espressa sulle disposizioni in argomento chiarendo che: “Non appartiene invece alla competenza legislativa della stessa Regione la modifica, anzi il rovesciamento, del principio generale contenuto nell’art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003. [...]» (Corte costituzionale sentenza n. 224 del 2012) cosicché è consentito alla Regione, (Corte costituzionale con sentenza n. 13 del 2014), soltanto di “individuare, caso per caso, «aree siti non idonei», avendo specifico riguardo alle diverse fonti e alle diverse taglie di impianto, in via di eccezione e solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti.” Nel caso in esame la Regione Campania ha previsto il limite generale di cinque volte il carico insediativo medio regionale, come limite di saturazione del territorio comunale per cui, trattandosi di un divieto generalizzato (contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado), sussiste la violazione delle disposizioni rubricate nel significato chiarito dalla Corte costituzionale [...]”.

2. “[...] l’art. 15 della l.r. n. 6 del 2016 [...] attribuisce alla Regione la competenza a stabilire i criteri e a individuare le aree non idonee alla realizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica di potenza superiore a 20 kw., fissando determinati paletti nelle lettere da a) ad f).

[...] i provvedimenti impugnati hanno esondato rispetto alla norma attributiva del potere regionale poiché hanno previsto [...] un limite generale alla realizzazione di impianti da fonte eolica valevole sull’intero territorio regionale laddove la disposizione dell’art. 15 ha previsto la possibilità di introdurre limiti in relazione a situazioni specifiche del territorio [...]”.

3. “[...] la ricorrente ha censurato l’“anomalo andamento” del procedimento della domanda di autorizzazione presentata il 14 giugno 2007, poiché la Regione avrebbe ritardato l’adozione degli atti di propria competenza con il risultare di assoggettare l’autorizzazione alla nuova disciplina

regionale sopra indicata in tal modo applicando retroattivamente la disciplina successivamente emanata rispetto alla presentazione dell'istanza da parte dell'interessata [...].

E' [...] quindi evidente la contraddittorietà del provvedimento finale rispetto al parere favorevole con il quale si era già concluso il procedimento di valutazione d'impatto ambientale regionale senza che del diverso avviso sia stata fornita una motivazione specifica in quanto la Regione si è limitata a dare automatica applicazione del limite sopravvenuto costituito dal concetto di "saturazione" del Comune in questione [...]

4. *"[...] Risulta [...] fondato anche il primo dei motivi aggiunti con il quale viene censurato – anche alla luce della lunghezza temporale assunta dal procedimento amministrativo - l'operato dell'Amministrazione per non avere preso in considerazione le osservazioni presentate dalla ricorrente in sede di contraddittorio procedimentale ex art. 10 bis l. n. 241 del 1990 s.m.i.*

La nota prot. [...] non ha motivato in ordine a quanto osservato dalla ricorrente ma ha genericamente richiamato gli stessi atti già indicati nel provvedimento di rigetto e ha apoditticamente riferito di non ritenere accoglibili le osservazioni rese dalla ricorrente [...]".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Campania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2022 il consigliere Emanuela Loria;

Viste le conclusioni delle parti presenti, o considerate tali ai sensi di legge, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'oggetto del presente contenzioso è costituito:

a) dalla deliberazione della Giunta Regionale n. 533 del 4 ottobre 2016, pubblicata sul BURC n. 77 il 21 novembre 2016, avente ad oggetto "*Criteria per la individuazione delle aree non idonee all'installazione di impianti eolici con potenza superiore a 20 kw, ai sensi del comma 1 dell'art.15 legge regionale 5 aprile 2016*";

b) il decreto dirigenziale n. 442 del 5 dicembre 2016, con il quale sono stati individuati i Comuni le cui aree risultano "sature" e, quindi non idonee all'installazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica;

c) la delibera della Giunta regionale n. 532 del 4 ottobre 2016, pubblicata sul BURC n. 77 il successivo 21 novembre 2016, avente ad oggetto "*Art.15 legge regionale 5 aprile 2016*."

Approvazione degli indirizzi per la valutazione degli impatti cumulativi di impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica di potenza superiore a 20 KW”;

d) la comunicazione di rigetto dell’istanza di rilascio “dell’autorizzazione unica ex art. 12 D.lgs. 387/2003 e ss.mm.ii, per la realizzazione di un impianto Eolico per la produzione di energia elettrica, proposto dalla Società Macchialupo, Prot. 2016.0803096 del 09 dicembre 2016, comunicato a mezzo pec” (atti tutti impugnati con il ricorso introduttivo di primo grado);

e) la nota del 30 gennaio 2017 prot. n. 61671 di risposta alle osservazioni al preavviso di rigetto, impugnata con i motivi aggiunti.

1.1. La ditta Macchialupo s.r.l. (la società) ha impugnato dinanzi al T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, i provvedimenti sopra indicati articolando tre motivi con il ricorso introduttivo e due con l’atto in aggiunta:

I. Violazione e/o falsa applicazione di legge con particolare riferimento al d.lgs. 387/2003, al d.m. 10 settembre 2010. Violazione e falsa applicazione di legge con particolare riferimento agli articoli 3,41,77,97 e 117 della Carta Costituzionale. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche. Violazione della sentenza n. 13 del 30 gennaio 2014 della Corte Costituzionale.

La deliberazione della Giunta regionale del 4 ottobre 2016 n. 533 sarebbe illegittima poiché emanata in violazione del d.lgs. n. 387 del 2003 e del d.m. del 10 settembre 2010.

Infatti, la Regione eccedendo dai limiti stabiliti dal legislatore statale, avrebbe prescritto che la costruzione di nuovi aerogeneratori debba essere esclusa in tutti i comuni con una densità di impianti pari o superiore a 0,4 MW per chilometro quadrato imponendo un vincolo ulteriore non consentito dalla legge nazionale da applicarsi in via generale su tutto il territorio regionale, in violazione dei principi fondamentali della legislazione statale e comunitaria di riferimento come interpretati dalla Corte costituzionale in particolare con la sentenza n. 13 del 30 gennaio 2014.

Inoltre la deliberazione suindicata violerebbe anche i principi in materia di concorrenza tutelati ex artt. 3, 97 e 117 della Costituzione poiché incide negativamente sugli obiettivi di produzione di energia da fonte rinnovabile previsti dall’articolo 13 della direttiva CE 2009/28/CE del 23 aprile 2009.

Alla illegittimità della deliberazione n. 533 del 2016 conseguirebbe l’illegittimità derivata della successiva delibera di individuazione delle aree sature e conseguentemente della Comunicazione prot. 2016.0803096 del 9 dicembre 2016 di rigetto dell’istanza di autorizzazione avanzata dalla ricorrente, poiché localizzata su aree in proprietà ricadenti nel comune di Lacedonia, “*comune individuato tra quelli saturi*” ai sensi della d.G.R. n. 533 del 2016.

II. Violazione e/o falsa applicazione di legge con particolare riferimento alla legge regionale n. 6/2016. Carenza di potere. Contraddittorietà ed eccesso di potere.

I provvedimenti impugnati si palesano illegittimi sotto l'ulteriore profilo della violazione di legge con riferimento alla l.r. n. 6 del 2016 di cui il provvedimento avrebbe dovuto costituire applicazione.

La norma regionale contenuta nell'art. 15 della l.r. n. 6 del 2016 sulla base della quale è stata adottata la D.G.R. n. 533 del 2016, non avrebbe previsto la facoltà di introdurre un limite generale alla realizzazione di impianti da fonte eolica valevole sull'intero territorio regionale, per cui, avendo l'amministrazione regionale, con gli atti impugnati introdotto un limite generale non prescritto dalla norma attributiva del potere di adozione della Delibera di Giunta regionale, quest'ultima risulterebbe illegittima sotto il profilo dell'eccesso di potere e della violazione di legge.

III. Violazione e/o falsa applicazione di legge con particolare riferimento alla legge 241/90. Violazione dei diritti partecipati degli interessati. Violazione del principio del giusto procedimento. Violazione del principio di irretroattività degli atti.

L'Amministrazione, in violazione di legge ed eccesso di potere, avrebbe immotivatamente prolungato i tempi del procedimento iniziato con la istanza del 14 giugno 2007, ritardando l'adozione degli atti di propria competenza al fine di assoggettare l'autorizzazione alla nuova disciplina regionale (impugnata) che la società ritiene essere illegittima per le ragioni spiegate nei motivi n. I e II.

IV. Violazione e/o falsa applicazione di legge con particolare riferimento all'art. 10 bis della legge 241 del 1990. Divieto di irretroattività degli atti amministrativi. Violazione e/o falsa applicazione di legge con particolare riferimento al d.lgs. 387/2003, al d.m. 10 settembre 2010 ed agli articoli 3, 41, 77, 97 e 117 della Carta Costituzionale in relazione agli atti presupposti al provvedimento impugnato – rinvio -. Violazione della sentenza n. 13 del 30 gennaio 2014 della Corte Costituzionale. (I. motivo dei motivi aggiunti)

La nota prot. 61671/2017 impugnata con i motivi aggiunti è, nella sostanza, meramente confermativa della nota prot. 2016 08003096 del 9 dicembre 2016 impugnata con il ricorso introduttivo per cui l'Amministrazione avrebbe omesso di valutare le circostanze che la società ha posto in evidenza in sede di osservazioni *ex art. 10 bis l. n. 241 del 1990 s.m.i.*

Apparirebbe evidente, sotto tale profilo l'illegittimità del provvedimento impugnato avendo l'amministrazione omesso, in concreto, di valutare le osservazioni *ex art. 10 bis l. 241 del 1990.*

V. *Violazione e/o falsa applicazione di legge con particolare riferimento alla legge n. 241 del 1990 sotto altro profilo. Difetto di istruttoria. Divieto di irretroattività degli atti amministrativi.* (II motivo m.a.)

La ricorrente ha presentato l'istanza di avvio del procedimento di autorizzazione per l'installazione e l'esercizio di un nuovo impianto di produzione di energia elettrica il 14 giugno 2007.

Il 23 dicembre 2009, inerte la Regione, veniva protocollata la "*domanda di avvio della procedura di VIA*" presso il Servizio di Valutazione di Impatto Ambientale.

Solamente il 24 maggio 2016, a distanza di oltre 5 anni dall'avvio dell'istruttoria, a seguito di innumerevoli istanze, la Commissione VIA esprimeva "*parere favorevole*".

La Regione ometteva la convocazione della conferenza di servizi decisoria fino al 30 novembre 2016.

Il 30 novembre 2016, presso la Giunta Regionale si teneva la Conferenza di Servizi.

Alla data del 30 novembre 2016, data in cui l'amministrazione avrebbe dovuto emettere il provvedimento di conclusione del procedimento, il Decreto Dirigenziale n. 442/2016, non ancora pubblicato, non era efficace.

Il 5 dicembre 2016, infatti, veniva pubblicato sul BURC il Decreto Dirigenziale n. 442/2016 recante oggetto "*DGR n. 533 del 4/10/2016 – Individuazione Comuni Saturi*" anch'esso impugnato con il ricorso principale.

L'Amministrazione avendo omesso di provvedere in sede di conferenza avrebbe posticipato l'emanazione del provvedimento, finendo, in tal modo, per cercare di conferire illegittima efficacia retroattiva al decreto medesimo.

VI. *Illegittimità derivata del provvedimento per illegittimità degli atti ad esso presupposti, già impugnati con il ricorso principale.* (III motivo m.a.)

Il provvedimento impugnato con i motivi aggiunti, essendo meramente confermativo dei provvedimenti già impugnati con il ricorso principale, in ragione delle illegittimità degli atti ad esso presupposti sarebbe a sua volta viziato per illegittimità derivata dagli atti stessi.

1.3. L'adito T.a.r. ha respinto l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla Regione Campania per la mancata impugnativa della delibera della Giunta regionale n. 532 del 2016, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti e ha compensato le spese del giudizio.

2. Con l'appello in esame la società ha sostanzialmente riproposto i motivi articolati in primo grado (da pag. 10 a pag. 16 dell'atto di appello).

2.1. Si è costituita in giudizio la Regione Campania, depositando apposita memoria il 7 aprile 2022 con la quale ha, in primo luogo, eccepito l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, in considerazione del fatto che la disposizione impugnata dalla ricorrente (ed anche delle altre), contenuta nella deliberazione della Giunta regionale n. 533 del 4 ottobre 2016, relativa all'indice di saturazione, successivamente alla proposizione del ricorso è stata annullata dal medesimo T.a.r. (sentenze nn. 7144/18, 7145/18, 7147/18).

Sotto altro profilo il gravame sarebbe altrettanto improcedibile poiché, con la legge regionale n. 5 del 29 giugno 2021, è stata modificata la legge regionale n. 37 del 2018 ed è stata data attuazione alle nuove disposizioni con l'avviso pubblico contenuto nel decreto dirigenziale n. 265 del 29 luglio 2021 e con il decreto dirigenziale n. 100 del 9 settembre 2021, il cui art. 1 ha previsto che i soggetti proponenti avrebbero dovuto manifestare espressamente l'interesse alla prosecuzione del procedimento entro il termine del 28 gennaio 2022 secondo le modalità dell'art. 3 comma 2 delle stesse specifiche tecniche; in assenza di tale manifestazione d'interesse sarebbero state considerate archiviate senza ulteriore formalità.

Pertanto, non avendo la società manifestato, secondo i termini e le modalità indicate nel decreto sopra indicato, l'interesse al prosieguo del procedimento, la relativa istanza dovrebbe essere considerata archiviata e quindi il ricorso risulterebbe improcedibile.

2.2. La società ha depositato memoria *ex art. 73 c.p.a.* in data 8 aprile 2022 e memoria di replica in data 21 aprile 2022; con quest'ultima, in particolare, ha rappresentato che sussiste ancora l'interesse alla decisione della causa nel merito giacché l'intervenuta declaratoria di illegittimità della deliberazione n. 533 del 2016 e del successivo decreto n. 442 del 2016, atti presupposti al provvedimento di rigetto della richiesta di rilascio dell'autorizzazione unica, ed in quanto tali impugnati anch'essi, non ha fatto venire meno l'interesse all'annullamento del diniego con conseguente riapertura del procedimento e successivo rilascio dell'autorizzazione, ma al contrario costituirebbero prova della fondatezza dell'appello.

3. Alla pubblica udienza del giorno 12 maggio 2022 la causa è stata spedita in decisione.

4. Preliminarmente il Collegio osserva che va respinta l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dalla difesa regionale nella memoria del 7 aprile 2022, in considerazione del fatto che – come argomentato dall'appellante che si è opposta alla eccezione di improcedibilità manifestando il proprio interesse alla decisione del gravame – la legge regionale n. 5 del 2021, pubblicata il 29 giugno 2021, si riferisce ai procedimenti *“non conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge e i procedimenti amministrativi avviati dopo tale data”*.

L'istanza della interessata è stata presentata il 29 giugno 2021 e il relativo procedimento si è concluso, con l'emanazione del provvedimento impugnato, il 9 dicembre 2016 per cui il procedimento, alla data di pubblicazione della legge regionale, era stato concluso dalla Regione Campania da oltre quattro anni determinando la impossibilità di applicare alla richiamata istanza il regime della c.d. "tagliola".

5. In via ulteriormente preliminare si osserva che l'appellante ha riproposto con l'atto di appello i motivi già proposti dinanzi al T.a.r..

Conseguentemente, a seguito dell'appello e della sostanziale riproposizione da parte dell'appellante dei motivi già proposti dinanzi al primo giudice, è riemerso l'intero *thema decidendum* del giudizio di primo grado, per cui, per linearità espositiva, saranno prese in esame direttamente le censure poste a sostegno del ricorso proposto in prime cure (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 1130 del 2016; sez. V, n. 5865 del 2015; sez. V, n. 5868 del 2015), non potendo trovare ingresso eventuali censure nuove proposte per la prima volta in questa sede in violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a..

6. Con il primo motivo è stata censurata la deliberazione della Giunta Regionale n. 533 del 4 ottobre 2016 poiché ha introdotto il concetto di carico insediativo medio regionale e ha previsto un generale limite di "saturazione" del territorio regionale per tutti i Comuni con un rapporto Mega Watt/ mq pari a 5 volte il carico insediativo regionale in contrasto con quanto previsto dall'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003.

Inoltre, con il successivo decreto n. 442 del 2016, sono stati elencati i Comuni il cui rapporto è superiore al carico insediativo regionale prescrivendo il divieto generale di autorizzare impianti da fonti rinnovabili in tutto il territorio di questi Comuni.

6.1. Il motivo è fondato.

La Corte costituzionale si è espressa sulle disposizioni in argomento chiarendo che: "*Non appartiene invece alla competenza legislativa della stessa Regione la modifica, anzi il rovesciamento, del principio generale contenuto nell'art. 12, comma 10, del d.lgs. n. 387 del 2003. [...]»* (Corte costituzionale sentenza n. 224 del 2012) cosicché è consentito alla Regione, (Corte costituzionale con sentenza n. 13 del 2014), soltanto di "*individuare, caso per caso, «aree siti non idonei», avendo specifico riguardo alle diverse fonti e alle diverse taglie di impianto, in via di eccezione e solo qualora ciò sia necessario per proteggere interessi costituzionalmente rilevanti.*"

Nel caso in esame la Regione Campania ha previsto il limite generale di cinque volte il carico insediativo medio regionale, come limite di saturazione del territorio comunale per cui, trattandosi

di un divieto generalizzato (contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado), sussiste la violazione delle disposizioni rubricate nel significato chiarito dalla Corte costituzionale.

7. Con il secondo motivo è stata censurata la violazione di legge dei provvedimenti impugnati con riferimento all'art. 15 della l.r. n. 6 del 2016.

Tale disposizione attribuisce alla Regione la competenza a stabilire i criteri e a individuare le aree non idonee alla realizzazione degli impianti di produzione di energia elettrica da fonte eolica di potenza superiore a 20 kw., fissando determinati paletti nelle lettere da a) ad f).

Anche sotto questo profilo i provvedimenti impugnati hanno esondato rispetto alla norma attributiva del potere regionale poiché hanno previsto – come si è detto – un limite generale alla realizzazione di impianti da fonte eolica valevole sull'intero territorio regionale laddove la disposizione dell'art. 15 ha previsto la possibilità di introdurre limiti in relazione a situazioni specifiche del territorio.

8. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo e il secondo dell'atto in aggiunta la ricorrente ha censurato l'“*anomalo andamento*” del procedimento della domanda di autorizzazione presentata il 14 giugno 2007, poiché la Regione avrebbe ritardato l'adozione degli atti di propria competenza con il risultato di assoggettare l'autorizzazione alla nuova disciplina regionale sopra indicata in tal modo applicando retroattivamente la disciplina successivamente emanata rispetto alla presentazione dell'istanza da parte dell'interessata.

8.1. I motivi sono fondati.

In proposito basti rilevare che:

- il 24 maggio 2016 la Commissione VIA regionale ha valutato il progetto di impianto in questione e ha rilasciato parere favorevole all'installazione;
- il 4 ottobre 2016 la Giunta regionale, su proposta della competente direzione generale, ha emanato la deliberazione n. 533 del 2016;
- l'11 novembre 2016 è stata convocata la Conferenza di servizi che si è svolta il successivo 30 novembre;
- il 5 dicembre 2016 è stato pubblicato il d.d. n. 442 del 2016 che ha individuato i “*Comuni Saturi*” ai sensi della D.G.R. n. 533 del 4 ottobre 2016;
- il 9 dicembre 2016 è stato adottato il provvedimento conclusivo che è stato motivato proprio con riferimento alla circostanza per cui l'impianto ricadrebbe nel territorio del Comune di Lacedonia che è stato ricompreso nella categoria dei “*Comuni Saturi*”.

E' quindi evidente la contraddittorietà del provvedimento finale rispetto al parere favorevole con il quale si era già concluso il procedimento di valutazione d'impatto ambientale regionale senza che del diverso avviso sia stata fornita una motivazione specifica in quanto la Regione si è limitata a

dare automatica applicazione del limite sopravvenuto costituito dal concetto di “*saturazione*” del Comune in questione.

9. Risulta peraltro fondato anche il primo dei motivi aggiunti con il quale viene censurato – anche alla luce della lunghezza temporale assunta dal procedimento amministrativo - l’operato dell’Amministrazione per non avere preso in considerazione le osservazioni presentate dalla ricorrente in sede di contraddittorio procedimentale *ex art. 10 bis* l. n. 241 del 1990 s.m.i.

La nota prot. 6171/2017 non ha motivato in ordine a quanto osservato dalla ricorrente ma ha genericamente richiamato gli stessi atti già indicati nel provvedimento di rigetto e ha apoditticamente riferito di non ritenere accoglibili le osservazioni rese dalla ricorrente.

10. La trattazione del terzo motivo aggiunto può essere assorbita poiché con esso è stata rilevata la illegittimità derivata dell’atto impugnato per tutti i motivi già sopra ritenuti fondati e pertanto accolti.

11. Alla luce delle suindicate motivazioni l’appello va accolto e, in riforma della impugnata sentenza, vanno accolti il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado.

12. Le spese del doppio grado di giudizio seguono, come di regola, il criterio della soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull’appello r.g.n. 3654/2018, lo accoglie e, per l’effetto, accoglie il ricorso di primo grado con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Condanna la Regione Campania al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio che liquida a favore dell’appellante nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila) oltre accessori come per legge se dovuti (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022 con l’intervento dei magistrati:

Francesca Quadri, Presidente

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Emanuela Loria

IL PRESIDENTE

Francesca Quadri

IL SEGRETARIO