

Rassegna monotematica di giurisprudenza su “Procedimento per il rilascio dell’autorizzazione unica ai sensi dell’art. 12, comma 3, del d. lgs. n. 387/2003”.

L’articolo 12, comma 3, del d.lgs. n. 387 del 2003, recita: *“La costruzione e l’esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell’ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico. A tal fine la Conferenza dei servizi è convocata dalla regione entro trenta giorni dal ricevimento della domanda di autorizzazione. L’autorizzazione è rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le Amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. Il rilascio dell’autorizzazione costituisce titolo a costruire ed esercire l’impianto in conformità al progetto approvato. Gli impianti di produzione di energia elettrica possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici. Nell’ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale. In Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del Ministro per i beni e le attività culturali, si approvano le linee guida per lo svolgimento del procedimento. Tali linee guida sono volte, in particolare, ad assicurare un corretto inserimento degli impianti, con specifico riguardo agli impianti eolici, nel paesaggio. In attuazione di tali linee guida, le regioni possono procedere alla indicazione di aree e siti non idonei alla installazione di specifiche tipologie di impianti. Le regioni adeguano le rispettive discipline entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore delle linee guida. In caso di mancato adeguamento entro il predetto termine, si applicano le linee guida nazionali”.*

1. Normativa regionale in contrasto con la disciplina statale di cui all’art. 12 del d. lgs. n. 387/2003.

Le linee guida regionali (nella specie D.G.R. 1074/2009 in b.u.r. Molise 1 dicembre 2009, n. 29 adottata dalla Giunta della Regione Molise) che, in palese contrasto con la normativa nazionale, prescrivono il rilascio anticipato delle autorizzazioni paesaggistiche prima della indizione della conferenza di servizi devono ritenersi adottate in carenza di potere non avendo la Regione la potestà

di disciplinare autonomamente il procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica in quanto attinente ai principi fondamentali della materia "trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" e come tale rimessa alla competenze legislativa statale (TAR Molise n. 109/2011 e n. 730/2011). Nello stesso senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato afferma la "non applicabilità" della normativa regionale in contrasto con la legge statale, sulla scorta di una costante giurisprudenza della Corte Costituzionale (cfr., tra le tante, Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 364 e 4 giugno 2010, n. 194) (così Cons. Stato, VI, n. 3039/2012¹).

Una fattispecie di contrasto tra disciplina regionale e disciplina statale in materia di divieti localizzativi di impianti eolici in zone ZPS è stata affrontata da TAR Molise con sentenza n. 457/2013 che ha fatto ricorso al potere di disapplicazione².

Per Cons. Stato, V, n. 4768/2012 in ragione del favor della normativa europea sulle fonti energetiche rinnovabili e degli impegni assunti con il protocollo di Kyoto, al legislatore nazionale, vuoi statale vuoi regionale, è preclusa la possibilità di introdurre un limite massimo alla produzione di energia elettrica rinnovabile: di conseguenza, in virtù altresì del principio della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, deve essere disapplicato l'art. 3 L.R. 26 aprile 2006, n. 9, Basilicata, che pone un limite massimo alla produzione di energia elettrica derivante da fonte eolica e devono essere annullati i provvedimenti amministrativi di diniego della autorizzazione unica per la realizzazione e l'esercizio di un impianto di energia elettrica di fonte eolica.

¹ Si legge, al riguardo, nella motivazione: "Infatti, riguardo alla fonte che a dire delle imprese e della Regione legittimerebbe un tale innesto di procedimenti (il d.G.R. 16 novembre 2009, n. 1074, in b.u.r. Molise 1 dicembre 2009, n. 29), va considerato che, trattandosi come ricordato di previsione legislativa statale, per i principi generali sulla gerarchia delle fonti non è idonea a derogarvi – a parte ogni questione di competenza e di efficacia nel tempo – e va perciò non applicata dal giudice (cfr. Cons. Stato, IV, 8 luglio 2003, n. 4051; VI, 25 giugno 2007, n. 3561; VI, 3 ottobre 2007, n. 5098; VI, 29 maggio 2008, n. 2536; V, 4 marzo 2008, n. 889; VI, 2 marzo 2009, n. 1169) una mera deliberazione di Giunta regionale, quale detta d.G.R. n. 1074 del 2009 che, nel porre con previsioni generali e astratte e perciò normative, le linee guida regionali per lo svolgimento del procedimento unico dell'art. 12, comma 3, patentemente innova alla legge stessa. Essa infatti per le aree paesisticamente vincolate continua a prevedere, e come presupposto, anche l'autorizzazione paesaggistica, seppur "integrandola" nel procedimento unico (artt. 5, comma 1, lett. e) e 4 dell'allegato). Né, per la giurisprudenza costituzionale, la regione è abilitata a derogare all'assetto delineato dalla norma di principio fondamentale dell'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 (cfr. Corte cost., 4 giugno 2010, n. 194, riguardante la stessa Regione Molise; 15 giugno 2011, n. 192)".

² I divieti localizzativi previsti, in via generale, dall'art. 5 del D.M. 17.10.2007, "contenendo misure minime di conformazione dell'ordinamento nazionale a quello comunitario, devono essere considerati inderogabili; inoltre, la materia dell'ambiente è riservata alla competenza esclusiva dello Stato (cfr.: Corte Cost. sentenza n. 104 del 18.4.2008), sicché la legislazione regionale non può introdurre previsioni derogatorie della disciplina statale. Ne discende che le previsioni delle linee guida regionali adottate con deliberazione del 16 novembre 2009, n. 1074 devono ritenersi illegittime nella parte in cui, contravvenendo al disposto di cui al citato D.M., esentano dal regime vincolistico i procedimenti autorizzatori avviati prima dell'entrata in vigore della legge regionale n. 22/2009, anziché i soli procedimenti avviati prima dell'entrata in vigore del decreto ministeriale, modificando in tal modo la disciplina statale intertemporale e la regola di bilanciamento tra "ius superveniens" e tutela dell'affidamento posta dal legislatore statale.

Giammai, pertanto, la ricorrente avrebbe potuto giovare di tale previsione regolamentare introdotta dalla Giunta regionale, pena la localizzazione di un impianto in violazione della normativa statale di riferimento introdotta in materia non solo riservata alla competenza statale e, soprattutto, varata in adempimento di uno specifico obbligo comunitario, con conseguente necessità di disapplicazione della fonte regolamentare regionale sottordinata, ove recante previsioni con quella contrastanti".

2. Individuazione dell'organo periferico del MIBAC competente a partecipare alla conferenza di servizi.

Laddove non ricorra un'ipotesi di concorrenza di competenze plurime, ai sensi dell'art. 17, comma 3, lett. n. del D.P.R. n. 233/2007, non spetta al Direttore regionale del MIBAC partecipare alla conferenza ma il parere dovrà essere reso dalla Soprintendenza preposta alla tutela del vincolo culturale o paesaggistico che, di volta in volta, viene in rilievo; per aversi concorrenza di competenze plurime non è sufficiente una generica rilevanza dell'area anche dal punto di vista archeologico, occorrendo la formale coesistenza del vincolo archeologico con quello paesaggistico (cfr TAR Molise, n. 803/2011).

Peraltro è stato precisato che non sussiste il vizio di incompetenza nelle ipotesi in cui il Direttore regionale del MIBAC si sia limitato, con proprio atto, a recepire integralmente il parere reso dalla Soprintendenza preposta alla tutela del vincolo (nella specie paesaggistico), inviandolo alla conferenza di servizi cui successivamente partecipava il Soprintendente di settore (cfr. TAR Molise n. 54/2011).

La questione appare definitivamente risolta, in senso opposto, da Cons. Stato, VI, n. 1562/2013 che, sul punto, ha precisato quanto segue: *“Ritiene il Collegio che, quanto a tale aspetto, non illegittimamente la Direzione regionale abbia assunto l'onere di esprimere il giudizio, dopo aver acquisito l'avviso della Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici. Sull'area in questione, dichiarata di notevole interesse pubblico con decreto ministeriale dell'11 febbraio 1976 in ragione non solo della eccezionale bellezza paesistica, ma anche della suggestione determinata dai resti delle terme romane e delle opere difensive medievali, sono infatti presenti evidenze archeologiche che, seppure non considerate in un formale provvedimento di vincolo, nondimeno evidenziano l'interesse dello Stato ad una sollecita tutela che postula, anche prima (ed eventualmente in funzione) dell'imposizione di uno specifico vincolo, la più attenta considerazione, resa, a ben vedere, ancora più necessaria proprio dall'assenza di una tutela formalizzata con specifici provvedimenti. Del resto, la partecipazione ai lavori della conferenza è richiesta dall'art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 non in relazione all'esistenza di un vincolo, e del settore dallo stesso presidiato, ma direttamente in relazione all'interesse tutelato dalle singole Amministrazioni: si veda, ad esempio, l'art. 14-bis della legge n. 241 del 1990 che richiede alle “amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla*

tutela della salute e della pubblica incolumità” di pronunciarsi sul progetto di opera pubblica sottoposto all’esame della conferenza “per quanto riguarda l’interesse da ciascuna tutelato”. E’ quindi l’interesse espresso dal contesto, e non il settore vincolato, a determinare la competenza a rendere le valutazioni rilevanti.

Non solo: si deve considerare che la stessa previsione dell’art. 17 comma 3, lett. n) d.P.R. 26 novembre 2007, n. 233 (Regolamento di riorganizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell’articolo 1, comma 404, della legge 27 dicembre 2006, n. 296), come modificato dall’art. 1, comma 1, lett. s) d.P.R. 2 luglio 2009, n. 91, si riferisce al “parere di competenza del Ministero anche in sede di conferenza di servizi, per gli interventi in ambito regionale, che riguardano le competenze di più soprintendenze di settore”; e che le competenze della soprintendenza archeologica, a questo riguardo, non postulano necessariamente l’avvenuta imposizione del vincolo di bene culturale archeologico. A radicare (oltre quella della Soprintendenza per i beni architettonici e paesistici) anche questa “competenza”, vale l’assorbente considerazione che questa competenza si riferisce già a cose che, per la loro particolare natura, sono spesso ancora non compiutamente visibili: è dunque sufficiente la presenza in fatto, materialmente provata, di documentate, diffuse e sufficienti emergenze (come risulta nella specie), tali da denotare nel loro insieme un’effettiva esigenza di specifico vaglio anche di quell’interesse pubblico specifico.

In conclusione, la compresenza sull’area interessata dagli interventi proposti di valori non riconducibili alla sola valenza paesaggistica dà titolo a che ad esprimersi in merito all’autorizzabilità sia – in sede di conferenza di servizi- la Direzione regionale”.

3. Natura obbligatoria della conferenza di servizi prevista dall’art. 12, comma 3, del d. lgs. n. 387/2003.

La conferenza di servizi prevista dall’art. 12, comma 3, del d. lgs. n. 387/2003 ha natura obbligatoria: la sua mancata indizione, come pure la mancata convocazione di amministrazioni titolari per legge di una competenza primaria, non può che comportare l’illegittimità dell’autorizzazione unica in quanto ne risulta frustrata la finalità del legislatore di favorire la composizione degli interessi antagonisti attraverso la predisposizione di una sede unitaria di confronto reputata come la più idonea a superare eventuali ragioni di dissenso o di contrasto (Cons. Stato, VI, n. 2417/2013 e n. 1562/2013; C.G.A.R.S., n. 410/2013 e n. 411/2013; TAR Molise n.

98/2011; TAR Puglia – Lecce, n. 1765/2013; TAR Piemonte, n. 1291/2012). La natura obbligatoria della conferenza di servizi ed il carattere speciale della disciplina di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003 rispetto al procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica previsto dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, è stata affermata anche con riferimento al regime transitorio previsto dall'art. 159 del d. lgs. n. 42/2004 con conseguente irrilevanza, in quanto nulle, delle autorizzazioni paesaggistiche regionali rilasciate prima della conferenza di servizi; inoltre è stata esclusa la consumazione del potere in caso di mancato esercizio del potere di annullamento delle predette autorizzazioni, nel termine di legge, da parte della Soprintendenza, in quanto quest'ultima è tenuta per legge ad esprimersi solo ed esclusivamente in conferenza di servizi (così Cons. Stato, VI, n. 3039/2012).

Il carattere speciale della disciplina di cui all'art. 12, comma 3, del d. lgs. n. 387/2003, anche per ciò che riguarda la valutazione dell'impatto paesaggistico, rispetto a quella ordinaria prevista dall'art. 151 d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*) e poi dagli artt. 159 e 146 del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*) è stato successivamente ribadito da Cons. Stato, sez. VI, n. 4167/2013; sez. VI n. 1562/2013; sez. VI, n. 220/2013; sez. VI n. 5994/2012; sez. VI n. 4400/2012.

4. Provvedimenti adottati al di fuori della conferenza di servizi obbligatoria.

a. La mancata partecipazione del Direttore regionale o del Soprintendente per i beni architettonici e paesaggistici alla conferenza di servizi indetta per l'esame congiunto dell'istanza di rilascio delle autorizzazioni uniche, preclude ai suddetti organi periferici del MIBAC di esercitare, al di fuori di quella sede, il proprio potere di verifica di compatibilità dell'opera con il vincolo paesaggistico, pena la nullità delle determinazioni a tal fine adottate ai sensi dell'art. 14 *quater*, comma 1, della legge n. 241 del 1990 che, qualificando siffatta forma di esercizio del potere amministrativo come "inammissibile", ne tipizza una fattispecie espressa di decadenza; il parere reso in violazione del modulo della conferenza di servizi obbligatoria è *tamquam non esset* (T.A.R. Sicilia Palermo, I, n. 1297/2010 e n. 578/2010, TAR Sicilia Palermo, II, n. 828/2013, n. 830/2013, n. 831/2013 nonché C.G.A.R.S. ordinanza 14 ottobre 2009, n. 1032 e 11 aprile 2008, n. 295; TAR Molise sentenze n. 730/2011, n. 98/2011, n. 109/2011, n. 314/2011, n. 585/2012; TAR Piemonte, n. 1291/2012).

b. Stante la complessità delle valutazioni rimesse in materia alle Soprintendenze, non è tuttavia escluso che prima della conferenza di servizi il Soprintendente possa predisporre ed eventualmente

inviare all'organo regionale precedente uno schema di parere; al riguardo è stato precisato che per potersi ritenere rispettato il precetto normativo che fa obbligo al Soprintendente di esprimersi "in via definitiva, in sede di conferenza di servizi" e quello complementare secondo cui il parere in questione debba, a pena di inammissibilità, essere manifestato nella conferenza di servizi, è necessario che il parere eventualmente predisposto dal Soprintendente prima della conferenza, al fine di assicurare una ponderata disamina degli elementi istruttori in suo possesso, assuma i caratteri di una "proposta di parere", suscettibile di incondizionata confutazione nella sede della conferenza ed aperto a possibili modifiche o passibile di motivata conferma alla luce delle emergenze istruttorie introdotte nella sede unitaria di confronto, secondo uno schema dialettico che richiama il modello dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990 (cfr. TAR Molise, n. 555/2012).

Siffatta natura preparatoria è stata tuttavia esclusa allorquando il parere (negativo), redatto prima della conferenza di servizi, sia stato espressamente reso ai sensi dell'art. 146 del d. lgs. n. 42 del 2004, sia stato dichiarato immediatamente vincolante per la struttura regionale e, al contempo, comunicato all'impresa istante che, percependone il carattere lesivo, lo ha immediatamente impugnato, lamentandone fondatamente la illegittimità per violazione del modulo obbligatorio della conferenza di servizi (TAR Molise n. 125/2013).

c. Laddove il parere sia stato reso al di fuori della conferenza di servizi e, soprattutto, non sia stato offerto in comunicazione alla sede conferenziale, dove avrebbe potuto essere discusso, integrato e riveduto alla luce degli ulteriori contributi istruttori ivi introdotti, il suddetto parere deve ritenersi *tamquam non esset* e, come tale, privo di effetti preclusivi rispetto all'ulteriore seguito del procedimento, sicché nessun obbligo di rimettere la decisione finale al Consiglio dei Ministri può configurarsi in tali fattispecie in capo alla Regione Molise che, pertanto, legittimamente adotta il provvedimento di conclusione del procedimento (TAR Molise n. 124/2013 ma già TAR Molise n. 585/2012³).

³ Afferma la sentenza in motivazione: "Non merita condivisione neppure l'affermazione per cui il Servizio Energia della Regione Molise, una volta presa cognizione in data 28.6.2010, successivamente alla conclusione della conferenza di servizi, del parere negativo espresso dagli organi periferici del MIBAC (parere del Soprintendente del 23.6.2010 successivamente recepito dal Direttore regionale con propria nota del 24.6.2010) non avrebbe comunque potuto adottare la determinazione conclusiva del procedimento di autorizzazione unica, sul presupposto che, a fronte della espressione del parere negativo, residuava solo il potere-dovere di rimettere la questione alla cognizione della Presidenza del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 14 quater, comma 3 della legge n. 241 del 1990. Ciò a fortiori in pendenza dell'impugnativa giurisdizionale del suddetto parere da parte della società ricorrente che avrebbe dovuto indurre la Regione a riconvocare la conferenza di servizi.

In senso contrario deve osservarsi, in punto di interpretazione sistematica e logica, che la norma in questione trova collocazione nell'art. 14 quater rubricato "Effetti del dissenso espresso nella conferenza di servizi": l'invocato effetto preclusivo opera pertanto solo in presenza di un parere ritualmente espresso in conferenza di servizi, come del resto prescritto, a pena di inammissibilità, dal precedente comma 1 a mente del quale "Il dissenso di uno o più rappresentanti delle amministrazioni ivi comprese quelle preposte alla tutela...paesaggistico territoriale...a pena di inammissibilità deve essere manifestato nella conferenza di servizi...".

Nel caso di specie il parere è stato reso al di fuori della conferenza di servizi e soprattutto non è stato offerto in comunicazione alla sede conferenziale dove avrebbe potuto essere discusso, integrato e riveduto alla luce degli

d. Se dunque il parere degli organi periferici del MIBAC, reso al di fuori della conferenza di servizi, deve ritenersi radicalmente nullo e l'organo regionale procedente è legittimato a non tenerne conto, essendo *tamquam non esset*, allorquando invece la “proposta di parere” sia stata presentata alla sede conferenziale ma non si tramuti legittimamente nella espressione definitiva dell'atto di assenso/dissenso (ad es. per violazione del principio del dissenso costruttivo), il parere, reso in difformità rispetto allo schema legale disciplinato dall'art. 14 *quater*, deve ritenersi atto meramente annullabile in quanto illegittimo e, in applicazione dei caratteri di esecutività ed esecutorietà dei provvedimenti amministrativi, l'organo regionale procedente dovrà necessariamente tenerne conto o rimettendo la decisione al superiore livello decisionale (Consiglio dei Ministri), laddove non intenda conformarsi al diniego, oppure impugnandolo direttamente al fine di rimuovere l'efficacia preclusiva dell'ulteriore corso dell'iter procedimentale che la legge riconosce al dissenso espresso (TAR Molise, n. 104/2013).

5. Natura del vizio dell'autorizzazione unica rilasciata in contrasto con il parere negativo ritualmente reso dal MIBAC in conferenza di servizi.

Nel caso in cui gli organi periferici del MIBAC abbiano partecipato alla conferenza di servizi ritualmente indetta, rendendo parere negativo, ma l'organo regionale procedente, erroneamente ritenendo il suddetto potere consumato (nella specie per mancato esercizio del potere di annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche regionali previsto dall'art. 159 del d. lgs. n.

ulteriori contributi istruttori ivi introdotti: ne discende che, secondo il richiamato orientamento giurisprudenziale, il suddetto parere deve ritenersi “tamquam non esset” e come tale privo di effetti preclusivi rispetto all'ulteriore seguito del procedimento sicchè nessun obbligo di rimettere la decisione finale al Consiglio dei ministri poteva configurarsi nel caso di specie in capo alla Regione Molise né tanto meno v'era obbligo di attendere l'esito del giudizio relativo ad un parere privo di effetti e come tale ininfluenza sull'iter procedimentale.

Non giova all'amministrazione ricorrente il precedente rappresentato da Cons. Stato, VI, 3039 del 2012 poiché nel caso ivi trattato l'effetto preclusivo all'ulteriore seguito del procedimento e l'obbligo di rimessione della decisione alla Presidenza del Consiglio dei ministri è stato affermato e ricollegato proprio alla rituale manifestazione del dissenso in conferenza di servizi.

Sempre in punto di diritto deve ancora osservarsi che ai sensi dell'art. 14 ter, comma 6 bis, della legge n. 241 del 1990 “All'esito della conferenza di servizi...l'amministrazione procedente...valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede, adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento che sostituisce a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta, o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti alla predetta conferenza”.

Stando al chiaro disposto normativo richiamato, le autorizzazioni uniche adottate dalla Regione Molise devono ritenersi a tutti gli effetti idonee a sostituire l'autorizzazione paesaggistica in quanto gli organi periferici del MIBAC, sebbene ritualmente convocati alla conferenza di servizi, sono risultati assenti sicchè a fortiori deve escludersi che dovesse farsi applicazione dell'art. 14 quater, comma 3 nella parte in cui è prevista l'attrazione della competenza decisoria nel livello istituzionale superiore.

In ogni caso anche in relazione a tale deduzione difensiva il collegio non può esimersi dal rilevarne la inammissibilità poiché ogni possibile profilo di illegittimità relativo all'iter di formazione della decisione inerente al rilascio della autorizzazioni uniche deve ritenersi allo stato precluso dalla sopravvenuta inoppugnabilità di tali provvedimenti in quanto mai impugnati, sebbene ritualmente comunicati agli organi periferici del MIBAC”.

42/2004, nel periodo del c.d. regime transitorio venuto a cessare il 31.12.2009), ritenga di poter concludere favorevolmente il procedimento mediante rilascio dell'autorizzazione unica, è controversa la natura del vizio, se cioè si tratti di mera annullabilità con conseguente onere di tempestiva impugnazione da parte del MIBAC nel termine decadenziale oppure di un'ipotesi di radicale nullità della stessa.

Il Consiglio di Stato, in un primo momento, ha sposato la tesi della nullità per difetto assoluto di attribuzione, sul presupposto che, in presenza di un diniego di assenso da parte della Soprintendenza, comunque reso in sede di conferenza di servizi, si determinerebbe un effetto devolutivo, con conseguente trasferimento della competenza a decidere in capo al Consiglio dei ministri, ove l'organo regionale ritenga di non desistere dall'ulteriore prosieguo del procedimento (così Cons. Stato, VI, n. 3039/2012⁴).

Siffatta tesi è stata successivamente fatto oggetto di rilievi critici sul presupposto che si tratterebbe di un'ipotesi di mera annullabilità tenuto conto che, vigendo il principio della cogestione del vincolo tra autorità statale ed autorità regionale, non potrebbe configurarsi un'ipotesi di incompetenza assoluta bensì relativa e, comunque, non di difetto assoluto di attribuzione si tratterebbe, ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990, ma di carenza di

⁴ Recita sul punto la motivazione: *“Il semplice fatto dell'insorgenza del dissenso qualificato in conferenza di servizi poneva infatti irrimediabilmente fine alla possibilità di esercizio, cioè all'attribuzione, del potere mediante quel modulo e da parte di quell'autorità per assegnarlo ad un'autorità altra e diversa. Sicché cessava (salva l'ipotesi di decisione conforme al dissenso) la sussistenza della capacità che vi ineriva, specie per gli atti conseguenti, e rendeva necessaria la devoluzione, per proseguire nel senso che è stato praticato, a ben altro e distante livello di governo e di modo di confronto degli interessi. Quell'altro livello è di dignità pari a quella dell'implicazione in esso del corrispondente organo costituzionale, e va posto in relazione alla concreta incidenza, manifestata con questo dissenso qualificato del Soprintendente, sul principio fondamentale dell'art. 9 Cost., norma che costituzionalizza e al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione.*

La sottrazione della decisione circa una tale incidenza a quel livello, e alle inerenti modalità e forme di riparto e distribuzione del potere, rappresenta un esercizio di attività amministrativa ormai senza più alcun titolo di competenza e dunque svolta in carenza dell'attribuzione di legge.

Non solo: sempre alla luce dell'art. 21-septies, vi è anche nullità, come ancora testualmente indica l'Amministrazione appellante, delle stesse autorizzazioni uniche regionali per un'insanabile loro manchevolezza strutturale, cioè per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi (che è una forma di mancanza di un'essenziale volontà amministrativa a che la conferenza di servizi possa aver seguito nella direzione dell'istanza). La Regione Molise, una volta emerso in conferenza di servizi - senza pregiudizio proprio in virtù di quella preesistente nullità - il motivato dissenso dell'autorità statale preposta alla tutela dell'interesse paesaggistico e culturale (basato su un apprezzamento che, indipendentemente da qualsiasi questione sul tema - cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9; II, 6 febbraio 2002, n. 2457/2001 -, ratione temporis aveva comunque a quel momento l'ampia latitudine sostanziale prevista dall'art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004 e non più quella dell'ormai inattuale art. 159), era completamente sfornita del potere di adottare la determinazione favorevole conclusiva all'esito dei lavori delle conferenze di servizi. Anziché censurare, senza potere, quell'espressione di dissenso qualificato, come detto essa avrebbe dovuto - per eventualmente superarlo - senz'altro rimettere la questione all'istanza superiore, investita in via esclusiva dalla legge del confronto degli interessi rivelati in conflitto”.

potere in concreto, tenuto conto che proprio l'art. 12 del d. lgs. n. 387/2003 attribuisce alla Regione il potere di rilasciare l'autorizzazione unica (TAR Molise 585/2012⁵).

⁵ Recita la motivazione sul punto; *“Per superare l'evidente inammissibilità della censura la difesa erariale prospetta la tesi della nullità di siffatte autorizzazioni invocando una supposta fattispecie di carenza di attribuzione in capo alla Regione e di difetto di un elemento essenziale della fattispecie complessa autorizzatoria.*

In senso contrario deve rilevarsi che il servizio regionale correttamente non ha rimesso la questione alla superiore istanza decisoria in quanto, come rilevato, nessun effetto preclusivo poteva riconoscersi ad una pronuncia che la legge qualifica espressamente come inammissibile ove non resa nella sede normativamente a ciò deputata, come accaduto nel caso di specie sicchè il meccanismo di deroga alla competenza regionale previsto dall'art. 14 quater, comma 3, non poteva in concreto ritenersi operante.

Ma nel caso di specie giammai potrebbe configurarsi un'ipotesi di nullità aparendo non condivisibile il prospettato vizio di difetto assoluto di attribuzione ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990, dovendosi al più configurare un'ipotesi di mera annullabilità dell'atto per incompetenza relativa.

Anche il criptico riferimento al “difetto di un elemento essenziale della fattispecie complessa autorizzatoria” laddove riferito alla carenza del requisito strutturale dell'assenza di dissensi qualificati non può che configurare un'ipotesi di mera annullabilità attenendo alla volontà procedimentale della determinazione conclusiva della conferenza di servizi.

Circa il regime della nullità dell'atto amministrativo deve infatti rammentarsi come anche di recente il Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957 abbia ribadito che nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità. Gli elementi essenziali del provvedimento il cui difetto ne determina la nullità sono: 1) la totale irriparabilità del provvedimento ad un organo emanante, in modo tale da rendere impossibile l'imputazione degli effetti del medesimo (es. difetto di sottoscrizione); 2) il difetto di identificazione (e di identificabilità) del destinatario nella cui sfera giuridica gli effetti del provvedimento amministrativo sono destinati a prodursi, incidendo un tale difetto sulla tipicità del provvedimento e sulla possibilità per il destinatario di percepirne l'imperatività.

La mancanza degli elementi della volontà e dell'oggetto non determinano, di regola, la nullità del provvedimento ma la sua annullabilità traducendosi, la prima, in vizio del procedimento (in quanto volontà procedimentale) e, la seconda, in un vizio nella cura dell'interesse pubblico primario sub specie di eccesso di potere.

Secondo la difesa erariale nel caso di specie verrebbero tuttavia in rilievo un'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione (dovendo la competenza a decidere ritenersi attratta in favore della Presidenza del Consiglio dei ministri), accanto alla mancanza di un'essenziale volontà amministrativa (assenza di dissensi qualificati) necessaria alla adozione della determinazione conclusiva favorevole della conferenza di servizi e cioè fattispecie ora tipizzate dall'art. 21 septies nel novero di quelle idonee a configurare un vizio di radicale nullità.

La tesi, per quanto di recente fatta propria da Cons. Stato, VI, 23 maggio 2012, n. 3039, non persuade.

Quanto alla pretesa mancanza dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati si tratta pur sempre di un vizio del procedimento in quanto volontà procedimentale e quindi inidoneo ad integrare un'ipotesi di nullità, secondo quanto condivisibilmente ritenuto da Cons. Stato, IV, 2 aprile 2012, n. 1957, trattandosi di mera annullabilità.

Quanto al difetto assoluto di attribuzione per non essersi la Regione spogliata della competenza a decidere in favore della Presidenza del Consiglio dei ministri, deve rammentarsi che secondo un risalente non superato orientamento giurisprudenziale (cfr. Cass. Sez. un. 10 novembre 1980, n. 6016 e 27 aprile 1981, n. 2510) condiviso dalla dottrina più autorevole, l'indagine sul difetto di attribuzione presuppone non solo l'accertamento positivo sul rispetto delle competenze delle singole branche organizzative ma anche di quello negativo circa l'inconfigurabilità di un “settore di amministrazione sostanziale” che registri il coinvolgimento di organizzazioni differenziate tra di loro. Affinchè sussista dunque il vizio dell'attribuzione non basta, come sembra supporre la difesa erariale, che il potere venga esercitato da un organo appartenente ad una amministrazione diversa da quelle attributaria del potere medesimo, ma è altresì necessario che non venga in rilievo un settore di amministrazione sostanziale nel quale siano chiamati per legge ad intervenire organi di distinti plessi organizzativi.

Laddove invece due o più enti facciano parte “di un sistema unitario” (secondo la locuzione propria di autorevole dottrina), anche se solo con riferimento ad alcuni particolari settori della loro attività, sì da realizzare tra loro una mera ripartizione di competenze, l'atto posto in essere da un ente diverso rispetto a quello cui sarebbe spettato provvedere non sarà viziato da difetto di attribuzione ma da incompetenza relativa.

Nel caso di specie non ricorre la seconda condizione (assenza di un sistema unitario o di amministrazione in senso sostanziale) in quanto sia la materia del paesaggio che quella della produzione di energia attraverso fonti alternative rappresentano settori di amministrazione sostanziale che registrano il coinvolgimento di plurime amministrazioni nell'ambito di fattispecie procedimentali unitarie sicchè il sovvertimento delle regole sulla distribuzione del potere non può configurare ipotesi di incompetenza assoluta bensì relativa.

In particolare, nella materia della tutela del paesaggio da tempo è stato affermato il principio di cogestione del vincolo (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9), in applicazione del principio di leale cooperazione tra Stato e

La tesi della nullità dell'autorizzazione unica regionale è stata, più di recente, sottoposta a revisione da parte della VI sezione del Consiglio di Stato che ha fatto propria la tesi della annullabilità, con conseguente onere di impugnazione nel rispetto del termine decadenziale (Cons. Stato, VI, 4167/2013⁶).

Regioni: si tratta pertanto di un settore di amministrazione sostanziale che vede il necessario coinvolgimento degli organi dell'amministrazione statale e di quella regionale.

Analoghe considerazioni valgono per il settore della produzione di energia da fonti alternative dove il coinvolgimento di organi appartenenti a diverse branche organizzative, statali e regionali si stempera nella unità sostanziale della materia e delle regole di azione che sostanziano la fattispecie procedimentale di rilascio dell'autorizzazione (per l'appunto) unica di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003.

Ne discende che l'eventuale violazione delle regole di riparto della competenza interne al procedimento unico non può che configurare un'ipotesi di incompetenza relativa.

Siffatta conclusione risulta avvalorata dalla ulteriore considerazione per cui nel caso di specie il potere di rilascio della autorizzazione è posto dalla legge sicuramente in capo alla Regione. Il fatto che la Regione abbia ritenuto di esercitare un potere conferitole dalla legge in una fattispecie in cui mancava (in ipotesi) una condizione per il suo esercizio in concreto (assenza di parere negativo da parte di amministrazione preposta alla tutela di interesse paesaggistico) rappresenta un'ipotesi di carenza di potere non in astratto bensì in concreto; si tratta cioè di fattispecie da cui si origina un vizio di annullabilità e non di nullità dell'atto, secondo il prevalente orientamento del giudice amministrativo (notoriamente contrastato dal costante opposto orientamento della Corte di Cassazione).

Siffatta ricostruzione risulta oggi avvalorata proprio dal disposto di cui all'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990 che, non a caso, configura il vizio di nullità non in presenza di una generica fattispecie di carenza di potere bensì di "difetto assoluto di attribuzione" e cioè nei casi tradizionalmente ascritti alla nozione di incompetenza assoluta, dovendo per converso le ipotesi di carenza di potere in concreto essere ricondotte alla generale disciplina della annullabilità in quanto fattispecie di esercizio viziato di un potere comunque attribuito dalla legge.

Poiché per le ragioni esposte non sussiste nel caso di specie alcuna ipotesi di difetto assoluto di attribuzione bensì, al più, di carenza di potere in concreto o comunque di incompetenza relativa, nessuna contestazione può essere mossa alle autorizzazioni uniche regionali non impugnate nei termini di rito e come tali divenute inoppugnabili".

⁶ Recita la motivazione sul punto: "La Soprintendenza – ove avesse inteso contestare la validità e l'efficacia della autorizzazione unica regionale – avrebbe dovuto impugnare il medesimo provvedimento (innanzi al TAR o con ricorso straordinario), deducendo la sussistenza di una violazione di legge riguardante le proprie prerogative e il mancato concreto esercizio dei propri poteri: essa non può invece fondatamente dedurre che la medesima autorizzazione, per sua natura da qualificare come provvedimento autoritativo, sia disapplicabile da altre autorità amministrative o in sede giurisdizionale.

Pervero, in un caso del tutto particolare questa Sezione ha ravvisato un'ipotesi di nullità dell'autorizzazione unica (per difetto assoluto di attribuzione o rispettivamente per difetto dell'elemento essenziale dell'assenza di dissensi qualificati nella previa conferenza di servizi), nel caso di sostanziale e radicale pretermissione delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica e ambientale, e cioè nel caso di mancata convocazione alla conferenza di servizi o di mancata applicazione del modulo previsto dall'art. 14-quater l. n. 241/1990 per il superamento del motivato dissenso dell'amministrazione preposta alla tutela degli interessi sensibili ivi indicati (v., in tal senso, Cons. St., Sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039).

Tuttavia, nel caso di specie, è stata consentita la partecipazione della Soprintendenza statale, la quale avrebbe potuto impugnare in sede giurisdizionale o con ricorso straordinario l'autorizzazione unica regionale, qualora avesse inteso far valere vizi del procedimento.

In altri termini, ritiene la Sezione che:

- l'estensione della sanzione della nullità a fattispecie non riconducibili alle tassative ipotesi previste dall'art. 21-septies l. n. 241/1990 equivarrebbe ad un inammissibile vulnus al principio di certezza del diritto pubblico;
- tranne queste ipotesi tassative, ogni violazione di legge, più o meno grave, determina la annullabilità del provvedimento, con la conseguenza che – nel caso di mancata emanazione di un atto amministrativo o di una pronuncia del giudice amministrativo che ne disponga l'annullamento o la sospensione degli effetti – il medesimo atto deve essere ritenuto efficace da ogni autorità tenuta alla sua esecuzione.
- perfino nelle ipotesi più gravi, che danno luogo ai presupposti per la proposizione di un conflitto di attribuzione, anche la Corte Costituzionale, in considerazione dei principi generali del diritto pubblico, ha costantemente rilevato la produttività di effetti (con la relativa annullabilità, e non la nullità) dell'atto che risulti invasivo delle competenze di un altro organo costituzionale.

7.3. Per le esposte ragioni, legittimamente la sentenza impugnata ha annullato il provvedimento del Comune di Montesano sulla Marcellana n. 9333 del 3 ottobre 2011, nonché gli altri atti impugnati in primo grado, che hanno

6. Ammissibilità dell'esercizio del potere cautelare ex art. 150⁷ del d. lgs. n. 42/2004 successivamente al rilascio dell'autorizzazione unica regionale.

Il Direttore regionale del MIBAC non può invocare a fondamento del provvedimento cautelare adottato ai sensi dell'art. 150 del d. lgs. n. 42/2004 istanze di tutela paesaggistica che avrebbero dovuto essere fatte valere nel corso del procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica poiché siffatto potere deve ritenersi definitivamente consumato e sostituito negli effetti dal sopravvenuto rilascio dell'autorizzazione unica secondo quanto previsto dagli artt. 14 *ter*, comma 6 *bis* e 14 *quater*, comma 1 della legge n. 241 del 1990.

Non è escluso che residui uno spazio applicativo all'art. 150 del d. lgs. n. 42 del 2004 anche successivamente al rilascio dell'autorizzazione unica ex art. 12 del d. lgs. n. 42 del 2004 ma affinché il ricorso a tale potere cautelare non si risolva in una inammissibile espressione postuma della verifica di compatibilità paesaggistica degli interventi soggetti al regime della autorizzazione unica, in violazione della disciplina della conferenza di servizi obbligatoria prevista dalla legge e dell'effetto sostitutivo (anche dell'autorizzazione paesaggistica in caso di assenza ingiustificata) attribuito all'autorizzazione unica, è necessario che si tratti di profili di pregiudizio sopravvenuti nel tempo oppure di ragioni di pregiudizio connesse alle concrete modalità esecutive dei lavori perché, ad esempio, realizzati in difformità rispetto a quanto autorizzato in sede di rilascio dell'autorizzazione unica.

Consentire agli organi periferici del MIBAC di fare ricorso a siffatto potere cautelare dopo il rilascio dell'autorizzazione unica per far valere istanze di tutela che avrebbero dovuto essere rappresentate nella sede conferenziale, determinerebbe altresì una inammissibile regressione procedimentale, una violazione della tutela del legittimo affidamento riposto dalle imprese nel provvedimento autorizzatorio e, non ultimo, uno sviamento della causa tipica del potere in esame che, secondo la disciplina legale, è precipuamente finalizzato ad assicurare una tutela interinale del bene paesaggistico in attesa dell'avvio e del perfezionamento del procedimento impositivo del

interferito sugli effetti della autorizzazione regionale n. 377 del 2010, in base all'erronea considerazione della sua nullità".

⁷ L'art. 150 rubricato "Inibizione o sospensione dei lavori" così recita: "1. *Indipendentemente dall'avvenuta pubblicazione all'albo pretorio prevista dagli articoli 139 e 141 ovvero dall'avvenuta comunicazione prescritta dall'art. 139, comma 3, la regione o il Ministero hanno facoltà di: a) inibire che si eseguano lavori senza autorizzazione o comunque capaci di recare pregiudizio al paesaggio; b) ordinare, anche quando non sia intervenuta la diffida prevista dalla lettera a), la sospensione dei lavori iniziati.*

2. *L'inibizione o sospensione dei lavori disposta ai sensi del comma 1, cessa di avere efficacia se entro il termine di novanta giorni non sia stata effettuata la pubblicazione all'albo pretorio della proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico di cui all'art. 138 o all'articolo 141, ovvero non sia stata ricevuta dagli interessati la comunicazione prevista dall'art. 139, comma 3".*

vincolo, come confermato dalla previsione relativa alla perdita di efficacia della misura, contenuta nell'art. 150, comma 2, nell'ipotesi in cui nel termine di 90 giorni non sia stata effettuata la pubblicazione all'albo pretorio della proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico di cui agli artt. 138 e 141 ovvero non sia stata ricevuta dagli interessati la comunicazione prevista dall'art. 139, comma 3 (cfr. per analogia *ratio* la norma di cui all'art. 28, commi 2 e 3 del d. lgs. 42/2004 in materia di tutela di beni culturali) (così TAR Molise n. 585/2012).

Una fattispecie in cui è stata accertata la realizzazione di una variante essenziale rispetto al progetto approvato in sede di conferenza di servizi è stato esaminato da TAR Molise n. 763/2012 che ha conseguentemente ritenuto legittimo l'esercizio del potere cautelare inibitorio disciplinato dall'art. 150 del d. lgs. n. 42/2004 anche se svincolato dal procedimento di imposizione del vincolo.

Ad opposte conclusioni è pervenuto il Consiglio di Stato che, sul presupposto della radicale nullità delle autorizzazioni uniche rilasciate dalla Regione (per avere disatteso il parere negativo espresso dalla Soprintendenza in conferenza di servizi) e non impugnate nei termini di legge, ha ritenuto legittimo il ricorso da parte del Direttore regionale del MIBAC al generale potere cautelare di cui all'art. 150 del d. lgs. n. 42/2004, in funzione preventiva interinale, per preservare i valori culturali e paesaggistici compendati nei luoghi oggetto degli interventi, nelle more dell'accertamento giudiziale della invalidità radicale dei titoli abilitativi rilasciati dalla Regione (così Cons. Stato, VI, 3039/2012).

La successiva pronuncia della VI sezione del Consiglio di Stato n. 4167/2013 ha tuttavia escluso, in assenza di tempestiva impugnazione della autorizzazione unica regionale, la legittimità dell'ordine di sospensione dei lavori adottato dal Comune, su impulso della locale Soprintendenza, sul presupposto della ritenuta nullità dell'autorizzazione unica, sostenendo, al contrario, che per il principio di esecutività degli atti amministrativi, anche se illegittimi, il Comune non potesse interferire sugli effetti della predetta autorizzazione.

7. Rapporti tra il procedimento di autorizzazione unica ed il procedimento di valutazione di impatto ambientale.

a. E' ammissibile il ricorso avverso il diniego di compatibilità ambientale del progetto di realizzazione di un parco eolico, anche in mancanza della presentazione di domanda di rilascio dell'autorizzazione unica, trattandosi di atto idoneo a determinare un arresto procedimentale.

Ed infatti in forza del richiamo e del rinvio al “...rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell’ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico...” contenuto nell’art. 12, comma 3, del d. lgs. n. 387/2003, è evidente che il procedimento autorizzativo ivi disciplinato deve coordinarsi con eventuali subprocedimenti intesi alla verifica della conformità dell’impianto ai vari interessi pubblici incisi dalla sua realizzazione e anzitutto al subprocedimento inteso alla verifica di assoggettabilità alla valutazione d’impatto ambientale, come disciplinata dalla normativa statale e regionale. Ne consegue che il rigetto dell’istanza di valutazione ambientale priva il procedimento autorizzativo di un presupposto imprescindibile e produce conseguentemente effetti immediatamente lesivi (TAR Puglia – Bari, n. 2107/2007 e n. 2128/2008).

b. Il T.A.R. Molise, con sentenza 25 novembre 2013, n. 683 ha affrontato una fattispecie in cui, avendo la Regione ritenuto di dover sottoporre il progetto di realizzazione di un parco eolico a valutazione di impatto ambientale, il Direttore regionale del MIBAC, intervenuto in quella sede, ha ritenuto di poter esprimere una parere *vincolante* intimando, al contempo, la Regione all’invio del provvedimento di conclusione del sub procedimento di VIA al fine del rilascio del prescritto concerto.

Secondo il TAR ha natura istruttoria e carattere obbligatorio ma non vincolante il parere negativo reso dal Direttore regionale per i Beni e le attività Culturali nell’ambito del subprocedimento di VIA per le opere di interesse regionale, propedeutico al procedimento di rilascio dell’autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto eolico, in area sottoposta a vincolo paesaggistico, ai sensi dell’art. 12 del d. lgs. n. 387/2003.

Siffatto parere, per quanto espressamente dichiarato dal Direttore regionale come vincolante, non è idoneo a determinare un arresto procedimentale né a determinare l’esito del procedimento di valutazione di impatto ambientale di competenza regionale sicchè il ricorso proposto per contestarne la legittimità va dichiarato inammissibile, dovendo il giudice, in forza del potere di qualificazione giuridica, affermarne il carattere non vincolante e la conseguente inidoneità a spiegare effetti immediatamente lesivi.

La Giunta regionale, nel definire il procedimento di VIA relativo ad opere di interesse regionale, è tenuta ad esprimere una valutazione complessiva e di sintesi di tutti gli aspetti suscettibili di recare pregiudizio al distinto interesse alla salvaguardia ambientale, nelle sue varie componenti, compresa la forma del territorio nei suoi aspetti identitari e culturali, restando integro il sistema di tutela del superiore interesse alla conservazione del paesaggio, da garantire nelle prescritte forme del rilascio dell’autorizzazione paesaggistica ex art. 146 del d. lgs. n. 42 del 2004, nella sede obbligatoria della conferenza di servizi in caso di richiesta di rilascio dell’autorizzazione unica ex art. 12 del d. lgs. 387 del 2003.

In materia di VIA per opere di interesse regionale non è configurabile un potere di concerto in capo agli organi periferici del MIBAC, in pretesa applicazione analogica del disposto di cui all'art. 7, comma 5 del d. lgs. n. 152 del 2006 applicabile al procedimento di VIA relativo ad opere di interesse statale, a ciò ostandovi il principio di legalità nonché quello di tipicità dei provvedimenti amministrativi.

L'istituto del concerto di cui all'art. 7, comma 5 del d.lgs. n. 152 del 2006 e previsto anche in assenza di vincoli ex artt. 142, 136, 143, comma 1, lettera d), e 157 del d. lgs. n. 42/2004, non è qualificabile alla stregua di un principio fondamentale della materia, come tale vincolante la competenza legislativa regionale ex art. 7, comma 9, del d. lgs. n. 152 del 2006, tenuto conto che tale forma di assenso, si giustifica a livello di VIA statale proprio in forza del maggior impatto sul paesaggio che le opere di cui all'allegato II presumibilmente determinano rispetto alle opere di cui agli allegati III e IV.

8. Termine di conclusione del procedimento di autorizzazione unica ai sensi dell'art. 12, comma 4, del d. lgs. 29 dicembre 2003 n. 387.

a. Secondo Cons. Stato, V, 23 ottobre 2012, n. 5413 il termine di 180 giorni previsto dall'art. 12, comma 4, del d. lgs. 387 del 2003 per la conclusione del procedimento relativo al rilascio dell'autorizzazione unica regionale è perentorio.

Nella fattispecie decisa da TAR Molise n. 124/2013 il MIBAC, nell'impugnare le autorizzazioni uniche regionali per pretesa lesione delle proprie prerogative di tutela paesaggistica, ha, tra le altre censure, lamentato il superamento del predetto termine e, sulla scorta del richiamato precedente, dedotto la nullità delle autorizzazioni uniche rilasciate.

Il TAR ha dichiarato infondata la censura così motivando: *“Preliminarmente deve rilevarsi la inammissibilità della censura per difetto di interesse atteso che il termine di conclusione del procedimento è posto a tutela dei diritti e degli interessi delle parti che presentano la domanda di rilascio dell'autorizzazione e si pone come regola di garanzia del rapporto libertà-autorità sicché gli organi amministrativi chiamati per legge ad intervenire nel procedimento non hanno legittimazione né interesse ad eccepirne la violazione.*

In ogni caso la censura è infondata in quanto secondo un risalente insegnamento giurisprudenziale la decorrenza del termine di conclusione del procedimento non consuma il potere che può, in ogni caso, essere esercitato anche successivamente alla scadenza del termine⁸.

Il precedente citato dalla difesa erariale (Cons. Stato, V, 23 ottobre 2012, n. 5413) non può essere condiviso nei termini prospettati, sia perché riferito alla materia del silenzio (dove rileva l'individuazione del termine di conclusione del procedimento al fine di accertare l'eventuale violazione dell'obbligo di provvedere) sia perché l'affermazione circa la perentorietà del termine va riferita alla distinta problematica attinente al riparto di competenze tra Stato e regioni nella materia dell'energia al quale proposito la Corte Costituzionale (Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 364) ha affermato che la disciplina del termine di conclusione del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione unica costituisce principio fondamentale della materia di produzione, trasporto, e distribuzione nazionale dell'energia su cui non può incidere la disciplina legislativa regionale di dettaglio: in questo senso il termine in parola va qualificato come perentorio in quanto principio fondamentale della materia, non derogabile dalla disciplina regionale e non nel senso di consumare il potere amministrativo, come erroneamente opina la difesa erariale per inferirne la illegittimità delle autorizzazioni uniche rilasciate.

Inoltre nella presente materia, venendo in rilievo una normativa nazionale di recepimento di norme comunitarie (cfr ancora Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 364), si impone il ricorso al canone ermeneutico della sua interpretazione conforme alle finalità che la normativa comunitaria intende perseguire e non v'è dubbio che la tesi della perentorietà del termine di conclusione del procedimento (nel senso di consumazione del relativo potere), in quanto ostacolo di carattere procedimentale allo sviluppo ed alla promozione degli impianti di produzione di energia pulita (precludendo la possibilità di ottenere l'autorizzazione o, al più, imponendo all'impresa di rinnovare l'istanza di avvio del procedimento) sarebbe sospetta di illegittimità comunitaria con conseguente obbligo di disapplicazione o, quanto meno, di interpretazione conforme nel senso del suo carattere ordinatorio.

Infine la censura appare anche contraria al principio di buona fede oggettivo ed al superiore principio del nemo potest contra factum proprium venire potest poiché, da un lato, gli organi periferici del Mibac hanno rappresentato ostacoli e difficoltà interne al concordamento del calendario dei lavori, anche per l'elevato numero delle convocazioni comunicate dalla regione, così ostacolando il celere esame delle istanze, dall'altra eccediscono la violazione del termine di conclusione del procedimento che, seppur a motivo di oggettive difficoltà interne di carattere

⁸ Principio di recente ribadito da Cons. Stato, V, 11 ottobre 2013, n. 4980.

organizzativo, hanno concorso a determinare. Anche per tale ragione il motivo appare viepiù inammissibile” (cfr. altresì TAR Lazio – Roma, n. 2372/2013; TAR Piemonte, n. 1291/2012).

La natura perentoria del termine è stata di recente ribadita da Cons. Stato, V, n. 4473/2013 (ma anche da Cons. Stato, V, n. 5895/2012 e n. 2634/2013) sempre, tuttavia, nell’ambito della problematica della violazione dell’obbligo di provvedere e della sua natura di principio fondamentale della materia, non derogabile dalla legislazione regionale, con la precisazione che *“deve prescindersi da ogni attività endoprocedimentale eventualmente svolta o da svolgersi, poiché rileva soltanto il decorso del termine fissato dalla legge senza che l’Amministrazione abbia concluso il procedimento mediante provvedimento espresso”*; né l’inerzia di altri enti deputati al rilascio di atti destinati a confluire nell’autorizzazione unica esenta l’autorità procedente dall’obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso.

Il termine per la conclusione del procedimento è perentorio e la normativa di riferimento non subordina affatto la conclusione del procedimento di autorizzazione unica al previo esperimento della VIA, ma al contrario attribuisce espressamente alla Regione il potere di sostituirsi all’ente deputato a concludere la VIA medesima (Cons. Stato, V, n. 5895/2012).

Tuttavia per C.G.A.R.S. n. 532/2012, n. 607/2013 e n. 608/2013 il termine di conclusione del relativo procedimento, ai sensi dell’art. 12 del D.Lgs. n. 387 del 2003, non inizia a decorrere se la documentazione allegata all’istanza non corrisponde alle previsioni legali e se le pertinenti richieste di integrazione formulate dall’Amministrazione non trovano adeguato riscontro.

b. Danno da ritardo. E' risarcibile il danno derivante dal ritardo nella conclusione del procedimento di cui all’art. 12, D.Lgs. n. 387/2003: l’art. 2 della legge n. 241/1990, che è immediata espressione del principio costituzionale del buona andamento dell’attività amministrativa, sancisce l’obbligo di concludere ogni procedimento con provvedimento espresso entro un termine certo, che nel caso di specie è quello prescritto dall’art. 12, comma 4, citato, che statuisce che il procedimento per il rilascio dell’autorizzazione unica si concluda nel termine massimo di 180 giorni dalla presentazione della richiesta. Tale termine è di natura perentoria in quanto costituisce principio fondamentale in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell’energia e risulta ispirato "alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità garantendo, in modo uniforme sull’intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo". L’emanazione di un provvedimento in ritardo comporta la lesione dell’interesse pretensivo al rilascio nei termini del provvedimento richiesto cagionato dalla lentezza dell’azione amministrativa, il che significa che, ancorché esso sia stato successivamente conseguito dall’istante non per ciò solo cessa la materia del contendere nell’introdotta giudizio, dovendo essere definita la concorrente

domanda risarcitoria, ove essa sia stata avanzata nel processo (così TAR Lombardia – Milano, n. 2777/2012)

9. Circa la non immediata impugnabilità degli esiti della conferenza di servizi.

E' consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui non può essere riconosciuta l'immediata lesività delle determinazioni conclusive adottate in sede di conferenza di servizi, disciplinata dagli artt. 14 e seguenti, della l. n. 241/1990, e, prima ancora, alle posizioni in tale sede espresse dalle singole amministrazioni. Esse hanno valenza meramente endoprocedimentale e, conseguentemente, non sono autonomamente impugnabili (Cons. Stato, Sezione VI, n. 2417/2013).

L'istituto della conferenza di servizi è infatti 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.

L'esito della Conferenza dei servizi costituisce, infatti, il necessario atto di impulso di un'autonoma fase, volta all'emanazione di un nuovo provvedimento dell'Amministrazione che ha indetto la Conferenza dei servizi.

Solo quest'ultimo atto è direttamente ed immediatamente lesivo ed è contro di esso, pertanto, che deve dirigersi l'impugnazione, in quanto gli altri atti o hanno carattere meramente endoprocedimentale ovvero non risultano impugnabili, se non unitamente al provvedimento conclusivo, in quanto non immediatamente lesivi (Cons. Stato, VI, n. 5084/2013; Cons. Stato, V, n. 5000/2013; Cons. Stato, VI, 2378/2011; Cons. Stato, VI, n. 712/2011).

Si tratta di principio anche di recente ribadito da Cons. Stato, V, 31 ottobre 2013, n. 5254 con riferimento però alla disciplina della conferenza di servizi novellata dall'art. 10 della legge 11 febbraio 2005, n. 15 ma che trova ulteriore conferma nelle modifiche apportate all'art. 14 *ter* della legge n. 241 del 1990 dall'art. 49, comma 2, del d. l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

In particolare, con l'abrogazione del comma 9 dell'art. 14 *ter* ad opera della novella del 2010 viene meno la c.d. struttura bifasica della fattispecie in cui la determinazione conclusiva dei lavori della conferenza veniva necessariamente doppiata dalla adozione di un provvedimento finale, conforme alla prima; proprio siffatta struttura aveva generato talune incertezze in ordine alla individuazione dell'atto costitutivo degli effetti della fattispecie procedimentale, come tale generativo dell'effetto

lesivo (indicato nella determinazione conclusiva dei lavori della conferenza ad esempio da Cons. Stato, n. 5708/2003 e nel provvedimento finale da Cons. Stato, n. 2417/2013).

Il superamento della struttura bifasica conferma tuttavia la necessità che l'amministrazione procedente, all'esito dei lavori della conferenza, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede, adotti comunque "la determinazione motivata di conclusione del procedimento" ai sensi dell'art. 14 *ter*, comma 6 *bis*, come sostituito dall'art. 49, comma 2, lett. d) del d. l. 31 maggio 2010, n. 78, oppure, in presenza di un dissenso c.d. qualificato, rimetta la questione alla deliberazione del Consiglio dei ministri, ai sensi del successivo art. 14 *quater*, comma 3.

Laddove l'amministrazione procedente e cioè la struttura competente della regione non abbia adottato alcuna motivata determinazione conclusiva del procedimento e neppure abbia rimesso la questione al superiore livello decisionale, essendosi il titolare dell'organo riservato "di assumere le proprie determinazioni in merito", l'impugnazione avverso gli atti endoprocedimentali va dichiarata inammissibile, tanto più che con l'eventuale remissione della questione alla deliberazione del Consiglio dei ministri, l'esito della decisione potrebbe essere favorevole alla società istante nonostante il dissenso espresso dal MIBAC (cfr. da ultimo TAR Molise n. 600/2013).

10. Caratteri della valutazione di compatibilità paesaggistica dell'impianto eolico.

a. E' stato escluso che il Soprintendente, in sede di valutazione della compatibilità dell'opera da localizzare con le istanze di tutela del vincolo, debba ponderare ulteriori e diversi interessi antagonisti (sviluppo economico, livelli occupazionali, tutela della salute e dell'ambiente), essendo tale valutazione di sintesi rimessa all'organo regionale titolare della competenza alla adozione della determina conclusiva del procedimento (cfr., tra le tante, TAR Molise n. 54/2011; TAR Puglia – Lecce, n. 1577/2012).

b. L'esistenza di una situazione di degrado o di compromissione del valore paesaggistico non preclude al Soprintendente di esprimere un giudizio di incompatibilità con le esigenze di tutela del vincolo dell'opera o dell'intervento da autorizzare, poiché la rilevanza costituzionale del paesaggio, se giustifica un sacrificio parziale di tale valore in un'ottica di contemperamento con altri interessi di pari rilevanza, quali l'ambiente e la tutela della salute, in ogni caso impone di ricercare un limite che impedisca di annullare i valori identitari e culturali del territorio, sicchè laddove vi sia già stata una parziale compromissione del paesaggio per rendere il territorio compatibile con altre forme di

utilizzo, necessarie alla salvaguardia di interessi di pari rilevanza costituzionale, il giudizio di compatibilità paesaggistica relativa ad ulteriori interventi deve svolgersi con particolare rigore per evitare che i richiamati caratteri identitari, spirituali e culturali, già in precedenza compromessi dall'intervento dell'uomo, possano risultare definitivamente cancellati (cfr., tra le tante, TAR Molise n. 54/2011)..

c. Con sentenza 15 novembre 2011, n. 733 il TAR Molise ha esaminato una fattispecie in cui il piano paesistico regionale ha esteso l'ambito del vincolo paesaggistico in precedenza imposto dall'autorità statale ed ha evidenziato che non è indifferente accertare quale parte del territorio sia vincolata in forza della pregressa dichiarazione di notevole interesse pubblico ex art. 136 e quale lo sia in forza di autonome previsioni del piano paesistico ex art. 143, comma 1, lett. d), poiché solo nel primo caso dovranno trovare applicazione le specifiche prescrizioni d'uso previste dal decreto istitutivo del vincolo ex art. 140, comma 2, del d. lgs. n. 42/2004. Tuttavia, nell'ipotesi in cui un progetto preveda la localizzazione di una sola parte degli aerogeneratori in area già dichiarata di notevole interesse pubblico, la valutazione di compatibilità paesaggistica dell'organo competente del MIBAC, in relazione alle specifiche prescrizioni d'uso contenute nel decreto impositivo del vincolo e recepite nel piano paesistico ex art. 140, comma 2, legittimamente si estende al progetto nel suo complesso a condizione che le torri eoliche collocate a ridosso della perimetrazione siano oggettivamente idonee a recare potenziale pregiudizio al valore paesaggistico direttamente tutelato dal vincolo e che l'unitarietà dell'intervento debba pertanto reputarsi ostativa ad una valutazione parcellizzata dell'intervento sotto il profilo paesaggistico.

11. Criteri localizzativi degli impianti eolici.

Sul divieto di localizzare impianti eolici in zone ZPS ed IBA. L'art. 5 del Decreto del Ministero dell'Ambiente del 17.10.2007, contenente misure minime di conservazione valide per le ZPS, alla lettera l), vieta l'installazione di impianti eolici all'interno delle ZPS, a prescindere da qualsivoglia valutazione di incidenza o di impatto ambientale, fatta eccezione per le istanze per le quali, alla data di emanazione del decreto in parola, sia stato avviato il procedimento di autorizzazione. Le Regioni hanno recepito siffatta misura di salvaguardia, spesso estendendo il divieto in questione alle IBA ("Important Bird Area"), in applicazione del principio di precauzione, attraverso l'adozione di apposite leggi o di delibere di Giunta, soprattutto nella disciplina della c.d. verifica di assoggettabilità a VIA – screening.

Si è posta pertanto in giurisprudenza la problematica circa la legittimità di tale divieti generalizzati stante il favor della normativa comunitaria per la promozione delle fonti di energia rinnovabili.

Occorre rammentare che la genesi del D.M. 17.10.2007 va rinvenuta in una procedura di infrazione preannunciata con parere motivato dalla Commissione europea. E, infatti, in data 28 giugno 2006, la Commissione europea ha emesso nei confronti dello Stato italiano, nell'ambito della procedura d'infrazione n. 2006/2131 (avviata per non conformità al diritto comunitario della normativa italiana di recepimento della Direttiva 1979/409/CE), un parere motivato nel quale ha contestato la violazione, fra gli altri, degli artt. 2, 3 e 4 della Direttiva 1979/409/CE, che prevedono l'obbligo di adottare le misure necessarie per preservare, mantenere o ristabilire per tutte le specie una varietà e una superficie di "habitat", nonché misure speciali di conservazione.

Con l'art. 1, comma 1226, della legge 27 dicembre 2006 n. 296 (legge Finanziaria 2007), al fine di prevenire ulteriori procedure d'infrazione, è stata delegata al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare l'individuazione, mediante decreto, dei criteri minimi uniformi sulla base dei quali le Regioni devono adottare le misure di conservazione di cui agli artt. 4 e 6 del D.P.R. 8 settembre 1997 n. 357 (con cui è stata data attuazione alla direttiva 92/43/CEE) da valere anche per le zone di protezione speciale di cui alla direttiva "uccelli" (1979/409/CE).

La delega è stata attuata, per l'appunto, con il decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 17 ottobre 2007 (pubblicato in G.U. n. 258 del 6 novembre), intitolato "Criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative a Zone speciali di conservazione (ZSC) e a Zone di protezione speciale (ZPS)".

E' stato sostenuto che il divieto generalizzato di realizzare impianti eolici nelle ZPS (ovvero, zone di protezione speciale) e nelle IBA ("important bird area"), senza preventiva verifica di incidenza ed eventuale V.I.A., si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale dettata in materia di disciplina autorizzativa degli impianti eolici, come pure della stessa specifica normativa di tutela dettata per le IBA e per le ZPS; e, infatti, dalla normativa comunitaria e da quella nazionale di recepimento emerge il "favor" espresso nei confronti della realizzazione di centrali eoliche, in quanto impianti destinati a produrre energia "pulita"; al contempo, il legislatore comunitario (cfr. art. 6, comma 3 della direttiva 92/43/CEE) e nazionale (art. 5 D.P.R. 357/97 come modificato dall'art. 6 del D.P.R. 12 marzo 2003, n. 120) e la stessa Corte di Giustizia CE (sez. IV, 4 ottobre 2007, causa C-179/06), non contemplano un divieto assoluto e generalizzato di realizzazione di tali impianti nelle aree ZPS, IBA e SIC ma, tenuto conto degli aspetti di criticità ambientale, li hanno assoggettati a specifiche procedure di valutazione di impatto e incidenza ambientale.

Sul punto, la giurisprudenza ha espresso orientamenti discordanti: nel senso della legittimità del divieto generalizzato recato dal citato art. 5 si è pronunciato il TAR Lazio, Roma, sez. 1 ter, n. 3040/2010; nel senso della sua illegittimità il TAR Puglia, Bari, I, con sentenze n. 2128/2008 e n. 3456/2001 nonché il TAR Molise con sentenze n. 52/2011 e n. 53/2011.

Sulla medesima questione sempre il TAR Puglia - Bari con ordinanza 15.12.2009, n. 273 ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE.

La Corte di Giustizia UE, con sentenza 21 luglio 2011 (in C-2/10), ha statuito che «la direttiva del Consiglio 21 maggio 1992, 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli "habitat" naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche, la direttiva del Consiglio 2 aprile 1979,

79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 27 settembre 2001, 2001/77/CE, sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, e la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 23 aprile 2009, 2009/28/CE, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE, devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a una normativa che vieta l'installazione di aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo, su siti appartenenti alla Rete ecologica europea - Natura 2000, senza alcuna previa valutazione dell'incidenza ambientale del progetto sul sito specificamente interessato, a condizione che i principi di non discriminazione e di proporzionalità siano rispettati>>.

Ne discende che in caso di installazione di aerogeneratori non finalizzati all'autoconsumo, i divieti generalizzati di localizzazione di impianti eolici in aree ZPS introdotti dall'art. 5 del D.M. 17.10 2007, e dalle leggi regionali che si conformano, devono ritenersi conformi al diritto comunitario, ove si accerti il rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità evocati dalla Corte di Giustizia quale parametro di legittimità delle misure limitative recanti divieti generalizzati (per una recente applicazione del principio, cfr. TAR Puglia - Bari, n. 674/2013 e TAR Molise, n. 457/2013).

Luca Monteferrante

Work in progress aggiornato al 7 gennaio 2014